



# BioLaw Journal

## Rivista di BioDiritto

2

19



**Focus || Il diritto alla salute tra equità e  
sostenibilità**

**Saggi e commenti**

# 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 Bucchi, 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-Vaucher, 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, Ilja Richard Pavone, Simone Penasa, Ludovica Poli, Elisabetta Pulice, Marta Tomasi.

**Ferrara:** Lucilla Conte, Gianmario Demuro, Fabio Ferrari, Pietro Faraguna, Andrea Guazzarotti, Andrea Lollini, Nicola Lucchi.

**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](mailto:biodiritto@gmail.org)  
Website: [www.biodiritto.org/rivista](http://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.

July 2019  
ISSN 2284-4503  
© Copyright 2019



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

In collaborazione con



**Front cover:** Graphic project based on “Tomba del tuffatore”, Paestum, 5<sup>th</sup> 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. 2/2019

### Table of contents

<b>Editoriale</b> .....	1
<i>Roberto Bin</i>	
 <b>FOCUS</b>	
<b>IL DIRITTO ALLA SALUTE TRA EQUITÀ E SOSTENIBILITÀ</b>	
<b>Il diritto alla salute tra equità e sostenibilità. Colloquio sulle forme dell'eguaglianza in sanità</b> .....	7
<i>Stefano Rossi</i>	
<b>La salute come diritto in movimento. Eguaglianza, universalismo ed equità nel sistema sanitario nazionale, oggi</b> .....	13
<i>Ines Ciolli</i>	
<b>Programmazione e organizzazione dell'equità in sanità. L'organizzazione come "veicolo" di eguaglianza</b> .....	35
<i>Viviana Molaschi</i>	
<b>L'equità nel sistema sanitario: evidenze epidemiologiche e possibili interventi</b>	51
<i>Aldo Rosano</i>	
<b>Quando l'<i>habitus</i> fa il monaco: mutamenti sociali, stili di vita e disuguaglianze</b>	65
<i>Stefano Tomelleri</i>	
<b><i>The commodification of healthcare</i>. Salute, mercato ed equità nel sistema sanitario inglese</b> .....	77
<i>Lucia Busatta</i>	
<b>Le discriminazioni di genere nell'accesso a beni e servizi sanitari. Ovvero delle tensioni irrisolte del diritto antidiscriminatorio</b> .....	91
<i>Anna Lorenzetti</i>	
<b>Il diritto alla salute a quarant'anni dall'istituzione del servizio sanitario nazionale: le criticità strutturali di un diritto sociale</b> .....	117
<i>Barbara Pezzini</i>	
 <b>PERSPECTIVES - PROSPETTIVE</b>	
<b>Assisted suicide in Italy: constitutional right or wishful thinking?</b> .....	147
<i>Carlo Casonato</i>	

**ESSAYS – SAGGI**

<b>L’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale, pronunciata nel corso del “Caso Cappato”, e il diritto del paziente che rifiuta le cure salvavita a evitare un’agonia lenta e non dignitosa .....</b>	<b>151</b>
<i>Federico Gustavo Pizzetti</i>	
<b>Le sollecitazioni delle Corti e l’inerzia del legislatore in tema di suicidio assistito. Un confronto tra Italia e Inghilterra.....</b>	<b>171</b>
<i>Giuseppe Gaimo, Maria Esmeralda Bucalo</i>	
<b>La legge n. 219 del 2017 e la disciplina del fine-vita tra principi costituzionali e problemi aperti. Spunti di riflessione.....</b>	<b>199</b>
<i>Ornella Spataro</i>	
<b>La solitudine nella sofferenza. Per un’etica della cura .....</b>	<b>223</b>
<i>Stefano Fuselli</i>	
<b>I contratti di Ulisse. Autodeterminazione e fragilità psichica .....</b>	<b>235</b>
<i>Letizia Mingardo</i>	
<b>La collaborazione tra giudice e neuro-scienziati nell’accertamento dell’imputabilità di chi soffre di un grave disturbo della personalità .....</b>	<b>259</b>
<i>Giampiero Coletta</i>	
<b>Big Brother is «gendering» you. Il diritto antidiscriminatorio alla prova dell’intelligenza artificiale: quale tutela per il corpo digitale?.....</b>	<b>269</b>
<i>Luca Giacomelli</i>	
<b>Copyright of artificial intelligence autonomous production: some reflections around the concepts of mind and intelligence .....</b>	<b>299</b>
<i>Sthéfano Bruno Santos Divino, Rodrigo Almeida Magalhães</i>	
<b>Bandi per medici non obiettori. Spunti per una riflessione su aborto e libertà di scelta.....</b>	<b>315</b>
<i>Giacomo Viggiani</i>	
<b>Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale...</b>	<b>329</b>
<i>Stefania Cecchini</i>	

## La Corte, i giudici e la dignità umana

Roberto Bin

**S**e Sempre più spesso i nodi del biodiritto arrivano al pettine della Corte costituzionale. E sempre più spesso l'argomentazione con cui la Corte cerca di scioglierli si infila in un groviglio complicato e difficile da districare. Il suo nome è *dignità umana*. Questa espressione – come si sa – è di uso molto frequente nella giurisprudenza costituzionale di tutti i paesi, è una specie di *commodus discensus* che consente di giungere ad una conclusione che si vuole persuasiva per il semplice appello a un “valore” troppo importante per essere messo in discussione. Ma di che cosa si sta parlando esattamente?

Prendiamo alcune decisioni recenti. Nella ord. 207/2018, nel noto caso “Cappato”, la dignità – intesa «personale visione della dignità del morire» - è assunta come *limite alle scelte legislative*: il legislatore non può impedire l'esercizio del diritto alla autodeterminazione della persona imponendo ad essa di essere mantenuta in vita contro la sua volontà. Non vi è in ballo un “diritto al suicidio”, ma un diritto alla autodeterminazione che, così come è ormai tranquillamente riconosciuto nell'ipotesi che il paziente rifiuti le cure mediche indispensabili a continuare i processi vitali, si dovrebbe esprimere anche nella rimozione di «un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale». La dignità umana è intimamente legata al diritto di autodeterminazione, quindi al nocciolo duro del diritto all'identità personale.

Tutta diversa è la visione dell'identità personale nella sent. 141/2019. In essa si tratta del favoreggiamento della prostituzione. Che la vendita del corpo per usi sessuali non si sposi idealmente con l'idea della dignità personale è banalmente ovvio. Ma l'oggetto della questione trattata dalla Corte non riguardava questo tipo di attività, ma quella che si suole indicare con termini molto più sofisticati: si tratta dell'attività di accompagnatrici ed escort che non corrispondono affatto al modello della prostituta soggiogata dal suo protettore. È un'attività che si ambienta in un mondo ricco ed elegante, in cui alcune persone, di solito fisicamente adeguatamente dotate, svolgono un'attività ben retribuita, del tutto libera e volontaria, senza subire alcun obbligo, alcuna sopraffazione, alcune violenze: e in cui il rapporto sessuale non è mai un obbligo imposto. Dove sta la violazione della dignità personale in questo contesto? A chi spetta – per parafrasare la decisione precedente – decidere della «personale visione della dignità del vivere»? Qui sembra non esserci alcuno spazio per la scelta individuale, per l'autodeterminazione: s'impone invece lo standard della morale comune, di un bene confuso che sta a mezzo tra il buon costume e l'ordine pubblico: un “valore” acefalo, asserito ma non dimostrato, la cui mera allegazione dovrebbe bastare però, a quanto sembra, a controbilanciare il più “sacro” dei diritti individuali. È un ragionamento che ricalca la logica applicata dai giudici francesi nel noto caso del “lancio del nano”: non sei tu, nano, a decidere che cosa possa farti vivere più dignitosamente, ma è la morale comune che ti impone di non far uso delle qualità del tuo corpo se così offendi il buon costume: se tu – nano o bella ragazza – decidi di uscire dall'angolo buio in cui la nascita ti ha collocato, trasformando in risorsa quello che la natura ti ha imposto, devi fare i

conti con un astratto modello di dignità di cui qualcuno si erge a interprete.

Vi è una terza sentenza della Corte costituzionale che vorrei richiamare, la sent. 272/2016. In essa la Corte affronta il problema dell'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità, quando non sia rispondente all'interesse dello stesso. Apparentemente qui la dignità non c'entrerebbe, ma non è così. La Corte è decisa a distinguere da tutti gli altri, il caso della nascita per surrogazione. Si sa, è un tema difficile e un vero tabù per la nostra legislazione. Da noi la "proprietà" dell'utero è un requisito da cui non si può prescindere e prevale su ogni altro ragionamento, compreso quello dell'interesse minore. Si sa che questo domina ogni considerazione in tema di procreazione e "trattamento" dei minori, non si dovrebbe derogare ai principi fondamentali che fanno dell'interesse del minore lo zenit di ogni ragionamento giuridico. Il comandamento è chiaro e vuole che «la colpa dei padri non ricada sui figli»: anche in ciò il Vangelo abroga l'antico Testamento. La Corte, da par suo, ha avuto modo di dirlo e ripeterlo in tutta la sua gloriosa giurisprudenza sulla filiazione, sino ad arrivare alla sua ultima splendida pronuncia del 2002 sui figli incestuosi (sent. 494/2002): «l'adozione di misure sanzionatorie» scrive la Corte «che coinvolga soggetti totalmente privi di responsabilità – come sono i figli di genitori incestuosi, meri portatori delle conseguenze del comportamento dei loro genitori e designati dalla sorte a essere involontariamente, con la loro stessa esistenza, segni di contraddizione dell'ordine familiare – non sarebbe giustificabile se non in base a una concezione "totalitaria" della famiglia». E poi, «la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti: nella specie, il diritto del figlio, ove non ricorrano costringenti ragioni contrarie nel

suo stesso interesse, al riconoscimento formale di un proprio *status filiationis*».

Un distillato di civiltà giuridica liberale, che però si prosciuga di fronte alla procreazione surrogata. Qui tanto splendore si offusca, e la Corte finisce con porre un peso vincente sul piatto avverso alla tutela dell'interesse del minore "surrogato". Nel bilanciamento, di per sé assai delicato, tra «l'esigenza di veridicità della filiazione» e l'interesse del minore, oggi interviene un'altra considerazione: «non possono non assumere oggi particolare rilevanza... le modalità del concepimento e della gestazione». Di mezzo c'è la surrogazione nella gestazione, «che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». Ecco che la dignità irrompe nell'argomentazione costituzionale svolgendovi un terzo ruolo, diverso dalla dignità "in senso soggettivo" e da quella "in senso oggettivo". Qui la dignità è assunta come fondamento (quasi) costituzionale della legge che vieta, accompagnandola con sanzione penale, la maternità surrogata: la dignità esclude altre considerazioni. Ciò che la offende è il sommo male, di fronte al quale anche l'interesse del minore deve essere riconsiderato. Cambiano le colpe dei padri, ma ricadono pur sempre sui figli.

\*\*\*

Diversi i significati della dignità, diversi i ruoli assegnati ai giudici. Apparentemente la Corte assume una posizione netta e risolve i dubbi dei giudici. Ma solo in apparenza.

L'ord. 207 sembra chiarissima nella volontà di togliere il giudice ordinario dalle difficili valutazioni in campo biogiuridico e bioetico in tema di suicidio. Chiarissima sembra infatti nelle sue indicazioni: la norma impugnata è sostanzialmente illegittima ma la Corte, per non esser accusata di invadere il campo del legislatore in materia tanto delicata sotto il profilo etico, sospende il

suo giudizio e invita i giudici a fare altrettanto. Conoscendo la disattenzione che il legislatore riserva ai moniti e alle minacce che vengono dalla Corte, è molto probabile che il prossimo 24 settembre – la data fissata per la prossima udienza sul caso - la Corte pronuncerà una sentenza di illegittimità costituzionale dell’art. 580 cod. pen. Ma in che termini? Non credo che ci si debba attendere una pronuncia di illegittimità “secca” della disposizione che criminalizza l’aiuto al suicidio: questa sarà – prevedo – una illegittimità “manipolativa”. Poco importa se la norma verrà dichiarata illegittima “nella parte in cui prevede” o “nella parte in cui non prevede”: la Corte lo ha già indicato nell’ordinanza che cosa vuole colpire. La Corte rifiuta l’interpretazione troppo radicale sostenuta dal giudice *a quo*, secondo cui «l’aiuto al suicidio prestato in favore di chi si sia autonomamente determinato nell’esercizio di tale libertà costituzionale si tradurrebbe, in ogni caso, in una condotta inoffensiva». I casi vanno distinti, invece: va insinuata una distinzione interpretativa, che isola il «concorso materiale» che agevola l’esecuzione del proposito suicida senza incidere su di esso. Posto che la Corte rigetta l’ipotesi che sia accreditabile «un generico diritto all’autodeterminazione individuale», la norma penale mantiene una funzione compatibile con la Costituzione nella parte in cui tutela il «diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l’ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio. Essa assolve allo scopo, *di perdurante attualità*, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere». Ecco ciò che un’interpretazione costituzionalmente orientata deve assicurare: con ogni pro-

babilità è un risultato che il giudice *a quo* avrebbe potuto raggiungere in via interpretativa (come l’Avvocatura dello Stato eccepisce e la Corte conferma implicitamente rigettando l’ipotesi che si sia formato un “diritto vivente” sulla base di un’unica sentenza di Cassazione); a me sembra che anche la Corte avrebbe potuto giungere al risultato attraverso una sentenza interpretativa di rigetto che indicasse al giudice remittente la via da seguire nell’interpretazione dell’art. 580; ma, a questo punto è piuttosto facile prevedere che questa interpretazione restrittiva sarà il contenuto della pronuncia definitiva nel “caso Cappato”. In sostanza, sarà restituito al giudice penale il compito di valutare in concreto se e in che misura altre persone abbiano interferito nella «personale visione della dignità del morire» che è tutelata anche nel suicida. Tutto il peso delle valutazioni sarà ricollocato sulle spalle del giudice ordinario. Anche la sentenza sul favoreggiamento della prostituzione sembra tagliare con nettezza il nodo proposto dal giudice. Qui il “valore” della dignità è imposto e toglie ogni spazio ad altre considerazioni: per cui non c’è scampo per colui che favorisce l’attività di chi si prostituisce, anche se questa attività nasce da una libera scelta di vita e di esercizio di attività professionale. Tutto il peso sembra essere tolto dalle spalle del giudice penale, a cui la sentenza della Corte costituzionale non sembra lasciare valutazioni nel merito. Ma, al contrario della pronuncia del *Conseil constitutionnel* di poco precedente ([Décision n. 2018-761 del 1° febbraio 2019](#)), la Corte italiana uno spiraglio socchiuso lo lascia: non così evidente come sarebbe stata un’esplicita indicazione nel dispositivo come è usuale nelle c.d. sentenze interpretative di rigetto, ma nella motivazione lo spiraglio non può sfuggire. A parte la lunga e accurata ricostruzione dei diversi modelli di ostacolo alla prostitu-

zione adottati nei vari Paesi, l'argomentazione della Corte si fa stringente laddove ricorda che «la scelta di “vendere sesso” trova alla sua radice, nella larghissima maggioranza dei casi, fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali». È il ben noto argomento dell'*id quod plerumque accidit* che introduce la giustificazione della fattispecie legislativa sottoposta a giudizio, alla quale non si può chiedere di inseguire l'infinita varietà del reale, poiché le leggi «non possono prevedere e disciplinare tutte le mutevoli situazioni di fatto né graduare in astratto e in anticipo le limitazioni poste all'esercizio dei diritti» (sent. 121/1957). Quindi? Quindi «occorre considerare che, in questa materia, la linea di confine tra decisioni autenticamente libere e decisioni che non lo sono si presenta fluida già sul piano teorico – risultando, perciò, non agevolmente traducibile sul piano normativo in formule astratte – e, correlativamente, di problematica verifica sul piano processuale, tramite un accertamento *ex post* affidato alla giurisdizione penale». Difficile, ma non impossibile, dunque. Infatti, conclude la Corte dopo lunga disamina del tipo di reato configurato dalla legge, «in rapporto alla disciplina vigente, resta d'altra parte ferma, in ogni caso, l'operatività del principio di offensività nella sua proiezione concreta e, dunque, il *potere-dovere del giudice comune di escludere la configurabilità del reato* in presenza di condotte che, in rapporto alle specifiche circostanze, si rivelino concretamente prive di ogni potenzialità lesiva».

Una sentenza apparentemente perentoria, che fa della dignità umana un baluardo da difendere contro pratiche sociali che la offendono, ma poi ridà al giudice tutto il peso della valutazione in concreto di che cosa abbia spinto l'escort ad abbracciare questo antico mestiere e in che

condizioni lo svolga e perché decida di agevolarsi dell'opera di altri, i “favoreggiatori”.

Anche la terza sentenza non toglie affatto al giudice il peso della valutazione in concreto. È vero, l'ordinamento penale punisce la *surrogacy* e riversa sul bambino il peso di una scelta a lui certo non imputabile. Ma la questione giuridica non finisce affatto qui, e su questo la conclusione della Corte è esplicita, ma certo non del tutto lineare. Quello che il giudice *a quo* chiedeva era che la Corte affermasse che l'impugnazione - da parte del curatore speciale - del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse del minore: la Corte ribadisce che «non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore», e che è necessario un bilanciamento tra i due interessi, quello della verità e quello del minore. Quindi la richiesta del giudice *a quo* è accolta? No, è rigettata, ma delineando un tortuoso spiraglio. Tra le variabili che il giudice deve valutare «oltre alla durata del rapporto instauratosi col minore e quindi alla condizione identitaria già da esso acquisita, non possono non assumere oggi particolare rilevanza, da un lato le modalità del concepimento e della gestazione»; il giudice cioè deve tenere necessariamente in conto «l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale». E dall'altro lato? Dall'altro lato, il giudice deve valutare «la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela». Insomma, l'interesse del minore soccombe di fronte alla dignità protetta dalla legge penale, ma il giudice



può cercare forme alternative per assicurargli una qualche soddisfazione.

Anche la Corte EDU, nel recente caso *Menneson* (Grande Camera, parere del 10/04/2019), ha seguito una via analoga. Avendo escluso che gli Stati *debbano* riconoscere *ab initio* una relazione genitore-figlio tra il bambino e la madre non biologica, trasferisce al giudice il compito di valutare in concreto “il miglior interesse del minore”, cercando nell’ordinamento gli strumenti che consentano di riconoscere una relazione genitore-figlio con i genitori non biologici. Il pesante compito è trasferito sui giudici, ma gli strumenti giuridici per assolverlo ci sono nell’ordinamento giuridico italiano? E, soprattutto, assicurano al minore gli stessi diritti e lo stesso *status* che sono assicurati ai figli “regolari”? Questi problemi prima o poi ritorneranno di fronte alla Corte costituzionale, riproponendo sotto attacco le intransigenti conseguenze “bibliche” del divieto penale della maternità surrogata.

\*\*\*

Nulla di conclusivo può essere detto in conclusione. Il rimpallo tra giudice ordinario e Corte costituzionale continuerà sinché il legislatore non assolverà al suo compito. Ma siccome sui temi bioetici nessun legislatore appare in grado di scrivere parole definitive che rispondano a tutti gli interessi in gioco e ai punti di vista che inquadrano il loro bilanciamento, è inevitabile che neppure la legge, semmai verrà, potrà togliere il rimpallo tra le giurisdizioni, dentro e fuori i confini nazionali. Inutile aggiungere che la dottrina è chiamata a svolgere il suo ruolo – un ruolo necessariamente critico. Il “miglior interesse del minore” e la “dignità dell’uomo”, per esempio, non possono essere carte di briscola da giocare quando si vuole chiudere l’argomentazione, ed è giusto che siano oggetto di una critica serrata.



## Il diritto alla salute tra equità e sostenibilità. Colloquio sulle forme dell'eguaglianza in sanità

Stefano Rossi\*

La storia del Sistema Sanitario Nazionale, di cui nel 2018 si è ricordato l'anniversario della legge istitutiva, si innesta nella grande narrazione che ha condotto, nel corso del "secolo breve", alla costruzione dello Stato sociale nei paesi occidentali. Non si possono comprendere le radici ideali, il coraggio utopico e la gradualità del progetto riformista sotteso alla costruzione del Sistema Sanitario se non lo si inserisce nel quadro della creazione di un moderno sistema di welfare in grado di mitigare il bisogno attraverso la "protezione sociale", riconoscendo al contempo pari dignità a tutti i cittadini. I sistemi di welfare esercitano infatti attraverso la densità normativa che li connota – dai principi espressi nei testi legislativi fino alle più minute pratiche quotidiane nei servizi – un'influenza pervasiva sugli assetti di base della società contemporanee entro cui si sono sviluppati anche al fine di integrare e governare i conflitti che mettono a tema le questioni di giustizia. Se l'obiettivo del *Welfare State* è di sostenere le fasce più vulnerabili della popolazione secondo il principio del *maximin*, ossia della massimizzazione dell'utilità dell'individuo che si trova nella posizione sociale più svantaggiata<sup>1</sup>, il finalismo del Servizio sanitario – attraverso il suo portato universalistico<sup>2</sup> – è rivolto a ridistribuire opportunità per compensare svantaggi socialmente prodotti. Ed in tal senso può dirsi fatto notorio che il sistema universalistico abbia favorito il raggiungimento dei fini costituzionali di eguaglianza e pari dignità sociale, così come il netto miglioramento della salute della popolazione<sup>3</sup>.

I sistemi e le politiche sanitarie sono, come la *Sagrada Familia* di Barcellona, un'opera in continua evoluzione che vede lo stratificarsi di diversi stili architettonici susseguirsi nel tempo e che si adattano al loro tempo. Questo modello incrementale, nell'esperienza italiana, si è caratterizzato per meccanismi e strutture la cui completa attuazione è stata spesso ostacolata dalla loro complessità, dall'assenza di programmazione e dalla scarsa collaborazione tra Stato, regioni e le Aziende sanitarie sulla cui operatività il nuovo sistema avrebbe dovuto riposare. Andando oltre le criticità, ciò che permane quale architrave del sistema, al di là del mutare delle stagioni, è il compito di garantire il diritto fondamentale alla salute di ogni persona, il che deve ispirare progetti che si sviluppano con il ritmo lento del passaggio tra le generazioni e non in forza della congiuntura degli equilibri finanziari.

\* Dottore di ricerca in Diritto pubblico e tributario nella dimensione europea, Università degli Studi di Bergamo. E-mail: [stefano.rossi@unibg.it](mailto:stefano.rossi@unibg.it).

<sup>1</sup> J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 1986, 137 s.

<sup>2</sup> I principi su cui si basa la legge di riforma n. 833 del 1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, sono l'*universalità*, per cui il servizio sanitario diviene un diritto di cittadinanza non più vincolato all'appartenenza ad uno dei diversi enti mutualistici; l'*equità*, tanto territoriale che tra gruppi di popolazione; l'*integrazione* dei diversi servizi sanitari all'interno di aree territoriali denominate USL; la *programmazione* delle attività. Al fine di rendere sostenibile il sistema veniva istituito il Fondo sanitario nazionale alimentato dai contributi e dalle imposte riscossi a livello centrale.

<sup>3</sup> Si vedano i dati raccolti in W. RICCIARDI *et. al.* (a cura di), *1978-2018. Quaranta anni di scienza e sanità pubblica. La voce dell'Istituto Superiore di Sanità*, Roma, 2018.

I problemi di finanziamento di un settore strategico come la sanità sono, ovviamente, cruciali, ma – come più volte sottolineato dalla stessa Corte costituzionale – non possono assumere un carattere predominante rispetto agli altri elementi che devono orientare la discrezionalità legislativa, laddove infatti le esigenze finanziarie spingessero il legislatore a comprimere «il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all’inviolabile dignità della persona umana, ci si troverebbe di fronte a un esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa»<sup>4</sup>.

Il problema dei vincoli finanziari mette in luce «la doppia natura del settore sanitario, che lo vede al tempo stesso settore di attività economica e espressione del principio di equità per il quale tutti i cittadini devono essere messi in condizione di accedere alle cure necessarie per mantenere o ristabilire un buono stato di salute, [il che] comporta la necessità di intervenire continuamente con riforme nel tentativo di mantenere, o ristabilire, il difficile equilibrio tra bisogni, costi e principi etici»<sup>5</sup>.

Nel tentativo di perseguire tale obiettivo, al Servizio Sanitario Nazionale è attribuita la funzione di garantire, attraverso risorse pubbliche reperite nel rispetto del principio della solidarietà tributaria, i livelli essenziali e uniformi di assistenza, definiti nel Piano sanitario nazionale, nel rispetto dei principi di dignità, del bisogno di salute, dell’equità nell’accesso all’assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza, nonché dell’economicità dell’impiego delle risorse.

Su questo modello tendenzialmente uniforme di tutela della salute del singolo si sono progressivamente innestati elementi di differenziazione a livello regionale che faticano a trovare una difficile conciliazione con i limiti finanziari e con il rispetto di quel livello minimo (uguale per tutti e su tutto il territorio nazionale) di tutela del diritto alla salute come diritto a ricevere determinate prestazioni sanitarie.

È in questo quadro complesso che si situano gli interventi ospitati nel *forum* – frutto di un seminario svoltosi nel dicembre 2018 presso l’Università di Bergamo – che scavano nelle criticità del binomio tra equità e sostenibilità del diritto alla salute, vagliandone strategie di composizione, criticità emergenti e modelli euristici in grado di illuminare modalità di funzionamento e strategie decisionali inerenti alle politiche sanitarie. Si principia dal testo di Ines Ciolli che ripercorrere gli snodi dello sviluppo del nostro sistema sanitario, dalle speranze concrete suscitate dalla Costituzione sino al loro invero nella legge n. 833 del 1978, per giungere alle spinte centrifughe del cd. federalismo differenziato, evidenziandone i principi ispiratori, i principali obiettivi e le inevitabili contraddizioni. Una particolare attenzione è dedicata al filo rosso che accompagna tutta l’evoluzione della politica sanitaria, rappresentato dalla costante preoccupazione del sistema per l’universalità e l’equità, che ne fa emergere il carattere intrinsecamente dinamico, ove tuttavia «il SSN rappresenta un’ancora di salvezza, la migliore esplicitazione di un dovere sempre *in fieri*, quello della solidarietà sociale che costituisce lo strumento più efficace in difesa della unità politica di una comunità costituita da cittadini, residenti, migranti, che si riconoscono nei valori comuni della Repubblica»<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Corte cost., sent. n. 304/1994, 5 *Cons. dir.* In una successiva pronuncia la Corte ha chiarito che vincoli finanziari possono orientare le scelte discrezionali del legislatore, ma non in termini tali da assumere «un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana» (Corte cost., sent. n. 309/1999, 3 *Cons. dir.*).

<sup>5</sup> V. EGIDI, C. REYNAUD, *Le politiche sanitarie nell’Italia del dopoguerra*, in *Popolazione e Storia*, 1, 2005, 52.

<sup>6</sup> I. CIOLLI, *La salute come diritto in movimento. Eguaglianza, universalismo ed equità nel Sistema sanitario nazionale*, in questo fascicolo

Nell'ultimo Piano sanitario nazionale, che si inserisce in uno scenario politico e sociale profondamente modificato, il ruolo dello Stato in materia di sanità si è trasformato da una funzione preminente di organizzatore e gestore di servizi a quella di garante di un sistema sanitario equo. Tuttavia, come nota Viviana Molaschi nel suo contributo, per garantire l'equità in salute è fondamentale realizzare l'equità in sanità, vale a dire nei servizi sanitari, con particolare riferimento al ruolo giocato dall'attività di programmazione e dall'organizzazione amministrativa. In particolare l'equità "entra" espressamente nella pianificazione dell'offerta sanitaria attraverso la determinazione dei Lea, nella cui disciplina si fa riferimento al principio di appropriatezza nelle sue varie declinazioni, come al rispetto del principio dell'equità nell'accesso all'assistenza, nonché di quelli di dignità della persona umana e del bisogno di salute. Nonostante la definizione dei livelli essenziali, l'iniquità del sistema emerge nell'accesso alle prestazioni dal punto di vista economico, ed in particolare nei meccanismi di compartecipazione ai costi e nei casi di esenzione. Iniquità che, sostiene l'Autrice, può essere ridotta o pareggiata attraverso lo strumento dell'organizzazione quale veicolo di eguaglianza, essendo a tal fine di primaria importanza il coordinamento dei servizi sanitari con quelli afferenti ad altre aree del *welfare*, a tutela di soggetti vulnerabili e quindi particolarmente "esposti alla disuguaglianza".

A loro volta gli interventi di Aldo Rosano e Stefano Tomelleri costituiscono espressione dello sforzo di far vivere l'interdisciplinarietà in una dimensione non puramente orizzontale, ma anche verticale, strutturandosi nella ricerca di dialogo tra saperi diversi che si possono intrecciare e mettere in relazione criticamente i diversi approcci per ridefinire le coerenze di ciascun ambito disciplinare.

Rosano, in particolare, affronta il tema della disuguaglianza in sanità dal punto di vista epidemiologico, segnalando come «le disparità sociali nella salute sono un problema complesso che nasce da un insieme di meccanismi: la stratificazione sociale dettata dalla disuguale distribuzione delle risorse (determinanti distali); la distribuzione dei principali fattori di rischio per la salute (determinanti prossimali) come quelli ambientali, psicosociali, gli stili di vita insalubri e, in molti casi, anche il limitato accesso a cure appropriate»<sup>7</sup>. A domande complesse non vi sono però risposte semplici, laddove le possibili azioni che si possono intraprendere per contrastare le disuguaglianze di salute attengono a diversi ambiti delle politiche e del contesto sociale, compendiandosi in politiche redistributive e specifiche azioni che mirano a diminuire la vulnerabilità dei soggetti. In ogni caso l'arma più potente ed efficace a disposizione dei sistemi sanitari è quella della prevenzione delle malattie e promozione della salute, di cui possono beneficiare tutti i cittadini, avendo cura di intervenire ove maggiori sono i rischi nella popolazione. Quasi in una sorta di passaggio di testimone, le riflessioni di Tomelleri analizzano il tema delle disuguaglianze di salute in relazione ai mutamenti sociali e di stili di vita, concentrando l'attenzione sulle ricadute dei processi di aziendalizzazione, del progresso tecnologico-scientifico, della (dis)informazione di massa e del consumerismo della salute, fenomeni che concorrono a rendere la scena della cura estremamente complessa da governare. Si staglia in questo contesto la figura del paziente "esperto", un soggetto istruito, consapevole e capace di orientarsi, nella misura in cui l'equità si persegue anche attraverso l'acquisizione da parte del singolo della capacità di gestire la propria malattia, i fattori di rischio, le opzioni di cura possibili e le terapie per affrontare e vivere "al meglio" le scelte in materia di salute.

<sup>7</sup> A. ROSANO, *L'equità nel sistema sanitario: evidenze epidemiologiche e possibili interventi*, *ivi*.

Torna alle radici per analizzare il presente Lucia Busatta che, con ammirevole sintesi, dipinge un affresco dello sviluppo e dell'evoluzione del *National Healthcare Service* (NHS), mettendo in rilievo come un sistema paradigmatico dell'universalismo proprio del *Welfare State* si sia progressivamente trasformato in un sistema ibrido, un quasi mercato la cui *governance* è costruita su un *mix* di regolazione da parte dello Stato e autonomia delle istituzioni sanitarie. Lo Stato mantiene il controllo del funzionamento del settore, ma delega la funzione di produzione dei servizi ad organizzazioni indipendenti (pubbliche o private), le quali competono per acquisire clienti e quindi vedono dipendere il loro finanziamento dalle scelte dei destinatari dei servizi o da chi per loro o, ancora più comunemente, da agenzie pubbliche o semi-pubbliche che agiscono come agenti degli stessi utenti finali. Il rischio di fallimento, in mancanza di una struttura rigidamente regolamentata, è connaturato alla schizofrenia di un sistema che coniuga finalità apparentemente inconciliabili, laddove lo Stato si trova a dover garantire – a fronte di risorse scarse – la piena sovranità del paziente consumatore e la qualità dei servizi offerti, su cui influisce la concorrenza regolata tra i produttori attraverso le forme dell'accreditamento. Alle criticità derivanti dalla riforma del NHS, voluta dal governo Cameron, si accompagnano i dubbi e le incognite conseguenti al processo incompiuto della *Brexit* e i suoi riflessi sul sistema sanitario che rendono ancor più necessaria l'adozione di politiche decisionali comuni e la condivisione delle risorse quale chiave per fronteggiare in modo efficace le sfide contemporanee.

Si inserisce in questo percorso plurale la riflessione di Anna Lorenzetti, che si appunta sulle molteplici forme della discriminazione in ambito sanitario, in particolare razziale e di genere. Si rileva in particolare come non manchino criticità e limiti anche nella prospettiva anti-discriminatoria che «conferma e legittima – in un processo comparativo – l'identificazione di una condizione come universale riferimento rispetto a cui mettere a confronto il trattamento subito, individuando la diversa condizione come "altro", come "differente" dal parametro assunto a riferimento, implicitamente connotandolo di disvalore (...) Se dunque anche l'accesso a beni e servizi pare confermare i vizi ontologici del diritto antidiscriminatorio che spesso fiaccano le tutele piuttosto che garantirle, imponendo un appiattimento delle specificità individuali che – tanto più nell'ambito sanitario – non possono che ritenersi improprie, la [diversa] dimensione dell'antisubordinazione pare invece consentire di valorizzare le prospettive di una tutela che, nel garantire le specificità individuali, non soltanto porti a valorizzare la dimensione relazionale, obbligando a un confronto in tal senso, ma pure renda visibili le differenze che si traducono in discriminazioni, ripensando gli spazi che le hanno rese possibili e consentendo di nominarle»<sup>8</sup>.

Completa e chiude la riflessione sul tema il contributo di Barbara Pezzini, che fornisce un'analisi a tutto tondo della complessità del diritto alla salute, nelle sue molteplici declinazioni e gemmazioni, che è divenuto parte essenziale del patrimonio costituzionale della persona. Il diritto alla salute viene così formulato entro i cardini di una grammatica comune, capace di trovare nuovi segni o di reinterpretare quelli esistenti al fine di continuare quel dialogo intessuto del linguaggio dei diritti. È dunque «in tale complessità strutturale del diritto costituzionale alla salute che hanno radice i nodi critici e problematici con i quali si misura l'attuazione: la necessità della mediazione del legislatore (in un processo che rappresenta le condizioni formali essenziali della decisione sul bene); la complessità della de-

<sup>8</sup> A. LORENZETTI, *Le discriminazioni nell'accesso a beni e servizi sanitari. Ovvero le tensioni irrisolte del diritto antidiscriminatorio*, *ivi*.

cisione sulle risorse finanziarie ed organizzative che sostanziano l'effettività del diritto; l'equilibrio tra dimensione collettiva e individuale; gli spazi di autodeterminazione individuale»<sup>9</sup>. Nodi che l'Autrice scioglie e ricomponde nel tentativo di offrire risposte a domande tradizionali (quella dell'obiezione di coscienza dei medici) e a quelle nuove o, forse, sempre attuali (come quelle emerse con l'ordinanza n. 207 del 2018 sull'aiuto al suicidio).

Come emerge dai contributi ospitati nel *focus*, se giuridificare la vita significa incidere direttamente su destini, scelte, progetti, i volti della salute, nei porci di fronte all'eccedenza della vita, prospettano sfide a cui è possibile rispondere solo facendo un uso prospettico del patrimonio costituzionale.

---

<sup>9</sup> B. PEZZINI, *Il diritto alla salute a quarant'anni dall'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale: le criticità strutturali di un diritto sociale*, *ivi*.



# La salute come diritto in movimento. Eguaglianza, universalismo ed equità nel sistema sanitario nazionale, oggi

Ines Ciolli\*

Focus

HEALTH AS A MOVING RIGHT. EQUALITY, UNIVERSALISM AND EQUITY IN THE NATIONAL HEALTH SYSTEM, TODAY

ABSTRACT: the article tries to analyze the transformations that Law n. 833 of 1978, which established the national health service, forty years after its promulgation. The equality, fairness and universality of the service have been questioned by economic crises, by the new regional structure of the Italian state, by the weaker application of the principle of equality. Despite everything, however, that system proves to be still functioning and health protection must remain universal, financed by general taxation and equal for all.

KEYWORDS: Health; equality; fairness; universality; economic crisis

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Tutela della salute e regionalizzazione. Il profilo dell'uguaglianza – 3. La differenziazione ex art. 116, comma 3, Cost. e la tutela diseguale della salute – 4. Il SSN, la crisi e il finanziamento "oltre" la fiscalità generale. L'esempio dei ticket sanitari – 5. Il mantenimento degli obiettivi del SSN e il ruolo del legislatore. Problemi e prospettive – 6. Considerazioni finali.

## 1. Introduzione

**A** quarant'anni dall'istituzione del servizio sanitario nazionale (da ora SSN), identificare la salute con un diritto in movimento significa sposare una concezione dinamica della sua tutela, in modo del tutto coerente con il dettato costituzionale. Il raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale e del pieno sviluppo della persona umana, infatti, come pure la protezione della salute, richiedono continue rimozioni degli ostacoli e politiche attive per raggiungere questi scopi; per questo si può parlare di un'attività sempre *in fieri*.

Le condizioni di accesso alla protezione della salute sono mutate e in continua trasformazione, tanto che persino la definizione che era stata coniata dall'Organizzazione mondiale della sanità nel 1948, che traduceva un concetto statico, identificato con uno «stato di complessivo benessere psicofisico, mentale e sociale», è stata sostituita da altre più adeguate ai tempi, ove viene in rilievo soprattutto da un lato, la necessità di offrire cure e sostegno sempre più differenziati e adeguati alle diverse con-

---

\* Professoressa associata di Diritto costituzionale, Università Sapienza di Roma. E-mail: [ines.ciolli@uniroma1.it](mailto:ines.ciolli@uniroma1.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo. Questo articolo è destinato agli Scritti in onore di Antonio Ruggeri.

dizioni di salute delle persone, dall'altro il bisogno di sostenere, attraverso una serie di servizi, la capacità del singolo di «adattarsi e autogestirsi», pur in presenza di malattie<sup>1</sup>.

La legge n. 833 del 1978, che ha istituito il SSN, si è rivelata uno strumento efficace per garantire la tutela della salute, le cure e la prevenzione in linea sia con l'evoluzione scientifica e tecnologica, sia con il dettato costituzionale. Oggi, però, l'art. 1 della disposizione legislativa che ha istituito il SSN e ne ha esplicitato le finalità ultime, definendolo *eguale, universale ed equo* è in discussione<sup>2</sup>. È necessario, pertanto, chiedersi quanto quest'ultimo - pur avendo rappresentato una conquista di civiltà e uno strumento di tutela inclusiva, solidale e aperto a tutti - sia ancora sostenibile in un'epoca di tagli ragguardevoli al finanziamento della sanità pubblica<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Il dibattito sulle nuove definizioni di salute è iniziato con un editoriale di M. HUBER et al., *How should we define Health?* e F. GODLEE, *What is health*, entrambe in *British Medical Journal*, 2011, 343.

<sup>2</sup> Sui rapporti che intercorrono tra la Legge n. 833 del 1978 e l'art. 32 Cost., si vedano B. PEZZINI, *Art. 32 Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1, 1983, 21 ss. B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1, 1984, 21, ss.; M. LUCIANI, *Salute (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991; B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in C. E. GALLO, B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, 1 ss.; E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, 2012. Più di recente, L. BUSATTA, *La salute sostenibile: la complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018.

Per uno sguardo d'insieme sulla Giur. cost. in tema di tutela della salute, si vedano C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996, A. MANGIA, *'Attuazione' legislativa ed 'applicazione' giudiziaria del diritto alla salute*, in *Dir. pub.*, 3, 1998, 751 ss.; M. CARTABIA, *La Giur. cost. relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2, 2012, 455 ss. e F. MINNI, A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, 3, 2013, 1 ss. e M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei Sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, 3, 2016, 1 ss.; M. MASSA, *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *Quad. cost.*, 1, 2017, 73 ss.

<sup>3</sup> Una delle peculiarità della legge che ha istituito il SSN e delle sue successive modifiche è stata proprio quella di una massima apertura nei confronti di tutti i soggetti presenti sul territorio nazionale, nonostante i costi, ritenendo che i benefici, quali l'inclusione, una maggiore qualità della salute pubblica, prevalessero di gran lunga sui primi. La giurisprudenza ha seguito la medesima direzione e da tempo ha esteso il diritto di accedere alle prestazioni sanitarie anche agli stranieri regolari e per quanto riguarda gli irregolari l'accesso contempla almeno le prestazioni essenziali e urgenti. Ne dà conto A. PITINO, *Quarant'anni (e più) di tutela della salute degli stranieri in Italia (dalla legge n. 833/1978 istitutiva del Servizio sanitario nazionale al d. l. "sicurezza" n. 113/2018)*, in *Corti supreme e salute*, 3, 2018 1 ss. Più in generale sul punto, F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, 2013. Sul tema della salute degli immigrati è intervenuta favorevolmente anche la giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha svolto il delicato compito di estendere il diritto alla salute a tutti; ciò a partire dalla sent. n. 252 del 2001, nella quale la Corte al Punto 2 del *Cons. dir.* afferma: «Occorre preliminarmente rilevare che, secondo un principio costantemente affermato dalla giurisprudenza di questa Corte, il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è "costituzionalmente condizionato" dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti», salva, comunque, la garanzia di un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto». Si deve ricordare altresì la sent. n. 269 del 2010, in merito alle politiche regionali sull'immigrazione e la salute degli stranieri irregolari, che ha ribadito l'universalità del SSN, esteso a chiunque si trovi sul territorio della Repubblica; sul punto F. BIONDI DAL MONTE, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, in *Le Regioni*, 5, 2011, 1086 ss. e D. MORANA, *Titolari di diritti, anche se irregolari: politiche regionali di integrazione sociale e diritto alla salute degli immigrati (note minime a Corte cost., sent. n. 269 del 2010)*, in *Giur. cost.*, 4, 2010, 3238 ss.

È innegabile che negli ultimi decenni quelle prescrizioni contenute nell'art. 1 della Legge istitutiva del SSN abbiano subito una torsione. Le prestazioni sanitarie non sono sempre garantite in modo eguale in tutto il territorio della Repubblica; l'accesso al SSN non segue ovunque criteri di equità; una serie di deroghe ha messo a dura prova quel principio di universalità che era stato declinato dal legislatore del 1978 come scelta di un servizio basato sulla fiscalità generale<sup>4</sup>. L'art. 32 Cost. non si sofferma sulle scelte organizzative in materia di sanità, ma l'opzione del legislatore per il cosiddetto sistema Beveridge si è rivelata coerente con il dettato costituzionale, poiché contempla una partecipazione progressiva e proporzionale alle spese sanitarie e risponde altresì a quel dovere di solidarietà che la Carta costituzionale pone alla base di qualunque prestazione sociale<sup>5</sup>.

Eppure quella legge entrata in vigore trent'anni dopo la promulgazione della Costituzione sembrava essere riuscita nell'intento di dare attuazione a una Carta talmente innovativa da essere stata definita "presbite" e insieme ad altre leggi di quell'anno connotava in senso egualitario e garantista la tutela della salute. Nel 1978, infatti, il Parlamento adottava la legge n. 194, che depenalizzava

<sup>4</sup> Sul legislatore del 1978 e sull'interpretazione estensiva delle disposizioni costituzionali in materia, E. CAVASINO, *Il diritto alla salute come diritto "a prestazioni". considerazioni sull'effettività della tutela*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Convegno annuale del Gruppo di Pisa Trapani 8-9 giugno 2012, Napoli, 2013, 335 ss.

<sup>5</sup> Per una classificazione dei sistemi sanitari, basata sul tipo di finanziamento, si vedano G. MURARO, V. REBBA, *Il finanziamento della sanità nei Paesi dell'Ocse: struttura e dinamica*, in *Politiche sanitarie*, 3, 2008, 121 ss., i quali propongono una suddivisione in quattro diversi modelli: a) Il modello Beveridge, adottato anche in Italia e sostenuto da un finanziamento pubblico attraverso il gettito delle imposte; b) il modello Bismarck, le cui fonti di finanziamento consistono nei contributi obbligatori versati dai lavoratori dipendenti, dai lavoratori autonomi e dai datori di lavoro; c) i modelli di Assicurazione Privata Obbligatoria, in uso in Svizzera e in Olanda, per i quali la fonte primaria di finanziamento è data dai premi assicurativi, calcolati sul rischio medio o *community rating*, che vengono versati dai cittadini e da fondi pubblici che intervengono per perequare i rischi assunti dalle compagnie assicurative; d) i cosiddetti modelli Sociali Misti che in misura diversa traggono ispirazione dai tre modelli precedenti. Si veda anche E. CATELANI, G. CERRINA, E. FERRONI, M. C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Quaderni CESIFIN, Torino, 2011.

Sulla centralità del dovere di solidarietà F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002 e A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013, 17 ss.; S. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *Pol. dir.*, 4, 2012, 525 ss. C. BUZZACCHI, *La solidarietà tributaria. Funzione fiscale e principi costituzionali*, Milano, 2011; I. MASSA PINTO, *Costituzione e fraternità. Per una teoria della fraternità conflittuale: "come se" fossimo fratelli*, Napoli, 2011. Quest'ultima A., sulla scia di G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, Paris, 1932, 119, suggerisce una ricostruzione del principio di fraternità non più solo etico, ma giuridico, che può cioè rappresentare un limite costituzionale poiché impone al legislatore un dovere di solidarietà e una tutela della dignità sociale. In tal modo, si conferisce finalmente una prescrittività ai diritti di prestazione, sgombrando il campo dalla tesi che essi dipendano dalla discrezionalità del legislatore. Sul rapporto tra affermazione dei diritti sociali e l'emersione dell'idea di fraternità e solidarietà, si veda anche M. BORGHETTO, *La notion de fraternité en droit public français (le passé, le présent et l'avenir de la solidarité)*, Paris, 1993.

La tesi secondo la quale la solidarietà (intesa in senso giuridico) può rappresentare lo strumento che tiene insieme la libertà e l'uguaglianza che concorrono insieme al pieno sviluppo della persona umana è sostenuta da N. MACCABIANI, *The effectiveness of social rights in the EU. Social inclusion and European governance. A constitutional and methodological perspective*, Milano, 2018, 14 ss. La rigorosa argomentazione dell'A. si sofferma però sul più etereo e indistinto concetto di dignità umana, più che sulla dignità sociale menzionata nell'art. 3 Cost., proprio in riferimento alla rimozione degli ostacoli da parte della Repubblica. Più in generale sul tema della crisi della solidarietà sociale in Europa, A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, 2016.

l'interruzione volontaria di gravidanza e la legge n. 180 sulla tutela e la cura della malattia mentale<sup>6</sup>. Non da ultimo, il legislatore si preoccupò di disciplinare anche l'assistenza farmaceutica e la brevettabilità dei farmaci, proclamando la «funzione sociale del farmaco e (...) la prevalente finalità pubblica della produzione»<sup>7</sup>.

L'adeguata attuazione costituzionale era rafforzata anche da una giurisprudenza costituzionale che ha riconosciuto il bene salute tutelato dall'art. 32, comma 1, Cost. quale «diritto fondamentale dell'individuo»<sup>8</sup>, «"diritto primario e assoluto" considerato pienamente operante anche nei rapporti tra privati»<sup>9</sup> e che, pertanto, per le sue intrinseche caratteristiche, richiede una tutela piena ed esauritiva.

In tempi di crisi economica, la Corte costituzionale sembra però modificare la sua giurisprudenza, ammettendo interpretazioni restrittive del diritto, soprattutto per la parte dell'art. 32 Cost. che può essere intesa come un diritto a prestazione, subordinandola all'intervento dello Stato alle risorse disponibili<sup>10</sup>. Risalgono agli anni Settanta e Novanta i primi tentativi del giudice costituzionale di dare una lettura graduale dei diritti<sup>11</sup>, in concomitanza con il diffondersi della teoria dei diritti condizionati e della riserva del ragionevole e del possibile, che il Tribunale federale tedesco nel 1973 aveva enunciato con molta chiarezza e perentorietà<sup>12</sup>. La Corte costituzionale adotta, sempre più spesso in quegli anni, il principio di gradualità nell'attuazione del diritto, anche solo in presenza di generiche esigenze di equilibrio di bilancio<sup>13</sup>.

<sup>6</sup> S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015.

<sup>7</sup> Con sent. n. 20 del 1978 la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità dell'art. 14 del r.d. 29 gennaio 1939 che vietava la brevettabilità dei farmaci, per violazione degli artt. 3 e 41 Cost. Successivamente, la legge istitutiva del SSN, all'art. 29, restrinse il campo di quella libertà d'impresa ribadendo la peculiarità dell'industria farmaceutica; pertanto, la produzione doveva essere assoggettata a criteri coerenti con il SSN e con la funzione sociale del farmaco, oltre che con la prevalente finalità pubblica della produzione. Ne ripercorre le fasi A. CADAURO, *Il paradigma del farmaco orfano*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, 56-58.

<sup>8</sup> Sent. n. 356 del 1991.

<sup>9</sup> Sentt. nn. 202 del 1991, 559 del 1987, 184 del 1986, 88 del 1979.

<sup>10</sup> La questione è nota da tempo, tra le prime ricostruzioni, C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati e bilanciamento fra principi*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle sentenze della Corte costituzionale*, Torino, 1994, 550 ss. e M. MIDIRI, *Diritti sociali e vincoli di bilancio nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, spec. 2241 s.

<sup>11</sup> Sentt. Corte cost. nn. 119 del 1972 e 128 del 1973 ove la Corte sostiene lo sforzo finanziario necessario per l'attuazione di alcuni diritti non può che essere affrontato con gradualità.

<sup>12</sup> A. SANDRI, *Il Vorbehalt des Möglichen nella giurisprudenza delle corti tedesche*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *op. cit.*, 483 ss. il quale ricorda come la sentenza del Tribunale federale tedesco del 3 agosto 1972 ritenesse che: «lo Stato può garantire soltanto ciò che l'individuo può ragionevolmente pretendere dalla società».

<sup>13</sup> Sin dalla sent. n. 356 del 1992, si torna a parlare, in modo più esplicito questa volta, del principio di gradualità, poi ripreso successivamente, *ex multis*, nelle sentt. nn. 304/1999, 99/1995, nelle quali la Corte afferma che: «nel bilanciamento dei valori costituzionali che il legislatore deve compiere al fine di dare attuazione al "diritto ai trattamenti sanitari" (art. 32 della Costituzione) entra anche la considerazione delle esigenze relative all'equilibrio della finanza pubblica. Non v'è dubbio che, se queste ultime esigenze, nel bilanciamento dei valori costituzionali operato dal legislatore, avessero un peso assolutamente preponderante, tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'inviolabile dignità della persona umana, ci si troverebbe di fronte a un esercizio, macroscopicamente irragionevole, della discrezionalità legislativa». Sulla giurisprudenza costituzionale in materia di contenuto minimo A. MANGIA, *op. cit.*, 751 ss.

La tesi che vede i diritti sottoposti al *Vorbehalt des Möglichen*, alla “riserva del possibile”, alla graduazione, all’attuazione del solo nucleo essenziale nei momenti di emergenza economica si è fatta strada nonostante si trattasse del diritto fondamentale alla salute, la cui attuazione non può essere rimessa alla discrezionalità del legislatore ordinario, né può essere parziale o limitata<sup>14</sup>. Anzi, la soddisfazione del solo nucleo essenziale del diritto potrebbe rivelarsi del tutto insufficiente per assolvere quella funzione propria dei diritti sociali, che deriva loro dal legame indissolubile con l’art. 3, comma 2, Cost., ossia la rimozione degli ostacoli, la tensione verso il pieno sviluppo della persona umana<sup>15</sup>.

Gli attacchi al SSN non sono stati solo di natura economica, ma anche culturale. Le politiche di “rigore” adottate in anni più recenti e le scelte politiche sempre più orientate a considerare il *welfare* come una delle “cause” della spesa pubblica hanno indotto a credere che il SSN fosse troppo costoso e non più sostenibile. Spesso tale affermazione è accompagnata dalla constatazione che un servizio sanitario pubblico e universale non possa restare competitivo con l’avanzamento dell’età media della popolazione e che, al fine di garantire migliori prestazioni, debba essere integrato con un sistema di tipo assicurativo, che preveda l’intervento del settore privato<sup>16</sup>. Si procede, in altre parole, verso un progressivo «processo de-costituente»<sup>17</sup> che non tiene conto né di quanti e quali progressi e innovazioni ha introdotto la legge n. 833, né tantomeno delle condizioni in cui versava il servizio sanitario nei trent’anni precedenti alla sua entrata in vigore; si tace o si omette di ricordare che dalla promulgazione della Costituzione fino al 1978, la tutela della salute fu tutt’altro che egualitaria e che il sistema mutualistico italiano non solo aveva accentuato le differenziazioni sociali tra i cittadini, fornendo servizi diversificati e legati alla professione o alle condizioni economiche, ma risultava del tutto inefficiente dal punto di vista dell’organizzazione e dei risultati in termini di costi-benefici, tanto che quell’assetto organizzativo provocò un *deficit* che lo Stato fu chiamato successivamente a ripianare<sup>18</sup>.

Il ritorno, seppur in chiave moderna, a quel sistema costituirebbe un dannoso anacronismo.

Nonostante l’importanza e la rivoluzione culturale che l’istituzione del SSN ha comportato, le sue fondamenta sono da tempo in discussione. Le riforme che si sono susseguite dopo il 1978 hanno ridimensionato la finalità universalistica e hanno altresì delegittimato quel sistema fondato sulla fisca-

<sup>14</sup> Su diritti, vincoli di bilancio e riserva del ragionevole e del possibile, M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Scritti in onore di Antonio D’Atena*, Milano 2015, 1673 ss.

Sul principio di gradualità si è espresso anche A. MORRONE, *Crisi economica ed integrazione politica in Europa*, in *Riv. AIC*, 3, 2014, il quale ricorda come tale principio non incida sulla discrezionalità del legislatore, ma svolga semplicemente la funzione di rammentare a quest’ultimo la presenza costante della naturale limitazione delle risorse.

<sup>15</sup> Per tutti, E. LONGO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana: un percorso di analisi*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2, 2017, 206 e per un quadro esaustivo, Id., *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali. Profili teorici e prassi costituzionali*, Milano, 2012.

<sup>16</sup> Ricostruisce la *spending review* in campo sanitario come un’esigenza culturale, prima che finanziaria e ne evidenzia le inesattezze e i luoghi comuni, E. JORIO, *Pareggio di bilancio: le implicazioni sul sistema sanitario*, in C. BOTTARI, F. FOGLIETTA, L. VANDELLI (a cura di), *Welfare e servizio sanitario: quali strategie per superare la crisi*, Rimini, 2013.

<sup>17</sup> T. CASADEI, *Diritti sociali e «processo decostituente»*, in *Ragion pratica*, 2, 2016, 503 ss.

<sup>18</sup> D. MORANA, *Dal 1948 al 1978: l’interpretazione (riduttiva) dell’art. 32 Cost. nel primo «trentennio sanitario»*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent’anni di servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Il Mulino, Bologna, 11 ss.

lità generale, introducendo una partecipazione diretta alla spesa sanitaria da parte dei cittadini attraverso l'istituzione di *ticket* sanitari e mediante il ricorso alle prestazioni *intra moenia*, a causa di liste di attesa non più ragionevoli e conciliabili con i tempi della cura. In entrambi i casi si tratta di strumenti forieri di disuguaglianze, poiché subordinano l'accesso alle prestazioni alla disponibilità finanziaria individuale.

I tentativi di restringere la portata della tutela della salute, incidendo sulle disposizioni del SSN hanno costituito una sperimentazione che a cascata ha aperto la strada a restrizioni nei confronti di tutti gli altri diritti a prestazione. Allo stesso modo, la regionalizzazione delle prestazioni sanitarie, disciplinata dal d.lgs n. 502 del 1992 e dal d.lgs. n. 229 del 1999 ha a sua volta anticipato quella più generale, attuata con la riforma del Titolo V<sup>19</sup>. In altre parole, il legislatore in materia sanitaria, pur mantenendo un percorso e una modalità di attuazione peculiari<sup>20</sup>, ha spesso operato come apripista per riforme di più ampia portata<sup>21</sup>. Le disuguaglianze che si erano manifestate già ai tempi della regionalizzazione dell'organizzazione sanitaria si sono poi estese anche ad altri diritti quando il nuovo assetto territoriale è stato inserito in Costituzione e nemmeno la previsione, all'art. 119, commi 3 e 5 Cost., di fondi perequativi e di risorse aggiuntive destinate agli enti territoriali con minore capacità contributiva è valsa a contenerle o ad attenuarle. Lo scostamento da quei principi di uguaglianza, equità e universalità contenuti nell'art. 1 della legge n. 833 del 1978 si possono dunque rintracciare in una diversificazione estrema delle prestazioni sul territorio della Repubblica e in una accentuata riduzione dei finanziamenti destinati alle prestazioni sanitarie. Quando i due fattori agiscono congiuntamente, le disuguaglianze possono diventare esponenziali.

## 2. Tutela della salute e regionalizzazione. Il profilo dell'uguaglianza

I modelli federali o regionali garantiscono, per definizione, una differenziazione sia nella produzione normativa, sia nell'allocazione delle risorse<sup>22</sup>.

La tensione tra diversità ed eguaglianza ha una natura dinamica e il mantenimento di un equilibrio richiede strumenti correttivi e redistributivi<sup>23</sup>. I Livelli essenziali di prestazione – e in campo sanitario i

<sup>19</sup> Sulla salute come paradigma della regionalizzazione e della distribuzione territoriale delle risorse pubbliche, R. BALDUZZI, *Livelli essenziali e risorse disponibili: la sanità come paradigma*, in F. ROVERSI MONACO, C. BOTTARI, *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, Rimini, 2012, 79 ss. Tratteggia i salienti punti critici e le sfide in sanità nel più recente periodo, *Id.*, *A mo' di introduzione: su alcune vere o presunte criticità del Servizio sanitario nazionale e sulle sue possibili evoluzioni*, in *Id.* (a cura di), *op. cit.*, 11 ss. In senso critico, G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pub.*, 1, 2002, 85 ss. e *Id.*, *L'attuazione del Servizio sanitario nazionale nei primi anni della riforma*, in *Il Mulino*, 6, 1981, 838 ss.

<sup>20</sup> R. BALDUZZI, *I sistemi sanitari regionali tra autonomia e coerenza di sistema*, Milano, 2005, 9.

<sup>21</sup> Sul punto, efficacemente, C. PINELLI, *La revisione costituzionale del 2001 e le sue ricadute in campo sanitario*, in *Corti supreme e salute*, 3, 2018, 3 ss.

<sup>22</sup> Per un'analisi dell'evoluzione della regionalizzazione in Italia fino alla Costituzione del 1948, E. ROTELLI, *L'avvento della regione in Italia. Dalla caduta del regime fascista alla Costituzione repubblicana (1943-1947)*, Milano 1973; U. DE SIERVO, *Gli Statuti regionali*, Milano, Giuffrè, 1974; G. PASTORI, *Le regioni senza regionalismo*, in *Il Mulino*, 2, 1980, 204-216; S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002; B. CARAVITA, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Torino, 2006.

<sup>23</sup> I Livelli essenziali delle prestazioni costituiscono un apporto di omogeneità alla differenziazione regionale, lo ricorda F. SAITTO, *La legge delega sul "federalismo fiscale": i livelli essenziali delle prestazioni come misura*

livelli essenziali di assistenza – avrebbero dovuto rappresentare lo strumento capace di garantire uno *standard* minimo di uniformità da opporre alla differenziazione regionale<sup>24</sup>. Soprattutto in tempo di crisi essi avrebbero anche dovuto rappresentare «un qualche equilibrio tra le ineludibili esigenze di un libero sviluppo della persona (c.d. “universalità” del godimento dei diritti) e la sostenibilità finanziaria “delle ragioni” della solidarietà (c.d. “selettività nel godimento dei diritti stessi)»<sup>25</sup>.

Tuttavia, le dinamiche tra unità e differenziazione e tra qualità e quantità di prestazioni e vincoli di spesa a fatica raggiungono un punto di equilibrio e troppo spesso, soprattutto in ambito sanitario, la declinazione dell'eguaglianza come parità di accesso alle prestazioni si è rivelata un risultato non semplice. Ciò anche a causa dell'organizzazione regionale, che ormai è congegnata “à *trois vitesses*”, ove il terzo tipo di “specialità” è quello delle le Regioni in *deficit*, per le quali è contemplato un regime giuridico e finanziario *ad hoc* (imposto dai piani di rientro finanziario concordati con lo Stato centrale) che ne riduce gli ambiti di competenza e di autonomia<sup>26</sup>. La stessa Corte costituzionale ha ritenuto non fosse in contrasto con la Costituzione questo regime di “minorità” regionale dovuto a una eccessiva esposizione finanziaria. In questa condizione il Commissario *ad acta* vigila affinché siano erogati i soli Livelli essenziali di prestazione e affinché la Regione si astenga dal fornire prestazioni aggiuntive.

In tempi di crisi economica, tali restrizioni sono state interpretate in modo estensivo, sicché lo Stato ha impugnato leggi delle Regioni in piano di rientro, che la Corte costituzionale ha dichiarato illegittime perché implementavano i LEP statali, anche quando la disciplina regionale sembrava peraltro salvaguardare un livello di prestazione comunque fondamentale in materia di salute. Dichiarare illegittime quelle leggi che contengono la previsione di prestazioni eccedenti i LEA significa aderire a un'accezione “debole” dei diritti sociali che non può non avere conseguenze sulla concezione stessa dello Stato sociale. In alcuni casi, il ruolo delle Regioni censurate aveva lo scopo di ripristinare l'ugua-

---

*economica dell'uguaglianza*, in *Giur cost.*, 5, 2010, 2819 e, più in generale, E. VIVALDI, *I diritti sociali tra Stato e Regioni: il difficile temperamento tra il principio unitario e la promozione delle autonomie*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2012.

<sup>24</sup> Sulla tensione tra uniformità e differenziazione che risiede nel rapporto tra centro e periferia, G. BERTI, *Art. 5*, in *Comm. Cost.*, a cura di G. Branca, Bologna – Roma, 1975 e S. STAIANO, *Costituzione italiana: Art. 5*, Roma, 2017. Si veda anche M. CECCHETTI, *Corte costituzionale e unità e indivisibilità della Repubblica*, in R. BALDUZZI, J. LUTHER (a cura di), *Dal federalismo devolutivo alla spending review*, Milano, 2013, 117 ss.

Sui livelli essenziali di prestazione, portatori di uniformità, L. TRUCCO, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni tra politiche legislative e Corte costituzionale*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *op. cit.*, 103 ss.; C. PANZERA,, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali*, in G. CAMPANELLI, M. CARDUCCI, V. TONDI DELLA MURA, *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Torino, 2010, 57 ss.; A. D'ALOIA, *Diritto e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 6, 2003, 1063 ss.; M. LUCIANI, *I diritti Costituzionali tra Stato e Regioni, (a proposito dell'art. 117, comma 2 lett. m) della Cost.*, in, *Pol. dir.*, 3, 2002, 345 ss.; C. PINELLI, *Sui « livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali »(art. 117, co. 2, lett. m, cost.)*, in *Dir. pub.*, 3, 2002, 895 e, se si vuole, I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, 2012, 120 ss.

<sup>25</sup> L. TRUCCO, *op. cit.*, 103. Sul rapporto tra LEP e perequazione finanziaria, tra i molti, C. PINELLI, *Livelli essenziali delle prestazioni e perequazione finanziaria*, in *Dir. soc.*, 4, 2011, 731 ss.

<sup>26</sup> T. CERRUTI, *I piani di rientro dai disavanzi sanitari come limite alla competenza legislativa regionale*, in *Riv. AIC*, 4, 2013, 1 ss. che ripercorre l'evoluzione della normativa che disciplina i piani di rientro e sottolinea la natura pattizia degli stessi; e S. CALZOLAIO, *Il modello dei Piani di rientro del disavanzo sanitario dal punto di vista dell'equilibrio di bilancio*, in *federalismi.it*, 23, 2014, 1 ss.

glianza sostanziale, altrimenti compromessa e di ridurre le condizioni di disagio di alcune categorie di malati per esempio ampliando o potenziando l'offerta delle prestazioni sanitarie, al fine di ridurre le liste di attesa<sup>27</sup>. Così facendo, però, si è snaturata la finalità del regionalismo, che è anche quella di fornire sul territorio prestazioni commisurate alle peculiarità geografiche e politiche<sup>28</sup>.

Inoltre, come è stato acutamente osservato, i piani di rientro, al di là del mero taglio delle risorse e la funzione punitiva, non costituiscono uno strumento idoneo per la ricerca di soluzioni efficaci per risolvere le carenze organizzative e strutturali<sup>29</sup>.

Il quadro differenziato in materia di erogazione delle prestazioni e di ripristino di condizioni eguali di accesso alla tutela della salute è stato ulteriormente accentuato dall'entrata in vigore della L. cost. n. 1 del 2012, che non solo ha introdotto in Costituzione un nuovo principio costituzionale, quello dell'equilibrio di bilancio, ma ha anche modificato l'art. 119 Cost. nel senso di un maggiore rigore per i conti regionali. L'equilibrio di questi ultimi, durante l'ultima crisi finanziaria, è stato considerato in più occasioni un principio talmente fondamentale da prevalere nel bilanciamento con altri interessi e soprattutto nei confronti dei diritti<sup>30</sup>, già di per sé sofferenti in momenti di minor entrate finanziarie. In realtà, com'è stato osservato, ben prima della sua entrata in vigore nel 2014, il principio dell'equilibrio di bilancio tendeva a prevalere sullo stesso principio dell'autonomia regionale<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Sent. n. 104 del 2013 che dichiara incostituzionali alcune prestazioni "aggiuntive" che la regione Abruzzo prevedeva per i malati oncologici residenti, con nota di M. BELLETTI, *Le Regioni «figlie di un Dio minore». L'impossibilità per le Regioni sottoposte a Piano di rientro di implementare i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2013, 1078 ss.; ma si veda anche la sent. n. 115 del 2012 che ha dichiarato incostituzionale la legge n. 10 del 2011 della Regione Friuli-Venezia Giulia, Regione speciale e non tra quelle in piano di rientro, che prevedeva fondi per campagne istituzionali volte a promuovere informazione e prestazioni in materia di cure palliative. La Corte ha ritenuto che determinassero nuovi oneri per la finanza pubblica, senza indicarne le coperture di spesa e dunque violando il principio di generale equilibrio di bilancio, già indicato come principio fondamentale dalla Corte costituzionale nella sent. n. 70 del 2012. Sul punto, per un commento, N. LUPO, G. RIVOCCHI, *Quando l'equilibrio di bilancio prevale sulle politiche sanitarie regionali*, in *Le Regioni*, n. 5-6, 2012, 1062 ss. Più di recente, nella sent. n. 117 del 2018 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di una legge della Regione Campania, commissariata e dunque nell'impossibilità di garantire prestazioni che eccedano i LEA, che prevedeva una convenzione con un nuovo ospedale universitario al fine di implementare le prestazioni sanitarie tentando così di ridurre le liste di attesa per le prestazioni richieste dai cittadini. Sul caso Campania, S. PARISI, *Tendenze della legislazione sanitaria in Campania: una policy complessa in una Regione commissariata*, *Le Regioni*, 6, 2017, 1278 ss.

<sup>28</sup> Dubita della capacità perequativa e della caratteristica di uniformità dei Livelli essenziali di prestazioni, A. GUAZZAROTTI, *Diritti fondamentali e Regioni: il nuovo Titolo V alla prova della giurisprudenza costituzionale*, in *Le istituzioni del federalismo*, 5, 2008, 604 ss. Sul punto anche M. BERGO, *I nuovi livelli essenziali di assistenza. al crocevia fra la tutela della salute e l'equilibrio di bilancio*, in *Riv. AIC*, 2, 2017, 1 ss.

<sup>29</sup> S. CALZOLAIO, *op. cit.*, 55 che cita a sua volta il *Rapporto 2014* della Corte dei conti.

<sup>30</sup> Proprio in materia di salute, R. BALDUZZI, A. DE TURA, *La garanzia del diritto alla salute: soluzioni per affrontare la crisi*, in C. BOTTARI et al., *Welfare e servizio sanitario. Quali strategie per affrontare la crisi*, Rimini, 2013, 91 ss. Sull'ineguale bilanciamento tra costi e diritti M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, cit., 1673 ss.

<sup>31</sup> Lo rammenta S. CALZOLAIO, *op. cit.*, 34, che descrive nel dettaglio tutta una serie di sentenze precedenti all'entrata in vigore del nuovo Art. 81 Cost. nel 2014, che applicano in anticipo i principi di contenimento della spesa ivi previsti. Sentenze particolarmente severe nei confronti dell'autonomia finanziaria regionale. Concorda con tale posizione G. RIVOCCHI, *Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in *Riv. AIC*, 3, 2012, 1 ss.

Non è dunque eccessivo ritenere che le Regioni in piano di rientro rappresentino una ulteriore forma di allontanamento da quei principi di uguaglianza ed equità che il legislatore del 1978 aveva immaginato. In tempi più recenti è intervenuta a chiarire la portata dell'equilibrio di bilancio la sent. n. 275 del 2016, sancendo una impossibilità per i vincoli finanziari di prevalere sul contenuto essenziale dei diritti<sup>32</sup>.

### 3. La differenziazione ex art. 116, comma 3, Cost. e la tutela diseguale della salute

In ambito sanitario, già il d.lgs. n. 502 del 1992 aveva dato vita a un'accentuata differenziazione regionale ponendosi così, per certi versi, in antitesi con l'art. 1 della legge n. 833 del 1978 non riuscendo sempre a garantire l'eguaglianza e l'equità del SSN. La questione si propone *ex novo* e in maniera più prorompente con il procedimento di differenziazione ex art. 116, comma 3, Cost.<sup>33</sup>. I più recenti tentativi volti a dare attuazione al procedimento di differenziazione riguardano tre Regioni del Nord, l'Emilia-Romagna, la Lombardia e il Veneto, tutte dotate di un alto reddito *pro capite* e non sottoposte a piani di rientro sanitari, come del resto richiede implicitamente il dettato costituzionale.

Come ha sottolineato Mario Dogliani, l'attuazione del procedimento di differenziazione nel dinamico equilibrio tra diversità ed eguaglianza, che inevitabilmente ogni sistema regionale o federale produce, farebbe pendere ulteriormente il piatto della bilancia verso la prima, rinunciando progressivamente a «quei servizi che siamo soliti chiamare “le istituzioni dell'uguaglianza”»<sup>34</sup>.

La tutela della salute è tra le competenze che possono essere oggetto di una particolare forma di autonomia concessa sulla base di un'intesa tra Regione e Governo, ma è anche tra quelle per le quali il procedimento di differenziazione può maggiormente contribuire a creare un quadro disarmonico e assistemico, fin troppo sganciato dai criteri di uniformità che lo Stato centrale - e in questo caso anche il SSN - impone.

Per alcune Regioni, le più deboli in termini di organizzazione e di risorse economiche proprie, un'attenuazione non marginale di quel carattere uniforme garantito dalle prestazioni statali, costituisce

<sup>32</sup> Era stata accolta positivamente dalla dottrina la sent. n. 275 del 2016, che ha operato un *revirement* giurisprudenziale in tema di rapporti tra diritti e bilancio, poiché riconosce una subordinazione delle esigenze di bilancio ai diritti costituzionalmente tutelati. Sulla effettività della tutela della salute, che deve essere prioritaria rispetto alla preoccupazione dei costi e della spesa sanitaria, A. POGGI, *Diritti sociali e differenziazioni territoriali*, in R. BALDUZZI (a cura di), *I servizi sanitari regionali tra autonomia e coerenze di sistema*, Milano, 2005, 600.

<sup>33</sup> Sostengono R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Il regionalismo differenziato e la materia sanitaria*, in *Riv. AIC*, 2, 2019, 8 che: «l'esistenza del servizio sanitario nazionale, infatti, pone una serie di vincoli di sistema che costituiscono un obiettivo-limite alla previsione di generalizzate e generiche differenziazioni tra servizi sanitari regionali. un sistema nazionale di tutela della salute fondato sulla universalità dei destinatari, la globalità della copertura assistenziale, l'equità di accesso sotto il profilo economico e territoriale, l'appropriatezza delle prestazioni e il finanziamento sulla base della fiscalità generale (progressiva, cioè equa) ha tra le sue finalità primarie quella di promuovere l'avvicinamento tra situazioni regionali diverse, mirando a ridurre le disuguaglianze territoriali e le conseguenze di disparità di trattamento personali, non a cristallizzarle».

<sup>34</sup> M. DOGLIANI, *Quer pasticciaccio brutto del regionalismo italiano*, in *Il Piemonte delle autonomie*, 3, 2018, 1. Così anche G. VIESTI, *Verso la secessione dei ricchi? Autonomie regionali e unità nazionale*, Bari-Roma, 2019, che considera il regionalismo differenziato foriero di disuguaglianze.

uno strumento insostituibile per garantire un'uguaglianza minima<sup>35</sup>. Gli effetti di un'assenza di potestà legislativa statale uniforme su tutto il territorio della Repubblica potrebbero essere così rilevanti e amplificati da comportare un livello di disaggregazione territoriale che può avere ripercussioni sull'intero territorio nazionale, ben oltre i confini delle Regioni che chiedono la differenziazione. È altresì altissimo il rischio che senza alcuno strumento di composizione delle disuguaglianze e l'eccessiva diversità di attuazione dei diritti nelle diverse Regioni possa comportare una frammentazione difficilmente reversibile e che possa compromettere quell'equilibrio dinamico che deve sussistere necessariamente tra principio di unità e principio autonomistico, come prescrive l'art. 5 Cost.<sup>36</sup>.

Le regioni Lombardia, Emilia-Romagna e Veneto nelle richieste di differenziazione hanno tutte incluso anche la materia sanitaria, sebbene a diverso titolo e con diversa ampiezza<sup>37</sup>. È pertanto alto il rischio che, seppur con forme e modi diversi, la differenziazione incida sul diritto alla salute fino a toccare «le leve fondamentali che il Costituente ha messo a disposizione del legislatore in vista della realizzazione del cuore del disegno costituzionale: l'eguaglianza in senso sostanziale, attorno alla quale ruotano i diritti sociali»<sup>38</sup>. Pur trattandosi di Regioni con diversi sistemi organizzativi sanitari e con tradizioni politico-partitiche differenti, in materia sanitaria le richieste di differenziazione contemplano tutte una modifica dell'assetto unitario di tariffe e rimborsi, un aumento della compartecipazione dei singoli alla spesa pubblica, l'esplicita previsione di fondi sanitari integrativi. Con questo nuovo assetto si verrebbe dunque a creare un sistema sanitario ben lontano da quello disciplinato dalla legge n. 833 del 1978.

L'universalità, l'uguaglianza e l'equità non sembrano più essere annoverate tra i principi fondanti per la legislazione delle Regioni che vogliono differenziarsi<sup>39</sup>. Modificare anche solo implicitamente il modello tratteggiato dal SSN finora vigente per adottare nuovi modelli di SSR diversificati tra di loro, potrebbe configurare un sistema di tutele talmente disomogeneo e frammentato da richiedere comunque un successivo intervento dello Stato al fine di prevedere forme di perequazioni infra-regionali volte a colmare le disuguaglianze<sup>40</sup>. In mancanza di queste, la tensione tra differenziazione e unità potrebbe diventare eccessiva in quei casi in cui l'erogazione di prestazioni in parti diverse del territorio arrivi a raggiungere un divario non più colmabile e a quel punto l'unità dello Stato ne usci-

<sup>35</sup> G. FALCON, *Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale*, in *Le Regioni*, 4, 2017, 627-628.

<sup>36</sup> L. ANTONINI, *Verso un regionalismo a due velocità o verso un circolo virtuoso dell'autonomia?* in AA.VV. *Problemi del federalismo*, Milano, 2001. R. TONIATTI, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, in *Le Regioni*, 4, 2017, 635 ss.

<sup>37</sup> Lo ricorda F. PALLANTE, *Le richieste di differenziazione della Regione Piemonte in materia di tutela della salute*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 1, 2019, 1. Per un esaustivo quadro d'insieme delle diverse questioni che il regionalismo differenziato solleva, si rinvia a L. VIOLINI, *L'autonomia delle Regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.*, in *Riv. AIC*, 4, 2018, 319 ss.

<sup>38</sup> F. PALLANTE, *Nel merito del regionalismo differenziato*, in *federalismi.it*, 6, 2019, 5.

<sup>39</sup> Le bozze d'intesa del 25 febbraio 2019, stipulate tra il Presidente del Consiglio e ciascun presidente di Regione di Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna sono state pubblicate sul sito del Dipartimento per gli Affari regionali e le autonomie ([www.affariregionali.governo.it](http://www.affariregionali.governo.it)).

<sup>40</sup> M. DOGLIANI, *op. cit.*, 1. Così anche G. VIESTI, *Verso la secessione dei ricchi? Autonomie regionali e unità nazionale*, Bari-Roma, 2019, che considera il regionalismo differenziato foriero di disuguaglianze.

rebbe fortemente compromessa<sup>41</sup>. Proprio in materia sanitaria, ove la disuguaglianza regionale in termini di prestazioni è già rimarchevole, il divario tra le Regioni sottoposte a piani di rientro e quelle invece che possono mettere in campo una vasta gamma di prestazioni sanitarie aggiuntive, garantendo uno standard di tutela della salute più alto diverrebbe insanabile<sup>42</sup>.

Vi è tra gli studiosi la preoccupazione che sotto le mentite spoglie di una differenziazione possa nascondersi una mal celata devoluzione regionale, che acuirebbe le disuguaglianze e metterebbe a rischio l'equità di accesso e l'appropriatezza delle prestazioni su tutto il territorio della Repubblica.

L'iter per l'approvazione da parte del Parlamento delle intese tra Governo e Regioni per la differenziazione è ancora nelle fasi iniziali. Tuttavia, è chiaro l'intento delle Regioni interessate a mantenere sul proprio territorio ampie quote del gettito fiscale che su di esso si produce, rinunciando pertanto a forme di redistribuzione sul piano statale e, più in generale, rinnegando un modello di regionalismo cooperativo e solidale che è l'unico compatibile con lo Stato sociale<sup>43</sup>.

Deve essere altresì rimarcato che tutte le Regioni che hanno richiesto il procedimento di differenziazione hanno espresso la volontà di richiedere in futuro una maggiore autonomia in merito alla competenza concorrente del coordinamento della finanza pubblica, unico vero ed efficace vincolo che lo Stato ha potuto esercitare sulle Regioni. Se è vero che in qualche occasione tale coordinamento è stato eccessivo, tanto da configurare un ri-accentramento delle funzioni, a scapito dell'autonomia regionale, adottare la soluzione opposta e conferire alle Regioni porzioni sempre maggiori di tale potestà, non promette migliori prospettive<sup>44</sup>. Configurando la riforma costituzionale del 2001 il coordinamento della finanza pubblica come materia concorrente, ha voluto evidenziare quanto sia centrale nel regionalismo dare attuazione a quel principio di leale collaborazione che la Corte costituzionale non solo ha definito irrinunciabile in materia di rapporti e di ripartizioni di competenze tra Stato e Regioni, ma lo ha anche riconosciuto indispensabile per tenere vivo quell'interesse unitario contenuto nell'art. 5 Cost. che è alla base di ogni sistema regionale<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Preoccupazione manifestata anche da E. CATELANI, *La tutela dei diritti sociali fra Europa, Stato e Autonomie locali. I rischi della differenziazione*, in *federalismi.it*, 7, 2018, 29 ss.

<sup>42</sup> G. FALCON, *op. cit.*, 627-628; R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *op. cit.*, 8 che affermano: «Un sistema nazionale di tutela della salute fondato sull'universalità dei destinatari, la globalità della copertura assistenziale, l'equità di accesso sotto il profilo economico e territoriale, l'appropriatezza delle prestazioni e il finanziamento sulla base della fiscalità generale (progressiva, cioè equa) ha tra le sue finalità primarie quella di promuovere l'avvicinamento tra situazioni regionali diverse, mirando a ridurre le disuguaglianze territoriali e le conseguenze di disparità di trattamento personali, non a cristallizzarle».

Sulle differenziazioni dei modelli sanitari si era già espressa B. PEZZINI, *Ventuno modelli sanitari? Quanta disuguaglianza possiamo accettare (e quanta disuguaglianza riusciamo a vedere)*, in R. BALDUZZI (a cura di), *I Servizi sanitari regionali tra autonomia e coerenze di sistema*, cit., 399 ss.

<sup>43</sup> A. BALDASSARRE, *Rapporti tra Regioni e Governo: i dilemmi del regionalismo*, in *L'autonomia regionale nel rapporto con il Parlamento e il Governo*, suppl. 5 al *Boll. leg. doc. reg.* 1983, 38 ss.

<sup>44</sup> Ma M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in *federalismi.it*, 6, 2019, 13 ritiene infatti che si tratti di materia strutturalmente non devolvibile.

<sup>45</sup> Sul rapporto tra leale collaborazione e principio di unità, F. COVINO, *Leale collaborazione e funzione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2018, 39 ss. Sulla necessità del principio di leale collaborazione come strumento sostitutivo della mediazione politica, R. CARIDÀ, *Leale collaborazione e sistema delle conferenze*, Padova, 2018, spec. 73 ss.

Il procedimento previsto dall'art. 116, comma 3, Cost. è stato avviato dalle Regioni che hanno già messo a frutto il massimo dell'autonomia concessa sia dal Titolo V vigente, sia dalla legislazione sanitaria, che garantisce loro una massima differenziazione in termini di modelli organizzativi. Qualunque differenziazione aggiuntiva rischierebbe di incidere negativamente su un assetto regionale che presenta un quadro molto variegato in termini di prestazioni e di qualità delle cure, tanto che sarebbe semmai necessaria una razionalizzazione volta a riavvicinare i sistemi sanitari, al fine di ovviare alle innumerevoli e rimarcate disparità nell'attuazione del diritto alla salute sul territorio nazionale. Si tratta di quelle stesse disuguaglianze che la Corte dei conti ha rimarcato nel Rapporto del 2018 sul coordinamento della finanza pubblica, ove ha evidenziato come permangano rilevanti differenze tra Nord e Sud in merito alla qualità e alla disponibilità dei servizi e come questo conduca sia a più accentuati casi di rinuncia alle cure nel Sud, sia a una crescente incidenza della mobilità sanitaria dal Sud al Nord<sup>46</sup>.

Invece che operare nel senso indicato dalla Corte dei Conti, ossia perseguire il superamento delle disuguaglianze agendo con strumenti innovativi che siano economici, politici o amministrativi, si è scelta la via opposta, quella di un sistema premiante per le Regioni più virtuose ma penalizzante per tutte le altre.

#### 4. Il SSN, la crisi e il finanziamento “oltre” la fiscalità generale. L'esempio dei ticket sanitari

Nonostante i moniti della Corte costituzionale, che anche di recente ha ricordato come la garanzia dei diritti richieda una certezza nella disponibilità finanziaria<sup>47</sup> e come questo valga *a fortiori* per il diritto fondamentale alla salute<sup>48</sup>, i tagli alla spesa sanitaria sono ormai di notevole entità e sempre più sovente si chiede agli assistiti di partecipare alla spesa sanitaria, mediante il pagamento di una quota fissa, chiamata ticket.

Tali strumenti sono ormai consueti e in tempi di *spending review* sono stati introdotti rispettivamente i ticket per la spesa farmaceutica, per le prestazioni sanitarie ambulatoriali e infine per quelle di pronto soccorso<sup>49</sup>.

In un sistema che si professa universale e che si finanzia attraverso la fiscalità generale, è naturale porsi la questione se l'introduzione dei ticket sia compatibile con le scelte di fondo del SSN, visto che il ticket non ha di per sé la natura del tributo, ma - come ha dichiarato la Corte costituzionale - si può configurare come una prestazione patrimoniale imposta<sup>50</sup>.

Inizialmente il legislatore non ha percepito la necessità di definire la natura giuridica e tributaria dei tickets, né ha ritenuto di dover approntare una normativa organica, che conferisse loro una *ratio* unitaria. Erano, infatti, considerati solo strumenti temporanei e occasionali. Invece, le norme che prevedono a una loro applicazione, estemporanea e disomogenea nelle diverse Regioni, si è stratificata

<sup>46</sup> Corte dei conti, *Presentazione del Rapporto 2018 sul coordinamento della finanza pubblica*, 12 luglio 2018, 9.

<sup>47</sup> Sent. n. 275 del 2016.

<sup>48</sup> Sent. n. 203 del 2016.

<sup>49</sup> Per una ricostruzione normativa dei diversi tipi di ticket si vedano E. FERRARI, *Ticket sanitari, prestazioni imposte e livelli essenziali delle prestazioni*, in *Riv. AIC*, 4, 2017, 15-18 e L. BUSATTA, *Il c.d. super ticket e la Corte costituzionale: solo una questione di competenze?* in *Le Regioni*, 5-6, 2013, 1059 ss.

<sup>50</sup> Sent. n. 80 del 1996.

nel tempo in modo incontrollato e irrazionale, provenendo da fonti di diversa natura, soprattutto da leggi finanziarie, da leggi di stabilità e da decreti- legge<sup>51</sup>.

La finalità per le quali erano stati adottati, li riconduceva a strumenti di persuasione volti a scoraggiare prestazioni in eccesso o inappropriate. Rispondevano, quindi, a una logica compatibile con le finalità del SSN e non in contrasto con il principio solidaristico; potevano contribuire a ridurre costi a carico della collettività, in modo da liberare risorse che potevano essere poi impiegate per altri scopi. Nei fatti, però, rientra in questa logica di persuasione e di adozione di comportamenti economici virtuosi soltanto quel genere di super ticket che è corrisposto per le prestazioni di pronto soccorso che sono valutate come inappropriate e che devono pertanto essere scoraggiate anche mediante l'esborso di un costo economico a carico del singolo<sup>52</sup>.

Tutte le altre forme di ticket rappresentano, invece, dei costi aggiuntivi a carico di chi utilizza il SSN. Visti in questa prospettiva, i tickets rivelano la loro intrinseca finalità, quella di una compartecipazione del singolo alla spesa sanitaria. Ciò incide però sulla loro natura e ne fa uno strumento in deroga al principio di equità e di universalità del servizio sanitario<sup>53</sup>. Indirettamente si incide sul modello Beveridge e si concorre a una sua trasformazione da un sistema basato sul sostentamento a carico della fiscalità generale a uno misto, nel quale è prevista la partecipazione diretta del singolo alle prestazioni sanitarie; in tal modo, si apre una breccia a sistemi assicurativi e a forme di sanità integrativa che sono foriere di ulteriori disuguaglianze, perché non accessibili a tutti.

A dire il vero, la Corte costituzionale ha avallato l'intento del legislatore che ha progressivamente trasformato i ticket da strumento per il contenimento a strumento di compartecipazione alla spesa pubblica. Che siano uno strumento che può introdurre disuguaglianze senza raggiungere lo scopo di concorrere in modo consistente ed efficace alla spesa sanitaria (i ticket infatti incidono sulla spesa sanitaria annua coprendo meno del 3% del gettito di compartecipazione degli utenti<sup>54</sup>), lo ha rilevato lo stesso patto della salute 2014-2016. Esso, all'art. 8, sollecita una revisione della compartecipazione alla spesa sanitaria, in modo che non si tramuti in una barriera per l'accesso ai servizi e alle prestazioni, rinunciando al carattere di equità ed universalità del SSN.

L'adozione di tickets e super tickets, soprattutto nell'ambito delle prestazioni ambulatoriali, ha prodotto una eterogeneità dei fini: l'eccessivo costo delle prestazioni ambulatoriali può prospettare un ricorso sempre crescente alle strutture private, ove il costo delle prestazioni è ormai competitivo con quello fissato dal servizio pubblico, garantendo spesso anche liste di attesa più rapide per l'accesso ai servizi sanitari. In tal modo, però, la finalità stessa dei tickets, quella di contribuire al risanamento dei disavanzi dei bilanci regionali verrebbero meno, perché il gettito che ne deriva è modesto; ma resterebbero tutti gli svantaggi prodotti dalla loro adozione, che può indurre il singolo a rinunciare a cure

---

<sup>51</sup> Una ricostruzione normativa, fino al 2015, è stata effettuata dall'AGENAS, ne "La compartecipazione alla spesa nelle Regioni-sintesi della normativa vigente al 1 maggio 2015", reperibile in [www.agenas.it](http://www.agenas.it).

<sup>52</sup> Previsti e disciplinati dalla Legge finanziaria del 2007 (L. n. 296 del 2006), all'art. 1, comma 796.

<sup>53</sup> L. BUSATTA, *Diritto alla salute e principio di uguaglianza: può un'eccezione fare la differenza?* in S. BONINI, L. BUSATTA, I. MARCHI (a cura di), *L'eccezione nel diritto*, Atti della giornata di studio dell'associazione Alumni SGCE, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, Trento, 2015, 169 ss. che, in verità, li definisce più precisamente un'eccezione alla regola.

<sup>54</sup> E. FERRARI, *op. cit.*, 20.

ritenute troppo costose, tradendo il principio di universalità ed equità che costituiscono la finalità primaria del SSN.

La Corte costituzionale ha almeno tentato di circoscrivere l'ambito di validità dei ticket quando ha affermato la necessità di disporre, come del resto il legislatore aveva già fatto, di un'articolata disciplina delle esenzioni<sup>55</sup>. Questo al fine di fare salvo l'intento redistributivo ed universale del SSN e di contrastarne il carattere di imposta non progressiva, anche se lo stesso giudice costituzionale non l'aveva ritenuta incompatibile con il dettato costituzionale<sup>56</sup>; sempre a tale proposito, il giudice costituzionale aveva riconosciuto una preminente competenza statale, necessaria per garantire l'uniformità di costi e di prestazioni su tutto il territorio nazionale, e aveva affermato che «è soltanto lo Stato che dispone (...) della potestà di circoscrivere in tal senso la spesa, per mezzo dell'introduzione di ticket o con il ricorso ad analoghe misure di contenimento». Questo perché, «là dove sono in gioco funzioni e diritti costituzionalmente previsti e garantiti, è infatti indispensabile superare la prospettiva del puro contenimento della spesa pubblica, per assicurare la certezza del diritto ed il buon andamento delle pubbliche amministrazioni, mediante discipline coerenti e destinate a durare nel tempo»<sup>57</sup>. Trattandosi, però, di organizzazioni sanitarie ormai regionalizzate, la competenza delle Regioni può recuperarsi attraverso il principio di leale collaborazione, mediante accordi e intese – come del resto era già in uso per la determinazione dei piani sanitari – oltre che lasciando alle Regioni la facoltà di scegliere misure alternative ai ticket sanitari<sup>58</sup>. Resta il fatto che la natura di strumento di partecipazione alla spesa pubblica da strumento di dissuasione ha trasformato i ticket in strumento che scoraggia le prestazioni *tout court* e che agisce a mo' di barriera proprio nei confronti degli indigenti. La gratuità delle cure prevista per questa categoria di assistiti è a rischio. Costoro non si identificano con i privi di mezzi, ma con tutti coloro che in presenza di una malattia non possono sostenere i costi. È vero che il SSN e i LEA prevedono esenzioni per classi di malattie, ma questa pur efficace forma di tutela non è accessibile a tutti coloro che si trovano, per esempio, nella fase di accertamento e di diagnosi della malattia stessa e che pertanto non godono ancora di protezione e di cure interamente gratuite.

<sup>55</sup> Sent. n. 184 del 1993.

<sup>56</sup> La Corte costituzionale ha ritenuto che: «Dopo la riforma del titolo V della parte II della Costituzione questa Corte ha avuto modo di ribadire la necessità, già segnalata nella sua pregressa giurisprudenza, che la spesa sanitaria sia resa compatibile con «la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario» (sent. n. 111 del 2005). Ciò implica che «l'autonomia legislativa concorrente delle Regioni nel settore della tutela della salute ed in particolare nell'ambito della gestione del servizio sanitario può incontrare limiti alla luce degli obiettivi della finanza pubblica e del contenimento della spesa» (sent. n. 193 del 2007).

<sup>57</sup> Sent. n. 245 del 1984.

<sup>58</sup> Il giudice costituzionale ha, infatti, dichiarato che: «L'offerta di servizi sanitari non può essere unilateralmente imposta dallo Stato, ma deve essere concordata per alcuni aspetti con le Regioni, con la conseguenza che «sia le prestazioni che le Regioni sono tenute a garantire in modo uniforme sul territorio nazionale, sia il corrispondente livello di finanziamento sono oggetto di concertazione tra lo Stato e le Regioni stesse» (sent. n. 98 del 2007)».

## 5. Il mantenimento degli obiettivi del SSN e il ruolo del legislatore. Problemi e prospettive

Le condizioni nelle quali ha dovuto districarsi il legislatore negli ultimi anni non sono state ideali in termini di tutela dei diritti. Nell'ultimo decennio, la crisi finanziaria e una maniacale tendenza al contenimento della spesa pubblica hanno rimesso in discussione i costi dei diritti. Il complesso mosaico che definisce il diritto alla salute ha rappresentato una cartina di tornasole per comprendere le trasformazioni che tutti gli altri diritti hanno subito grazie alla tecnologia, ai nuovi scenari aperti dalle scoperte scientifiche e al posto che essi occupano nelle nuove forme democratiche<sup>59</sup>.

Più in generale, a parte il peculiare contesto della crisi economica, che ha contribuito a creare una cesura tra la tutela dei diritti precedente e successiva al suo affermarsi, è fisiologico che essi siano stati interpretati e attuati diversamente nei differenti momenti storici; soprattutto quelli costituzionalmente previsti sono dotati di una naturale ampiezza ed elasticità che permette loro di essere delineati in modo diverso a seconda della realtà e del contesto in cui essi sono inseriti.

È vero, dunque, che la loro «capacità di tenuta» non è data una volta per tutte perché su di essa incidono molteplici fattori, quali l'interpretazione che ne dà il giudice costituzionale che non è esclusiva rispetto agli altri interpreti, ma certo può condizionare gli altri attori giuridici<sup>60</sup>.

Il diritto alla salute è stato investito in pieno dalle trasformazioni tecnologiche ed economico finanziarie per questo si può – sempre più a ragione – definire un diritto in movimento<sup>61</sup>.

Da una parte, la molteplicità di soluzioni terapeutiche disponibili richiede in modo più incisivo l'intervento di istituzioni chiamate a verificarne l'efficacia e a tentare di contrattare i costi più bassi per la comunità. Si pensi alle vicende relative al caso Stamina e al più risalente caso della “cura di Bella” ove il ruolo dello Stato come garante non solo dell'eguale accesso, ma dell'accesso a cure efficaci è fondamentale<sup>62</sup>; dall'altra, lo Stato deve trovare nuove risposte a fenomeni nuovi.

Le imprese farmaceutiche sono ormai delle complesse multinazionali e la loro regolamentazione costituisce una sfida non solo per gli Stati nazionali, ma anche per la stessa Unione europea.

La disciplina sulla contrattazione sul prezzo del farmaco, ad esempio, sembra ormai inefficace, perché norme che erano state elaborate dal legislatore nazionale in contesti economici del tutto diversi

<sup>59</sup> Illustrate da A. D'ALOIA, *Una riflessione sulle trasformazioni del diritto alla salute*, in questa *Rivista*, 1, 2014, 87 ss.

<sup>60</sup> Così P. VERONESI, *Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)*, in questa *Rivista*, 2, 2018, il quale ricorda che «Definire l'effettiva portata dei diritti fondamentali disciplinati in Costituzione è quindi un problema che non potrà mai risolversi una volta per tutte, e men che meno in base alla singola decisione di un giudice audace. Una tale operazione richiederà invece svariati assestamenti, coinvolgendo una pluralità di membri della comunità interpretativa...».

<sup>61</sup> Si veda la riflessione di L. VIOLINI, *Salute, sanità e Regioni: un quadro di crescente complessità tecnica, politica e finanziaria*, in *Le Regioni*, 5-6, 2015, 1019 ss.

<sup>62</sup> Nella sent. n. 185 del 1998, al Punto 10 del *Cons. dir.* è chiara la preoccupazione della Corte affinché lo Stato possa garantire e vigilare sulla somministrazione delle sole cure efficaci: «Non possono ricadere, infatti, sul servizio sanitario nazionale le conseguenze di libere scelte individuali circa il trattamento terapeutico preferito, anche perché ciò disconoscerebbe il ruolo e le responsabilità che competono allo Stato, attraverso gli organi tecnico-scientifici della sanità, con riguardo alla sperimentazione e alla certificazione d'efficacia, e di non nocività, delle sostanze farmaceutiche e del loro impiego terapeutico a tutela della salute pubblica.». Sul caso Stamina si veda P. VERONESI, *Al crocevia del “caso Stamina” e dei suoi “problemi costituzionali*, in questa *Rivista*, 1, 2015 87 ss.

si rivelano ora non solo prive di efficacia, ma in alcuni casi capaci di favorire indirettamente la parte più forte, ossia le imprese farmaceutiche che non sono certo tenute a rispettare i principi di eguaglianza e di equità e si muovono perciò nel mercato farmaceutico con una spregiudicatezza alla quale gli Stati non possono rispondere ad armi pari<sup>63</sup>.

Si profilano all'orizzonte, dunque, nuove sfide e nuovi ostacoli all'eguale accesso alle prestazioni sanitarie e ai farmaci in particolare: benché siano stati finora mantenuti fermi i principi di gratuità dei farmaci salvavita a carico del SSN, la normativa dispone che in caso di mancato accordo tra l'AIFA e le imprese farmaceutiche il farmaco possa essere inserito nella fascia C, a carico degli assistiti. Questo comporta che la sfida all'uguaglianza si sposta sul fronte della capacità dello Stato di contrastare le politiche ricattatorie delle multinazionali del farmaco, finalizzate a costituire monopoli, duopoli o posizioni dominanti.

Il ruolo del legislatore nazionale e dell'Unione deve, dunque, essere potenziato e adeguato. Ci si riferisce in particolare a quei farmaci che risultano indispensabili per le cure di alcuni pazienti, per i quali non esiste un'alternativa e attraverso i quali le multinazionali tentano di interpretare le normative nazionali per i loro fini mediante un'attività definita *regulatory gaming*, ossia un uso strategico della disciplina del farmaco da parte delle imprese farmaceutiche. È il caso di Aspen, impresa sudafricana che distribuisce farmaci antitumorali, che ha esplicitamente chiesto all'AIFA di inserire i propri farmaci in fascia C, ove il prezzo può essere più alto e non contrattato con lo Stato che è controparte, pur trattandosi di farmaci salvavita che la normativa italiana colloca generalmente nella cosiddetta fascia A, totalmente a carico del SSN<sup>64</sup>. Al momento, il risultato di questi mutamenti economici e giuridici consiste in un maggior costo da parte dello Stato per garantire le cure<sup>65</sup>. È perciò necessario trovare nuove strategie che richiedono l'intervento della politica. Solo le decisioni politiche possono infatti fornire soluzioni che mettano in campo nuovi bilanciamenti tra spesa e garanzia universale del diritto alla salute, in risposta a nuovi assetti economici e tecnologici. Si pensi, ad esempio, al sostegno spesso ingente che il settore pubblico apporta alle industrie farmaceutiche per i farmaci "orfani", in termini di ricerca e di produzione: sempre più spesso questi farmaci rivelano un uso *off-label* che permette loro di diventare remunerativi, se utilizzati per la cura di malattie più diffuse; in tal caso, sarebbe auspicabile da parte del legislatore la previsione di una clausola che preveda la remunerazione del capitale pubblico iniziale, magari attraverso una partecipazione agli utili<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> Ne dà conto M. COLANGELO, *Farmaci, prezzi, iniqui e concorrenza: il caso Aspen*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 3, 2016, 539 ss. A nulla è valsa la sanzione dell'AGCM, con provvedimento 29 settembre 2016, n. 26185 che ha sanzionato l'Aspen per violazione dell'art. 102, lett a) TFUE, se poi non esistono strumenti normativi idonei a evitare che il problema si ponga di nuovo o capaci di dare attuazione concreta alle norme comunitarie. Si era posto un problema simile nel caso Avastin-Lucentis, ove le due multinazionali -Roche e Novartis- avevano violato l'art. 101 TFUE stipulando un'intesa restrittiva della concorrenza. Sul punto, M. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Il caso Avastin-Lucentis alla prova della Corte di Giustizia*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2, 2018, 299 ss.

<sup>64</sup> Ricostruisce la vicenda F. MASSIMINO, *Procedimenti Antitrust: il caso Aspen, peculiarità farmaceutiche, definizione del mercato rilevante e giusto prezzo*, in *Osservatorio del farmaco*, 1, 2018.

<sup>65</sup> C. CASONATO, *I farmaci, tra speculazioni e logiche costituzionali*, in *Riv. AIC*, 4, 2017, 1 ss.

<sup>66</sup> A. CADAURO, *L'accesso al farmaco*, Torino, 2017, 93 spiega come sia possibile (e non così raro) il caso in cui un farmaco orfano possa successivamente essere impiegato per altre patologie più diffuse e diventi rapidamente

Allo stesso modo, si ritiene che solo una decisione politica possa introdurre una contrattazione più efficace in materia di farmaci biologici o in generale di quelli particolarmente costosi<sup>67</sup>. A questo proposito, si deve segnalare la scelta di produrre e distribuire farmaci monodose in ambito ospedaliero, introdotta con legge di stabilità 2015 (legge 190/2014, commi 591-592). La misura, adottata in via sperimentale per un biennio, ha la finalità di contenere e razionalizzare la spesa farmaceutica, alla quale concorre anche una normativa sempre più attenta in materia di farmaci equivalenti e generici. È proprio in campo farmaceutico che i risparmi e le scelte del legislatore nazionale sono state più adeguate e hanno permesso la sostenibilità del SSN universale. Per questo si ritiene opportuno confermare la scelta di mantenere in capo allo Stato questa particolare competenza di produzione, contrattazione del prezzo e autorizzazione del farmaco. Lo stesso giudice costituzionale l'ha considerata in linea con il dettato costituzionale e nella sent. n. 151 del 2014 la Corte costituzionale ha ribadito che la competenza dell'AIFA in materia di decisioni riguardanti l'uso di farmaci *off-label* non può essere demandata alle singole Regioni<sup>68</sup>.

Nonostante in tema di differenziazione ex art. 116, comma 3, Cost. alcune Regioni nella bozza di intesa abbiano chiesto una maggiore autonomia in tema di autorizzazioni del farmaco e della gestione della spesa farmaceutica, si ritiene più aderente al dettato costituzionale il mantenimento della competenza statale, in linea con la decisione della Corte costituzionale, volta a evitare una disparità sul territorio nazionale in ambiti che richiedono invece la massimizzazione dell'uguaglianza in termini di cura. Solo il legislatore nazionale può, infatti, operare un bilanciamento ragionevole tra contenimento della spesa ed efficacia terapeutica e tra tutela della salute e rischio – che pure esiste – che il trattamento non sia del tutto equivalente o si riveli addirittura nocivo.

Il legislatore nazionale, tuttavia negli ultimi anni non è stato sempre così avveduto. Nonostante una serie di sollecitazioni provenienti anche da istituzioni pubbliche autorevoli e mai inclini a difendere spese non strettamente legittimate da reali esigenze di tutela di principi costituzionali, in Italia si continua a tagliare sui fondi destinati alla salute. Nel 2015 è l'Ufficio parlamentare di Bilancio a criticare i

---

un farmaco remunerativo, pur essendo generalmente finanziato con risorse pubbliche. Al momento, in mancanza di un'apposita disciplina, i ricavi spettano di solito alla casa farmaceutica produttrice.

<sup>67</sup> A questo proposito, la legge di bilancio 2017 ha anche introdotto nuove norme sulla sostituibilità dei farmaci biologici con i loro bio-similari e sull'acquisto dei farmaci biologici a brevetto scaduto. Sul punto, si veda Camera dei Deputati, Servizio studi, 11 marzo 2019, *I farmaci e la spesa farmaceutica*.

<sup>68</sup> La deliberazione della Giunta regionale dell'Emilia-Romagna n. 1628 del 26 ottobre 2009 ha consentito la temporanea erogabilità del medicinale "Avastin" – prodotto dalla società Roche spa e autorizzato per il trattamento di prima linea dei pazienti con carcinoma del colon e del retto metastatico – a carico del Servizio sanitario regionale, nell'ambito delle strutture della Regione Emilia-Romagna, anche per il trattamento di nuovi casi di degenerazione maculare legata all'età previo consenso informato del paziente. In quel caso, la Regione Emilia Romagna aveva deliberato l'uso del farmaco Avastin *off label* invece che il più costoso Lucentis *on label* per la cura del glaucoma senile. La Corte costituzionale con sent. n. 151 del 2014 aveva dichiarato incostituzionale la Legge della regione Emilia Romagna proprio perché l'erogazione dei farmaci e la loro contrattazione sul prezzo deve essere omogenea su tutto il territorio nazionale.

Sulla vicenda dei rapporti Stato Regione in materia di farmaci *off label*, cfr. L. PACE, *I vincoli di spesa e le esigenze di bilancio nelle dinamiche della spesa farmaceutica. profili di costituzionalità*, in *Dir. soc.*, 1, , 2017, 130 s. e P. I. D'ANDREA, *Dispensazione di farmaci off-label e contenimento della spesa farmaceutica (appunti a margine del caso Avastin-Lucentis)*, in *Dir. soc.*, 1, 2015, 613 ss.

Più in generale sul ruolo dell'AIFA nel contesto nazionale ed europeo, R. BIN, *Farmaci e diritti*, in questa Rivista, 1, 2015, 87 ss.

tagli (eccessivi) alla spesa sanitaria<sup>69</sup>. L'istituzione avanza perplessità sui tagli lineari apportati alla spesa pubblica, rammentando un fatto poco noto, ossia come e quanto la spesa sanitaria italiana sia più efficiente rispetto a molti altri Paesi europei. In particolare, l'Ufficio lancia l'allarme sulla scarsità di risorse finanziarie e umane di cui sarebbe stata dotata la sanità pubblica, che potrebbero rivelarsi insostenibili se prolungate nel tempo. Tutto ciò in direzione contraria rispetto agli Paesi sviluppati «che allocano quantità sempre maggiori di risorse sulla sanità, seguendo una tendenza che riflette l'aumento della domanda di salute legato all'incremento del benessere e all'invecchiamento della popolazione, oltre che alla scoperta di nuove tecnologie e alle aspettative di sviluppo del settore»<sup>70</sup>.

Nello stesso anno, la Commissione Igiene e Sanità del Senato aveva prefigurato una incapacità del sistema sanitario a sopportare ulteriori restrizioni finanziarie, pena un ulteriore peggioramento della risposta ai bisogni di salute dei cittadini e un deterioramento delle condizioni di lavoro degli operatori. La Commissione riflette su una possibile soluzione da rintracciarsi non nel mero contenimento della spesa, ma nella riqualificazione dell'assistenza, soprattutto in termini di appropriatezza clinica e organizzativa; inoltre, gli eventuali risparmi realizzati dovrebbero «essere destinati allo sviluppo di quei servizi ad oggi ancora fortemente carenti, in particolare nell'assistenza territoriale anche in relazione all'aumento delle patologie cronico-degenerative»<sup>71</sup>.

Nonostante i moniti, il Governo dava seguito, con il decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 5 giugno 2017, a un «supplemento di manovra a carico delle Regioni ordinarie», rideterminando<sup>72</sup> il livello del fabbisogno sanitario nazionale, riducendolo la spesa di 423 milioni di euro per il 2017 e, di 604 milioni di euro a decorrere dal 2018 (e dunque con carattere permanente).

La contrazione della spesa sanitaria è attestata anche dal Rapporto del 2017 della Corte dei Conti sul coordinamento della finanza pubblica, ove si evidenzia che la spesa pro capite italiana – già inferiore alla media UE – tende dopo la crisi economica del 2008 ad aumentare il divario, fino a raggiungere il quinto di quella media.

Anche il più recente *Documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sulla sostenibilità del servizio sanitario nazionale con particolare riferimento alla garanzia dei principi di universalità, solidarietà ed equità approvato dalla Commissione sanità del Senato* (Doc. XVII, n. 13) del gennaio 2018 non è roseo nelle sue indicazioni. Si evidenzia, infatti, sono il 7,8 % (circa cinque milioni di persone) coloro che avrebbe rinunciato a una o più visite specialistiche e trattamenti terapeutici, pur avendone bisogno; la Commissione sanità rileva, inoltre, un divario ormai incolmabile tra ricchi e poveri della Penisola e tra Nord e Sud del Paese.

<sup>69</sup> Ufficio Parlamentare di Bilancio- Focus tematico n. 9 /21 dicembre 2015, *La revisione della spesa pubblica: il caso della sanità*.

<sup>70</sup> Lo stesso documento precisa come i dati OCSE evidenzino “che l'Italia è uno dei paesi membri che di recente hanno ridotto maggiormente la spesa sanitaria (pubblica e privata) pro capite in termini reali: -1,6 per cento in media annua tra il 2009 e il 2013 (l'UPB cita i dati dell' OECD (2015), “*Health at a glance*”.

<sup>71</sup> Senato della Repubblica - Commissione Igiene e Sanità 25 giugno 2015 - Relazione su «Stato e prospettive del Servizio sanitario nazionale, nell'ottica della sostenibilità del sistema e della garanzia dei principi di universalità, solidarietà ed equità», spec. Punto 25.1 e Punto 25.4. Sul tema anche L. ANTONINI, *Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria: la giurisprudenza costituzionale accende il faro della Corte*, in *federalismi.it*, 22, 2017, 1 ss.

<sup>72</sup> Rideterminazione del livello del fabbisogno sanitario nazionale), pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 135 del 13 giugno 2017.

Forse prendendo spunto da queste indicazioni critiche, si è assistito di recente inversione di tendenza, ebbene, al momento, solo simbolica. Il decreto del Ministro della Salute 12 febbraio 2019<sup>73</sup> prevede la ripartizione di un Fondo di 60 milioni di euro destinato a ridurre la quota fissa per ricetta di prestazioni di specialistica ambulatoriale. In altre parole, il decreto opera una riduzione del cosiddetto super-ticket in favore delle categorie più vulnerabili. L'effettiva erogazione dei finanziamenti è subordinata alla concreta approvazione da parte delle Regioni di misure volte a ridurre l'onere della quota fissa (art. 3 del decreto) su quelle categorie che non sono già esenti, ma che con fatica sostengono i costi delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale.

## 6. Considerazioni finali

La trasformazione è continua. Altri cambiamenti sono in atto. Le politiche di contenimento della spesa a partire dalla sent. n. 10 del 2016 e poi con la sent. n. 275 del 2016 sembrano aver invertito la rotta e dato il giusto peso alla valorizzazione dei diritti, compreso il diritto alla salute, nonostante le restrizioni finanziarie.

A questo proposito, sembrano aprirsi nuovi scenari di cambiamento, che si traducono in un bilanciamento più equo tra risorse e diritti, in modo da evitare sprechi in tema di risorse pubbliche, ma senza impedire politiche di attuazione della Costituzione e dei diritti. Tutto ciò operando, se possibile, una perequazione e una riduzione delle disuguaglianze salvaguardando un generale equilibrio dinamico del bilancio, che si può ormai essere considerato un bene pubblico<sup>74</sup>, come l'ha definito la Corte costituzionale nella sua ampia giurisprudenza sul punto<sup>75</sup>.

Il percorso verso una riscoperta dei principi di equità, uguaglianza e universalità passa anche per una riaffermazione convinta del principio di solidarietà non solo a livello nazionale, ma anche nel quadro dell'Unione europea<sup>76</sup>.

Dopo il Trattato di Lisbona le politiche sociali hanno conosciuto un incremento e la tutela dei diritti sociali nel quadro di una solidarietà Europa comincia a diffondersi<sup>77</sup>, seppur lentamente rispetto a quanto sarebbe necessario per il superamento delle disuguaglianze. Quest'ultime erano state accentuate da severe politiche di contenimento del debito e da misure finalizzate al superamento della crisi economica, che si sono rivelate draconiane soprattutto per i Paesi più poveri dell'Unione. L'inter-

<sup>73</sup> Ministero della Salute, Decreto 12 febbraio 2019, *Ripartizione del Fondo di 60 milioni di euro per la riduzione della quota fissa per ricetta di prestazioni di specialistica ambulatoriale*, pubblicato in G.U. del 3 maggio 2019.

<sup>74</sup> Sent. n. 247 del 2017, cfr. L. ANTONINI, *La Corte costituzionale a difesa dell'autonomia finanziaria: il bilancio è un bene pubblico e l'equilibrio di bilancio non si persegue con tecnicismi contabili espropriativi*, in *Riv. AIC*, 1, 2018, 1 ss. Si veda altresì sul tema, A. CAROSI, *Il principio di trasparenza dei conti pubblici*, in *Riv. AIC*, 3, 2018, spec. 859 ss.; C. BUZZACCHI, *Bilancio e stabilità oltre l'equilibrio finanziario*, Milano, 2015 e, da ultimo, per una riflessione sulla giurisprudenza più recente, E. CAVASINO, *La dimensione costituzionale del "diritto del bilancio". Un itinerario di giurisprudenza costituzionale dalla sentenza n. 196 del 2018 alle nn. 18 e 105 del 2019*, in *Bilancio, Comunità, Persona*, 1, 2019, 7 ss., che sottolinea il percorso evolutivo svolto dal bene bilancio dalla L. Cost. n. 1 del 2012 sino alle più recenti tendenze, che evidenziano il rapporto tra bilancio come bene pubblico, l'equilibrio dinamico e la responsabilità politica.

<sup>75</sup> A. CAROSI, *La Corte costituzionale tra autonomie territoriali, coordinamento finanziario e garanzia dei diritti*, in *Riv. AIC*, 4, 2017, 1 ss.

<sup>76</sup> S. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *Politica del diritto*, 4, 2012, 9 ss.

<sup>77</sup> V. HATZAPOULOS, *Current Problems of social Union*, in *Research papers in law*, Collège de France, 7, 2007, 20 s.

vento di quest'ultima è ovviamente limitato alle competenze in materia di diritti sociali e tutela della salute, per la verità non molto estese<sup>78</sup>.

Quanto alla regionalizzazione del SSN in Italia che ha dato vita con il d.lgs n. 502 del 1992 a una diversificazione dei modelli organizzativi sanitari, non ha inciso tanto quanto ci si immaginava sulla accentuata differenziazione tra Nord e Sud in termini di ricchezza e in termini di adeguate prestazioni sanitarie. Attenti studi hanno dimostrato che non è a loro che si può imputare l'annosa questione della divisione in due del territorio della Repubblica, in termini di ricchezza. Infatti, il gruppo di Regioni considerate ad alta *performance* in termini di prestazioni sanitarie (Umbria, Marche, Lombardia, Emilia-Romagna, Toscana, Veneto e Friuli-Venezia Giulia) comprende sia Regioni a statuto ordinario, sia a statuto speciale e si tratta di Regioni che adottano differenti sistemi organizzativi, pur arrivando a prestazioni e risultati simili<sup>79</sup>.

Ciò dimostra che il quadro delle scelte in sanità è ben più complesso di quanto si possa immaginare e che l'unico dato certo è una differenza marcata tra Nord e Sud. I fondi perequativi previsti dalla Costituzione, proprio per ovviare a un regionalismo competitivo, sembrano non aver sortito alcun effetto o forse sono stati impiegati in misura insufficiente rispetto alle considerevoli disparità esistenti, oppure non sono state corredate da un adeguato sistema dei controlli che ne verificasse i risultati.

Allo stesso modo, non si ritiene che il confronto tra lo Stato e le Regioni possa concentrarsi quasi esclusivamente sulla definizione dei piani di rientro. Sarebbe necessaria una programmazione di più ampio respiro e di lungo periodo per trovare nuove soluzioni per contenere la spesa pubblica e per evitare nuovi indebitamenti. Il ricorso alle sole misure emergenziali punitive, come da ultimo conferma il decreto-legge 30 aprile 2019, n. 35 convertito con legge 25 giugno 2019, n. 60 rappresenta una prova di forza destinata a un ennesimo insuccesso.

Con ciò non si vuole affermare che lo Stato non debba sostituirsi alla Regioni in casi così eclatanti nei quali la Regione Calabria non solo ha mancato gli obiettivi economico-finanziari concordati, ma non ha raggiunto il punteggio minimo previsto dalla griglia dei livelli essenziali di assistenza, oltre ad altre mancanze di notevole gravità, come è stato verificato dal Comitato permanente per la verifica dei LEA. Il decreto prevede anche forme di collaborazione tra la Regione e lo Stato e attività di supporto da parte delle istituzioni statali, ma sembrerebbe mancare una programmazione politica di rilievo

<sup>78</sup> Ivi, 25.

<sup>79</sup> A. ROSANO, A. ACAMPORA, *Copertura dei Servizi Sanitari Regionali e la loro performance*, in *Rapporto Osservasalute 2017*, 499 ss. spec. 506 ove evidenziano che «il quadro della *performance* dei SSR e della dinamica osservabile nel periodo in studio, dal 2008 al 2015, (...) delinea quattro gruppi di regioni: quelle a bassa *performance* (Campania, Sardegna, Sicilia in miglioramento, Calabria e Puglia) quelle a media *performance* (Basilicata in miglioramento, Molise in peggioramento, Abruzzo e Lazio), quelle con buona *performance* ed alta spesa (Valle d'Aosta, Trentino-Alto Adige, Piemonte e Liguria in peggioramento) e quelle ad alta *performance* (Umbria in peggioramento, Marche, Lombardia, Emilia-Romagna, Toscana, Veneto e Friuli Venezia Giulia)». In altre parole, le Regioni che dimostrano una alta efficienza adottano sistemi organizzativi diversi tra di loro eppure i risultati sono assai simili.

Quanto all'entità della spesa privata, «si osserva che a guidare la classifica delle regioni con la spesa privata *pro capite* più alta, troviamo la Lombardia (608€), l'Emilia-Romagna (581€) e il Friuli Venezia Giulia (551€), che vantano anche strutture sanitarie pubbliche con standard qualitativi più elevati rispetto alle altre regioni. Calabria (274€), Campania (263€) e Sicilia (245€) chiudono questa graduatoria, che appare invariata in tutto il periodo di osservazione. In ultima analisi la spesa privata a livello regionale sembra non essere condizionata dai livelli di erogazione dei LEA, ma dalla ricchezza delle famiglie».

che investa tutte le Regioni, non solo quelle in piano di rientro o che non riescono a fornire prestazioni sanitarie adeguate.

La questione non riguarda una sola regione, ma raffigura una più complessa condizione, quella del Sud, che necessita di scelte politiche e investimenti economici e che richiede una revisione totale dei rapporti Stato-Regioni e, nello specifico, delle politiche sanitarie.

Il diritto alla salute mantiene la sua dinamicità, intesa come una continua mediazione tra quei principi cardine che hanno ispirato lo stesso SSN e le trasformazioni economiche, culturali e tecnologiche degli ultimi decenni.

In un mondo globalizzato, dove le tutele sembrano sempre più liquide e attenuate, il SSN rappresenta un'ancora di salvezza, la migliore esplicitazione di un dovere sempre *in fieri*, quello della solidarietà sociale che costituisce lo strumento più efficace in difesa della unità politica di una comunità costituita da cittadini, residenti e migranti, che si riconoscono nei valori comuni della Repubblica.



## Programmazione e organizzazione dell'equità in sanità. L'organizzazione come "veicolo" di eguaglianza

Viviana Molaschi\*

PLANNING AND ORGANIZATION OF EQUITY IN HEALTHCARE. ORGANIZATION AS A "VEHICLE" FOR EQUALITY

**ABSTRACT:** The article examines how "equity in healthcare" contributes to realizing "equity in health", with particular regard to the role played by administrative planning and organization. After an outline of the principles that inspire the Italian healthcare system, it focuses on the essential levels of healthcare, which should ensure uniformity in health protection in the whole territory. Some of the included services show a particular attention to equity, like screenings or integrated care services, whose beneficiaries are vulnerable individuals. However, notwithstanding the definition of the essential levels, inequalities continue, as it emerges from the analysis of three critical issues: co-payment, waiting lists and the North-South divide in health protection. Consequences can be severe: the most disadvantaged slice of the population quite often foregoes treatment. The paper aims at highlighting how solutions for these problems depend not only on available economic resources, but also on organizational settings. Finally, some reflections concern how planning and organization of equity affect freedom of self-determination as to health treatment.

**KEYWORDS:** Equity in health; equity in healthcare; essential levels of healthcare; planning; organization

**SOMMARIO:** 1. Equità in salute e in sanità. Considerazioni preliminari – 2. Equità nel Servizio sanitario nazionale e Lea sanitari. Cenni su alcune prestazioni "orientate" all'equità – 3. Le disuguaglianze "al di là" dei Lea sanitari: alcuni esempi – 4. L'organizzazione come "veicolo" di uguaglianza – 5. Spunti sulla rilevanza della programmazione e organizzazione dell'equità nella garanzia della libertà di autodeterminazione terapeutica.

### 1. Equità in salute e in sanità. Considerazioni preliminari

**P**er equità in salute si intende la possibilità di ogni individuo di avere le stesse opportunità di realizzare pienamente il proprio potenziale di salute – che deve corrispondere al più elevato livello conseguibile – e che nessuno debba essere "svantaggiato" nel raggiungerlo a causa della propria posizione sociale o di altre circostanze socialmente determinate<sup>1</sup>.

\* Professoressa associata di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Bergamo. E-Mail: [viviana.molaschi@unibg.it](mailto:viviana.molaschi@unibg.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

<sup>1</sup> Per tale definizione v. M. WHITEHEAD, G. DAHLGREN, *Concepts and principles for tackling social inequities in health: Levelling up Part 1*, WHO Regional Office for Europe, Copenhagen, 2006, ristampato nel 2007, 5: «Equity in health implies that ideally everyone could attain their full health potential and that no one should be

Tale definizione deve essere letta congiuntamente alla nozione di salute fatta propria dall'atto costitutivo dell'Organizzazione mondiale della sanità (1946), secondo la quale per salute si intende «a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity».

Sempre secondo tale documento, il possesso del più alto *standard* di salute possibile è l'oggetto di un diritto umano, rispetto al quale non sono ammissibili distinzioni di razza, religione, credenze politiche, condizioni economiche e sociali. Giova al riguardo ricordare che la configurazione del diritto alla salute come diritto umano, da tutelarsi contro ogni forma di discriminazione, è una delle conquiste del diritto internazionale, a partire dalla stessa Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo<sup>2</sup>.

Tre caratteristiche, se combinate tra loro, trasformano mere variazioni o differenze di salute in iniquità: il fatto di essere sistematiche, prodotte socialmente ed ingiuste<sup>3</sup>.

Le iniquità nel campo della salute sono sistematiche nella misura in cui si tratta di differenziazioni che non sono distribuite casualmente: si pensi al fatto che mortalità e malattie aumentano con il declinare delle condizioni sociali. Sono prodotte socialmente in quanto frutto di processi sociali, anziché biologici. Infine, si tratta di differenze considerate diffusamente come ingiuste poiché generate o mantenute da assetti politico-istituzionali o sociali essi stessi ingiusti o ritenuti tali. Fermo restando che la considerazione di ciò che è ingiusto non è univoca e può variare, vi è comunque una base comune nella valutazione, che può individuarsi nel punto di intersezione tra equità e diritto alla salute come diritto umano o fondamentale, riprendendo la qualificazione ad esso data dalla nostra Costituzione all'art. 32.

L'OMS definisce le disuguaglianze in salute come la presenza di differenze, aventi le caratteristiche sopra citate, nello stato di salute fra Paesi – Paesi ricchi e poveri, per semplificare – e all'interno di uno stesso Paese, ove possono aversi disuguaglianze sia tra aree geografiche che tra “strati” sociali.

Il tema è oggetto di attenzione crescente in Europa, ove la presenza di divari di salute – c.d. *health divide* – tra gli Stati è stata evidenziata dalla stessa OMS<sup>4</sup>. In materia è intervenuta un'apposita Co-

---

disadvantaged from achieving this potential because of their social position or other socially determined circumstance». In tema v. altresì G. DAHLGREEN, M. WHITEHEAD, *European strategies for tackling social inequities in health: Levelling up Part 2*, WHO Regional Office for Europe, Copenhagen 2007. In tali scritti sono riprese e attualizzate considerazioni già espresse in G. DAHLGREEN, M. WHITEHEAD, *Policies and strategies to promote equity in health*, WHO Regional Office for Europe, Copenhagen, 1992 e M. WHITEHEAD, *The concepts and principles of equity and health*, WHO Regional Office for Europe, Copenhagen, 1990.

<sup>2</sup> La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (1948) contempla, tra i vari diritti da garantire e tutelare contro le discriminazioni (art. 2), anche quello alla salute (art. 25), rispetto al quale statuisce: «Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including (...) medical care and necessary social services (...) Special care and assistance should be ensured for motherhood and childhood». Il panorama delle fonti internazionali in materia è assai vasto. Si può, tra le altre, ricordare il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali (1966), che prevede che tutti i diritti in esso protetti siano garantiti «without any discrimination» (art. 2, 2° comma), incluso il «right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health» (art. 12). Sul diritto alla salute nel diritto internazionale v., *ex multis*, A. ODDENINO, *Profili internazionali ed europei del diritto alla salute*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e Sanità*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2010, 65 ss.

<sup>3</sup> Su questi aspetti v., di nuovo, M. WHITEHEAD, G. DAHLGREEN, *op. cit.*, 2 ss.

<sup>4</sup> Si v. il *Review of social determinants and the health divide in the WHO European Region: final report*, WHO 2013 (updated in 2014).

municazione della Commissione europea, dal titolo «Solidarietà in materia di salute: riduzione delle disuguaglianze sanitarie nell'UE» (2009), cui hanno fatto seguito alcune *Joint Actions* aventi l'obiettivo di promuovere l'equità di salute nelle politiche e negli interventi dei Paesi membri<sup>5</sup>.

Per quanto riguarda l'Italia<sup>6</sup>, variazioni nella mortalità e nella morbosità si registrano non solo a livello nazionale, ma anche regionale e locale o, addirittura, sub-locale. È il caso, ad esempio, delle periferie<sup>7</sup>. Alcune ricerche hanno mostrato come le aspettative di vita e le condizioni di salute mutino a seconda dei quartieri della città in cui si vive<sup>8</sup>. Il tema tocca anche i profili socio-assistenziali, tant'è che si parla di «periferie sociali»<sup>9</sup>, «caratterizzate da situazioni di marginalità economica e sociale, degrado edilizio e carenza di servizi»<sup>10</sup>. Vi è, in sostanza, un discorso di equità territoriale che «intercetta» ed è a sua volta «intercettato» dalle dimensioni economica e sociale dell'equità.

Quest'ultimo accenno consente di rilevare come le disuguaglianze di salute siano fortemente influenzate dai c.d. determinanti sociali. Le condizioni materiali e la situazione psico-sociale in cui gli individui nascono, crescono e conducono la propria esistenza determinano «traiettorie sociali più o meno salutogeniche»<sup>11</sup>.

Scendendo lungo la «piramide» sociale le minacce per la salute fisica e mentale delle persone diventano sempre più numerose e pervasive. Si segnala al riguardo anche una correlazione con stili di vita insalubri. Inoltre, in ragione della stratificazione sociale, la stessa malattia ha un impatto differente non solo sullo stato di salute degli individui, ma anche sulle connesse conseguenze sociali – perdita del lavoro, del reddito, di competenze, isolamento, esclusione sociale –<sup>12</sup>, il che, a sua volta, ha *feedback* negativi sulla salute.

<sup>5</sup> Da ultimo cfr. la nuova *Joint Action* europea «Health Equity Europe» (JAHEE), capitanata dall'Italia, che vede l'Istituto Superiore di Sanità (ISS), insieme al Piemonte, all'Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari (AgeNaS) e all'Istituto Nazionale Salute, Migrazioni e Povertà (INMP), coordinare venticinque Stati membri. Tale azione è stata lanciata il 21-22 giugno 2018 e ha una durata di tre anni.

<sup>6</sup> Sulla «salute disuguale in Italia» v. il Documento del Ministro della Salute «L'Italia per l'Equità nella Salute», Roma, novembre 2017. Per una panoramica delle disuguaglianze in salute e sanità che affliggono il nostro Paese v. altresì G. COSTA, M. BASSI, G.F. GENSINI, M. MARRA, A.L. NICELLI, N. ZENGARINI (a cura di), *L'equità nella salute in Italia. Secondo rapporto sulle disuguaglianze sociali in sanità*, Milano, 2014. Il rapporto è il frutto delle ricerche e delle riflessioni di un gruppo di lavoro istituito dalla Commissione Salute della Conferenza delle Regioni con il compito di indicare proposte di indirizzo per le politiche regionali.

<sup>7</sup> Al riguardo sia consentito rinviare a V. MOLASCHI, *La tutela della salute nelle periferie*, in *Nuove Autonomie*, 3, 2016, 455 ss.

<sup>8</sup> A Torino, per esempio, se ci si sposta soltanto di qualche chilometro, dai quartieri più benestanti ed esclusivi situati nella zona est a quelli meno ricchi e più popolari della zona ovest (come le Vallette), l'aspettativa media di vita dei residenti scende di quasi tre anni, da 80 a 77,3 anni: riferisce di tali studi R. STAGLIANÒ, *Il tram che fa perdere cinque mesi di vita al chilometro* (6 giugno 2016), in <http://www.repubblica.it>. (ultimo accesso: 30 maggio 2019).

<sup>9</sup> In tema v., tra i vari scritti, F. MARTINELLI, *Periferie sociali: estese, diffuse. Nairobi, Kibera, Baba Dogo; San Salvador: Area Metropolitana; Roma: Tor Bella Monaca, Tiburtina*, Napoli, 2008.

<sup>10</sup> Si riprende la definizione di periferie recata dall'art. 1 del d.p.c.m. 25 maggio 2016, relativo al «Programma straordinario di intervento per la riqualificazione urbana e la sicurezza delle periferie delle città metropolitane e dei comuni capoluogo di provincia», istituito dall'art. 1, comma 974, della l. 28 dicembre 2015, n. 208, l. di stabilità 2016.

<sup>11</sup> Così M. MARRA, *Lo stato di avanzamento delle politiche italiane ed europee nel contrasto alle disuguaglianze di salute*, in G. COSTA, M. BASSI, G.F. GENSINI, M. MARRA, A.L. NICELLI, N. ZENGARINI (a cura di), *op. cit.*, 263.

<sup>12</sup> *Ex multis*, v., al riguardo, ancora M. MARRA, *op. cit.*, 264.

I determinanti, inoltre, interagiscono con altre dimensioni della disuguaglianza come quelle di genere, di generazione, di origine etnica, ecc.<sup>13</sup>

L'equità in salute dipende anzitutto dall'equità in sanità, ossia dai servizi sanitari, che hanno il compito di garantire equità nell'accesso ai servizi, nell'utilizzo degli stessi e nella qualità delle cure<sup>14</sup>.

Nelle pagine seguenti si formuleranno alcune riflessioni su come il principio di equità sia stato fatto proprio dal nostro Servizio sanitario nazionale (Ssn), con particolare riferimento, in primo luogo, alla programmazione dell'offerta sanitaria, tema che investe quello del ruolo giocato dai livelli essenziali di assistenza sanitaria (i c.d. Lea). A questo proposito va osservato come l'ampiezza dell'accesso alle prestazioni sanitarie si rifletta sulle maggiori o minori possibilità di autodeterminarsi circa le cure, che sono condizionate dai limiti dell'offerta sanitaria<sup>15</sup>. Si può cioè individuare un nesso tra equità – geografica, economica, sociale, ecc. – e libertà di autodeterminazione terapeutica.

A questa prospettiva si affiancherà un'analisi di tipo organizzativo, atta a mettere in luce come l'organizzazione sanitaria, la cui articolazione incide profondamente sull'effettività del diritto alla salute<sup>16</sup>, possa operare nel senso di una maggiore equità.

Esula invece dall'orizzonte dell'indagine l'impatto sull'equità in salute delle altre politiche – vale a dire quelle non sanitarie (sociali, lavorative, formative e del sistema di istruzione, urbane, ecc.) – pur con la seguente precisazione: gli interventi sociali saranno oggetto di un'attenzione circoscritta, nei limiti in cui si dispiegano nell'ambito dell'integrazione socio-sanitaria come strumento di risoluzione di particolari situazioni di vulnerabilità e, quindi, di disuguaglianza di salute.

## 2. Equità nel Servizio sanitario nazionale e Lea sanitari. Cenni su alcune prestazioni “orientate” all'equità

L'equità nel godimento del diritto alla salute, che trova fondamento, a livello costituzionale, nel principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), oltre che in quello di solidarietà (art. 2 Cost.), si traduce in alcuni

<sup>13</sup> Sul punto v. G. COSTA, *Promuovere equità di salute e di sanità in Italia*, in G. COSTA, M. BASSI, G.F. GENSINI, M. MARRA, A.L. NICELLI, N. ZENGARINI (a cura di), *op. cit.*, 15. In tema v. altresì ID., *Le disuguaglianze di salute: una sfida per le discipline che si occupano di valutazione delle politiche*, in A. BRANDOLINI, C. SARACENO, A. SCHIZZEROTTO (a cura di), *Dimensioni della disuguaglianza in Italia: povertà, salute, abitazione*, Bologna, 2009, 251 ss.

<sup>14</sup> Sul rapporto tra *equity in health* ed *equity in healthcare* v. M. WHITEHEAD, G. DAHLGREN, *op. cit.*, 11 ss., secondo i quali l'equità in sanità incorpora «ideas about fair arrangements that allow equal geographic, economic and cultural access to available services for all in equal need of care».

<sup>15</sup> Viene al riguardo in considerazione la distinzione tra libertà di “non” curarsi, ossia di non ricorrere a trattamenti sanitari, c.d. libertà di cura «negativa», e libertà di scegliere “come” curarsi, c.d. libertà di cura «positiva», che, se esercitata all'interno del servizio pubblico, incontra, tra gli altri, il limite del novero delle prestazioni garantite nei livelli essenziali. In argomento v. R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, in partic. 35 ss.

<sup>16</sup> In argomento sia consentito rinviare a V. MOLASCHI, *La rilevanza dell'organizzazione dei servizi pubblici sull'effettività dei diritti sociali*, relazione al Convegno “La partecipazione dei cittadini all'organizzazione dei servizi sociali. Il caso milanese”, organizzato dal Centro di ricerca giuridico-istituzionale sui diritti civili, ambientali e sociali (CERDIS) dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, 22 giugno 2018, in corso di pubblicazione negli *Atti*.

importanti principi che costituiscono l'architrave del Servizio sanitario nazionale<sup>17</sup>. Viene al riguardo in considerazione l'art. 1, l. 23 dicembre 1978, n. 833, che ne è la legge istitutiva, ai sensi del quale il Ssn «è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti dei servizi».

L'equità si correla anzitutto al principio di universalità, in base al quale il Servizio sanitario si rivolge a tutta la popolazione, alla generalità delle persone, in linea con il dettato dell'art. 32 Cost., secondo cui titolare del diritto alla salute è l'«individuo», la «persona umana», oltre che con gli stessi artt. 2 e 3 Cost.<sup>18</sup>

La legge menziona poi il principio di equità nell'accesso, secondo cui la tutela della salute deve essere garantita a prescindere dalla situazione personale e, in particolare, dalle condizioni socio-economiche di coloro che si rivolgono ai servizi.

Non sembra possa dirsi estraneo alla sfera dell'equità il principio di globalità, in quanto l'eguaglianza di opportunità di salute dipende anche dall'articolazione dell'assistenza sanitaria, che non può essere limitata alla sola «cura», ma deve essere, appunto, globale, ricomprendendo anche la prevenzione e gli eventuali trattamenti successivi a quelli di cura.

In dottrina si è osservato come quest'ultimo principio si articoli in «triadi»<sup>19</sup>. Si è già accennato al riferimento, contenuto nell'art. 1 della legge istitutiva del Ssn, a «promozione», «mantenimento», «recupero» della salute. La stessa esigenza era stata fatta propria dalla prima formulazione dell'art. 1, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, ove si parlava di «prevenzione», «cura» e «riabilitazione». Oggi l'offerta sanitaria si articola in specifici ambiti di intervento, «assistenza sanitaria collettiva in ambiente di vita e di lavoro», come si vedrà recentemente ridenominata, «assistenza distrettuale», «assistenza ospedaliera» (art. 1, 6° comma, d.lgs. 502/1992), che vanno completati con le prestazioni socio-sanitarie (art. 3 *septies*, d.lgs. 502/1992). Queste ultime costituiscono una nuova «frontiera» del principio di globalità, che abbraccia una visione onnicomprensiva della salute, estesa anche alla dimensione sociale<sup>20</sup>.

Tanto l'universalità quanto l'equità nell'accesso si connotano anche in senso territoriale, nella misura in cui la protezione della salute non dovrebbe essere condizionata, soprattutto in senso peggiorativo, dal «dove» le persone risiedono o, comunque, sono in un dato momento.

I succitati principi trovano una sintesi nei livelli essenziali delle prestazioni, definiti dagli autori «il nuovo nome dell'uguaglianza»<sup>21</sup>, che «devono essere garantiti con uniformità su tutto il territorio na-

<sup>17</sup> Per una panoramica dei principi ispiratori del Servizio sanitario nazionale v. R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *op. cit.*, 78 ss.

<sup>18</sup> L'art. 2 Cost. «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo». L'art. 3, 2° comma, Cost. promuove l'uguaglianza sostanziale ai fini del «pieno sviluppo della persona umana».

<sup>19</sup> Così R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *op. cit.*, 79.

<sup>20</sup> Sulle prestazioni socio-sanitarie v. *infra*.

<sup>21</sup> Definisce in questi termini i livelli essenziali E. BALBONI, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'eguaglianza? Evoluzione dei diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2007, 27 ss.

zionale» (art. 117, 2° comma, lett. m) Cost.)<sup>22</sup>. In materia sanitaria essi sono stati determinati dapprima con il d.p.c.m. 29 novembre 2001 e, oggi, con il d.p.c.m. 12 gennaio 2017.

L'equità "entra" espressamente nella pianificazione dell'offerta sanitaria che avviene con i Lea: ai fini della determinazione dei «livelli», infatti, l'art. 1, d.lgs. 502/1992 non fa riferimento unicamente al principio di appropriatezza nelle sue varie declinazioni<sup>23</sup>, ma impone il rispetto del principio dell'equità nell'accesso all'assistenza, nonché di quelli di dignità della persona umana e del bisogno di salute, che al primo sicuramente sono complementari (art. 1, 2° comma, d.lgs. 502/1992).

Quanto al bisogno di salute, esso può essere inteso sia in una dimensione individuale, relativa alle esigenze del singolo, sia in termini di *policies*: il contrasto alle disuguaglianze di salute può cioè essere ritenuto esso stesso un bisogno da inserire nell'agenda delle politiche sanitarie<sup>24</sup> e quindi un criterio di selezione delle priorità da perseguire con la programmazione dell'offerta sanitaria.

Allo stato, manca un piano di sviluppo di tutto il settore sanitario che sia esplicitamente e organicamente finalizzato alla riduzione delle disuguaglianze di salute<sup>25</sup>. Ai fini del discorso che si sta conducendo, può però essere di interesse osservare come i livelli essenziali ricomprendano talune prestazioni che possono dirsi maggiormente "orientate" all'equità.

Si tratta, anzitutto, delle azioni di prevenzione sanitaria, quali, ad esempio, gli *screening*. Il d.lgs. 502/1992, come si è visto, include tra le aree di offerta sanitaria «l'assistenza sanitaria collettiva in ambiente di vita e di lavoro» (art. 1, 6° comma). Tale locuzione, inizialmente utilizzata nel d.p.c.m. 29 novembre 2001, è stata oggi sostituita, nel d.p.c.m. 12 gennaio 2017 che definisce i nuovi Lea<sup>26</sup>, dall'espressione «Prevenzione collettiva e sanità pubblica». La nuova denominazione vuole affermare con maggiore incisività il principio di prevenzione, sia collettiva che individuale. Si noti che le azioni di prevenzione possono ridurre efficacemente le disuguaglianze di salute se si caratterizzano per un approccio c.d. di iniziativa e non di attesa, ossia pro-attivo<sup>27</sup>: occorre, cioè, una prevenzione attiva.

Possono altresì leggersi in chiave di equità le prestazioni socio-sanitarie: con tale espressione si intendono «tutte le attività atte a soddisfare, mediante percorsi assistenziali integrati, bisogni di salute della persona che richiedono unitariamente prestazioni sanitarie e azioni di protezione sociale» (art.

<sup>22</sup> Sui livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria v. C. TUBERTINI, *Pubblica Amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008. Sia inoltre consentito rinviare a V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, in R. FERRARA (a cura di), *op. cit.*, 445 ss.; ID., *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008, in partic. 159 ss.

<sup>23</sup> Si distingue tra appropriatezza terapeutica o clinica, appropriatezza economica e appropriatezza organizzativa: su tali accezioni dell'appropriatezza v. R. BALDUZZI, *L'appropriatezza in Sanità: il quadro di riferimento legislativo*, in N. FALCITELLI, M. TRABUCCHI, F. VANARA (a cura di), *Rapporto Sanità 2004. L'appropriatezza in sanità: uno strumento per migliorare la pratica clinica*, Bologna, 2004, 73 ss. Sia inoltre consentito rinviare a V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, cit., 471 ss.

<sup>24</sup> In argomento v. G. COSTA, *op. cit.*, 16.

<sup>25</sup> Sul punto v. il Documento del Ministro della Salute «L'Italia per l'Equità nella Salute», cit., 46.

<sup>26</sup> Per una panoramica dei nuovi lea sanitari v. il *Dossier* della Camera dei Deputati, «I nuovi Livelli essenziali di assistenza (LEA)», 3 luglio 2018.

<sup>27</sup> Così G. COSTA, *op. cit.*, 34.

3 *septies* d.lgs. 502/1992)<sup>28</sup>, il che contribuisce ad evitare, in via di estrema sintesi, che un problema di salute si trasformi in un problema sociale e viceversa. Tali prestazioni, connotate da differenti gradi di complessità e impegno assistenziale, sono rivolte, in particolare, a soggetti vulnerabili quali anziani (specie non autosufficienti) e disabili, ma guardano anche alle problematiche di minori, donne, famiglie, persone con dipendenze, ecc.

L'integrazione socio-sanitaria, oggetto, nel precedente d.p.c.m. sui Lea del 2001, dell'allegato 1C, trova oggi una più compiuta definizione nel capo IV del d.p.c.m. 12 gennaio 2017, che, pur non ampliando in maniera cospicua il novero dei servizi<sup>29</sup>, compie significativi passi in avanti sul piano della garanzia della presa in carico della «persona» (art. 21).

Infine, i nuovi Lea contemplano anche una serie di prestazioni indirizzate a taluni *target* di individui che si trovano in situazione "diseguale", talvolta perché fragili. Il riferimento è al Capo VI del d.p.c.m. 12 gennaio 2017, dedicato all'«Assistenza specifica a particolari categorie di assistiti»: si tratta di invalidi, individui affetti da malattie rare o aventi malattie croniche, persone con Hiv, cittadini italiani all'estero, cittadini stranieri, ecc.

L'attenzione verso specifici soggetti in condizione di "debolezza" che emerge dai succitati Capi non equivale, peraltro, ad un ritorno all'impostazione categoriale o categorizzante che ha a lungo connotato il *welfare* italiano<sup>30</sup>; al contrario, è frutto della vocazione universalistica del nostro Ssn, che porta ad articolare l'assistenza sanitaria e socio-sanitaria in prestazioni capaci di rispondere a una pluralità di situazioni di vulnerabilità che possono interessare la «persona». In questo senso, la concentrazione degli interventi su specifici assistiti è volta a precisare l'universalità del sistema<sup>31</sup>.

### 3. Le disuguaglianze "al di là" dei Lea sanitari: alcuni esempi

Nonostante la definizione dei livelli essenziali, che dovrebbero assicurare uniformità di tutela, più della metà degli italiani ritiene che in Italia le persone non abbiano le stesse opportunità di diagnosi e cure. Gli italiani di fronte alla Sanità si sentono «diversi e soli»<sup>32</sup>.

Gli esempi di tale diversità sono numerosi. In questa sede si accennerà a tre problematiche, ritenute comunemente causa ed espressione di disuguaglianza: la compartecipazione degli utenti alla spesa

<sup>28</sup> Sull'integrazione socio-sanitaria v., *ex multis*, A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2017, 197 ss.; A. ALBANESE, *L'integrazione socio-sanitaria*, in R. MORZENTI PELLEGRINI, V. MOLASCHI (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2012, 129 ss.

<sup>29</sup> In materia socio-sanitaria il d.p.c.m. 12 gennaio 2017 conferma sostanzialmente quanto già previsto in precedenza, eccezion fatta per l'introduzione delle cure palliative domiciliari e del servizio di neuropsichiatria infantile. L'area delle dipendenze viene inoltre estesa a tutte le dipendenze patologiche e ai comportamenti di abuso (viene inclusa anche la ludopatia, come previsto dall'art. 5 del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito in legge dalla l. 8 novembre 2012, n. 189).

<sup>30</sup> L'approccio categoriale che per molti anni ha ispirato l'assistenza sociale ha in una prima fase caratterizzato anche l'integrazione socio-sanitaria: su questi aspetti v. A. PIOGGIA, *op. cit.*, 201.

<sup>31</sup> Per un ragionamento analogo, con riferimento al sistema integrato di interventi e servizi sociali di cui alla l. 8 novembre 2000, n. 328, v. F. PIZZOLATO, Commento all'art. 2 (Diritto alle prestazioni), in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (a cura di), *op. cit.*, 120.

<sup>32</sup> Cfr. il Comunicato stampa del Censis relativo al 52° rapporto sulla situazione sociale del Paese (2018).

sanitaria, le liste d'attesa e il divario Nord-Sud nell'assistenza. Tali temi si intrecciano, con la conseguenza di amplificare i problemi che ne scaturiscono.

La garanzia dell'equità nell'offerta sanitaria si correla anzitutto alla questione dell'accesso alle prestazioni dal punto di vista economico: compartecipazione ai costi e casi di esenzione.

Il diritto alla salute è un diritto «finanziariamente condizionato»<sup>33</sup> e l'art. 32 Cost. prevede la gratuità dell'assistenza sanitaria per i soli «indigenti», concetto da intendersi in senso relativo, come riferito a coloro che non possono sostenere ragionevolmente i costi delle cure necessarie<sup>34</sup>. In questo quadro il d.lgs. 502/1992 stabilisce che le prestazioni sanitarie comprese nei livelli essenziali di assistenza siano fornite dal Servizio sanitario nazionale «a titolo gratuito o con partecipazione alla spesa, nelle forme e secondo le modalità previste dalla legislazione vigente» (art. 1, 3° comma, d.lgs. 502/1992).

Il c.d. *ticket* si giustifica per esigenze di finanziamento del Servizio sanitario, ma, ancor prima, di responsabilizzazione degli utenti. Senonché, per le persone in situazioni di svantaggio sociale può avere conseguenze quali il posticipo o addirittura la rinuncia alle cure.

Benché la determinazione dei costi a carico dei fruitori dei servizi sia stata ricondotta dalla Corte Costituzionale all'area semantica dei Lea<sup>35</sup>, la dottrina ha osservato come, in realtà, si tratti di un elemento incluso solo parzialmente in essi<sup>36</sup>: il d.p.c.m. 12 gennaio 2017, così come quello precedente del 2001, si limita a individuare le prestazioni senza collegarle a una specifica tariffa. Come sottolineato dagli autori, il «tasso di gratuità» delle prestazioni presenta non poca discrezionalità<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Sui diritti sociali quali «diritti finanziariamente condizionati» v. F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, *passim*. Con specifico riferimento al diritto alla salute v. R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in R. FERRARA (a cura di), *op. cit.*, 34 ss.; ID., *L'ordinamento della Sanità*, Torino, 2007, in partic. 37 ss., 215 ss.; ID., voce *Salute (diritto alla)*, in *Dig. pub.*, XIII, Torino, 1997, in partic. 530 ss. Sulla «subordinazione di fatto dei diritti sociali ai vincoli condizionanti e stringenti della finanza pubblica» v. ancora ID., *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014, 59 ss. In argomento sia infine consentito rinviare a V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, cit., 457 ss.; ID., *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, cit., in partic. 56 ss. Occorre peraltro ricordare che, per arginare l'incidenza degli aspetti economico-finanziari sulla protezione del diritto alla salute, la Corte Costituzionale ha elaborato il concetto di «contenuto essenziale» o «nucleo irriducibile», che segna la soglia oltre la quale il «condizionamento» non si può spingere, pena la vanificazione del diritto stesso: per una panoramica della giurisprudenza costituzionale in materia sia consentito rinviare ai citati scritti di V. MOLASCHI, rispettivamente alle pagine 457 ss. e 60 ss. L'indicazione di un limite oltre il quale la tutela non può «scendere» trova riferimento nella natura «fondamentale» del diritto alla salute sancita dalla Costituzione: sul punto v. A. PIOGGIA, *op. cit.*, 22.

<sup>34</sup> La natura relativa del concetto di indigenza è stata sottolineata, in particolare, da M. LUCIANI, voce *Salute (diritto alla salute – dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, XXVII, 9, secondo cui essa «dipende dal costo e dall'importanza della cura di cui si ha bisogno e va pertanto determinata caso per caso». Hanno concorso a delineare tale nozione di indigenza, tra le altre, Corte Cost., 26 maggio 1998, n. 185, sul «caso Di Bella» e Corte Cost., 16 luglio 1999 n. 309. Sono queste alcune delle più importanti decisioni in materia di «contenuto essenziale» del diritto alla salute: v. nota *supra*.

<sup>35</sup> V. Corte Cost., 13 giugno 2008, n. 203, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, 796° comma, lett. p), l. 27 dicembre 2006 n. 296, nella parte in cui ha introdotto, a decorrere dal 1° gennaio 2007 e fino a tempo indeterminato, una quota fissa di dieci euro sulla ricetta, in relazione alle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale, in riferimento agli art. 117 e 119 Cost.

<sup>36</sup> Sul concorso degli utenti al costo delle prestazioni v. C. TUBERTINI, *op. cit.*, 303 ss.

<sup>37</sup> V., ancora, C. TUBERTINI, *op. cit.*, 305.

La materia, tra l'altro, vede l'intervento di due legislatori: quello nazionale, rispetto al quale la garanzia dei livelli essenziali impone comunque almeno la fissazione di un importo massimo, e quello regionale.

Indicativa della delicatezza del tema è la questione del c.d. *superticket*<sup>38</sup> – ossia la tassa di massimo dieci euro, che si aggiunge al costo del *ticket* sanitario, per le visite specialistiche e per le prestazioni di diagnostica – che, peraltro, la legge di bilancio del 2019 non è “riuscita” ad eliminare. Tale misura è giudicata iniqua<sup>39</sup> perché pesa soprattutto sui redditi più bassi. Inoltre, comportando per molte prestazioni uno spostamento verso il più concorrenziale mercato privato, si traduce in un danno per le casse della sanità pubblica. Essa è anche ritenuta causa di disuguaglianza, in quanto applicata in maniera diversa dalle Regioni. Alcune, infatti, non l'hanno attuata; altre l'hanno fatto in modo indiscriminato; altre ancora l'hanno configurata in base al reddito oppure alla complessità delle prestazioni<sup>40</sup>.

Una maggiore omogeneità a livello nazionale dei criteri per graduare le aliquote di compartecipazione e la selezione dei casi di esenzione potrebbe invece sortire effetti positivi anche nell'ottica di una ottimizzazione e redistribuzione dei finanziamenti destinati al servizio sanitario. Ponderate politiche di *co-payment* possono infatti diventare un fattore di innalzamento dell'efficienza della sanità pubblica, consentendo una migliore allocazione delle risorse anche per finalità redistributive ed equitative dei servizi<sup>41</sup>.

L'accennato “depauperamento” del servizio pubblico a vantaggio della sanità privata è dovuto altresì al fatto che a quelle illustrate si aggiunge un'ulteriore questione che afferisce al tema dell'equità: le liste d'attesa.

Il fattore temporale è centrale ai fini dell'effettività del diritto alla salute, che non è garantito se una prestazione è fornita troppo tardi: in un settore come quello medico, oltretutto, ad essere messa a rischio è la stessa vita umana. Di qui l'individuazione di una specifica dimensione dell'appropriatezza, quella temporale, che dovrebbe connotare i Lea<sup>42</sup>. Significativa, al riguardo, la posizione della Consulta, che ha affermato l'«intrinseca inerenza» dell'attribuzione allo Stato del potere di controllare l'osservanza dei tempi di attesa ai livelli essenziali<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> V. l'art. 17, comma 6, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito in legge dalla l. 15 luglio 2011, n. 111, che stabilisce che a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge si applicano le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 796, lettere p) e p-bis), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e cessano di avere effetto le disposizioni di cui all'articolo 61, comma 19, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

<sup>39</sup> Cfr. l'audizione della Fondazione GIMBE presso la 12ª Commissione Igiene e Sanità del Senato della Repubblica, in vista dell'esame del Disegno di Legge di Bilancio 2018 (Roma, 7 novembre 2017).

<sup>40</sup> Per tali informazioni v. <http://www.cittadinanzattiva.it/faq/salute/1861-superticket.html> (ultimo accesso: 30 maggio 2019).

<sup>41</sup> Su questi aspetti v. F. PAMMOLLI, N.C. SALERNO, *Il copayment a difesa del sistema sanitario universale*, Fondazione CERM, nota 6/2006, in <http://www.cermlab.it> (ultimo accesso: 30 maggio 2019).

<sup>42</sup> Di diverso avviso A. PIOGGIA, *op. cit.*, 61, secondo la quale «la dimensione temporale» non è riconducibile all'appropriatezza, ma «integra un elemento essenziale della prestazione stessa che, se erogata troppo tardi, diventa inutile».

<sup>43</sup> V. Corte Cost., 16 marzo 2007, n. 80.

Tali tempistiche, purtroppo, sono sempre più lunghe, non solo per la diagnostica, da cui tra l'altro dipende la prevenzione, ma anche per interventi chirurgici e chemio e radioterapia<sup>44</sup>.

Le persone che "se lo possono permettere" ricorrono così al "privato", cosa che non può fare chi è in difficoltà economica e che talora si trova costretto addirittura a rinunciare alle cure. Si comprende quindi perché attorno alle liste d'attesa si giochi una delle più rilevanti "partite" dell'equità in sanità.

Senza contare i problemi posti dall'annosa questione dell'*intramoenia*, con cui ci si riferisce alle «prestazioni erogate al di fuori del normale orario di lavoro dai medici di un ospedale, i quali utilizzano le strutture ambulatoriali e diagnostiche dell'ospedale stesso a fronte del pagamento da parte del paziente di una tariffa»<sup>45</sup>. È equo un Ssn che offre un'attività sanitaria a pagamento che indubbiamente consente ad alcuni cittadini di avere una priorità d'accesso rispetto ad altri?

Ne emerge una situazione di discriminazione, in cui l'erogazione delle prestazioni in risposta al «bisogno di salute»<sup>46</sup> non dipende più dall'appropriatezza, ma dalle disponibilità economiche degli individui.

Infine, come già si è avuto modo di anticipare a proposito della compartecipazione alla spesa sanitaria degli utenti, i servizi sanitari regionali presentano non poche diversità nel grado di assistenza garantito. In questa sede ci si riferisce non tanto al fatto che essi possono assicurare livelli di assistenza aggiuntivi rispetto ai Lea, quanto al fatto che alcune Regioni, soprattutto del Sud, stentano ad erogarli secondo *standard* di appropriatezza e qualità<sup>47</sup>. In Italia l'assistenza sanitaria presenta un notevole divario tra le Regioni meridionali e quelle centro-settentrionali: il Mezzogiorno manifesta disuguaglianze di salute più pronunciate, correlate, peraltro, a disuguaglianze sociali anch'esse più accentuate<sup>48</sup>. Tra le conseguenze più rilevanti di tali disuguaglianze vi è il c.d. "turismo sanitario".

Anche all'interno delle Regioni con i servizi sanitari "migliori", peraltro, ci sono ancora aree disagiate sul piano dell'assistenza, come precisato, ad esempio, nell'accenno al tema delle periferie<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> Cfr. il XXI Rapporto Pit Salute «Tra attese e costi, il futuro della Sanità in gioco», presentato a Roma dal Tdm-Cittadinanzattiva (2018): per una cataratta si aspettano 15 mesi, per una mammografia 13, per una risonanza magnetica 12, 10 per Tac e protesi d'anca, 9 per un ecodoppler e 7 per una protesi al ginocchio. In particolare le liste d'attesa, sempre secondo il Rapporto, sono in aumento soprattutto per interventi chirurgici (+1,9%, con il 30% delle segnalazioni) e per chemio e radioterapia (+4,8%).

<sup>45</sup> È questa la definizione data dallo stesso Ministero della salute: [http://www.salute.gov.it/portale/temi/p2\\_6.jsp?id=3310&area=professioni-sanitarie&menu=intramuraria](http://www.salute.gov.it/portale/temi/p2_6.jsp?id=3310&area=professioni-sanitarie&menu=intramuraria) (ultimo accesso: 30 maggio 2019).

<sup>46</sup> Si riprende qui l'espressione utilizzata nell'art. 1, 6° comma, d.lgs. 502/1992.

<sup>47</sup> Cfr. i dati che emergono dalla c.d. Griglia Lea 2017. La Griglia Lea è un sistema di monitoraggio, basato su un set di indicatori, che consente di evidenziare in quale misura e con quale grado di appropriatezza ed efficienza i servizi sanitari regionali erogano i livelli essenziali di assistenza. Alle Regioni viene attribuito un punteggio, il che rende più agevole il confronto tra di esse. Circa l'elaborazione di tale set di indicatori v. il d.m. 12 dicembre 2001, emanato ai sensi dell'art. 9, d.lgs. 18 febbraio 2000, n. 56. V. altresì l'Intesa Stato-Regioni del 23 marzo 2005, che prevede una serie di adempimenti a cui sono tenute le Regioni per accedere ad un maggior finanziamento da parte del Servizio sanitario nazionale.

<sup>48</sup> Per interessanti spunti sul divario Nord-Sud in sanità v. F. TOTH, *La sanità in Italia*, Bologna, 2014, 63 ss.

<sup>49</sup> V. il paragrafo 1.

#### 4. L'organizzazione come "veicolo" di uguaglianza.

Nell'analisi del livello di garanzia del diritto alla salute spesso le riflessioni si limitano alla considerazione delle prestazioni garantite. Sull'effettività del diritto incidono però in maniera significativa anche le scelte organizzative: come sottolineato dagli autori, «il profilo relativo alle situazioni soggettive (diritto o interesse non importa)» appare «storicamente e politicamente subordinato al momento organizzativo»<sup>50</sup>.

Il più delle volte sono proprio le scelte e le dinamiche organizzative a spiegare le diversità o, qualora penalizzanti, le disuguaglianze di tutela, a dispetto di una soglia comune di protezione quale quella rappresentata dai Lea in materia sanitaria e sociosanitaria. Si comprende quindi perché l'organizzazione possa giocare un ruolo fondamentale anche ai fini dell'equità, come "veicolo" di uguaglianza.

In via preliminare e su un piano più generale, si può osservare come organizzazione e gestione dei servizi pubblici siano dirimenti ai fini dell'accessibilità delle prestazioni tanto sul piano economico che su quello della loro tempestività.

L'erogazione di una prestazione in un *setting* inadeguato dal punto di vista dell'appropriatezza organizzativa "costa" di più o comunque consente risparmi di spesa minori. In sostanza, servizi sanitari più efficienti perché meglio organizzati richiedono un minore contributo ai cittadini. Non è un caso che il c.d. *superticket* sia stato eliminato proprio da alcune delle Regioni che hanno i servizi sanitari più avanzati, quali l'Emilia Romagna e la Toscana.

È la varietà delle soluzioni organizzative e dei conseguenti *standard* di funzionamento che dà ragione delle profonde differenziazioni che possono caratterizzare l'erogazione dei servizi e conseguentemente l'effettività dei diritti. In questo quadro l'introduzione di indicazioni organizzative – da intendersi anche come parametri di efficienza – all'interno dei Lea<sup>51</sup> può quindi essere vista come una modalità per mitigare le diversità regionali non solo nell'offerta sanitaria, ma anche nel costo delle prestazioni a carico degli utenti<sup>52</sup>.

Pure l'inviso problema delle liste d'attesa è in gran parte una questione, oltre che di finanziamento delle prestazioni, di organizzazione. Allo scopo di trovare una soluzione a questa grave disfunzione, il legislatore ha previsto, tra i vari strumenti, il Piano nazionale di contenimento dei tempi di attesa (art. 1, comma 280, l. 23 dicembre 2005, n. 266, l. finanziaria 2006), che si risolve essenzialmente in misure organizzative. Si pensi, a titolo di esempio, alle previsioni del Piano nazionale di governo delle liste d'attesa 2019-2021, che prescrive la concentrazione in capo ai Centri unici prenotazione (Cup) della gestione delle agende di prenotazione relative all'intera offerta sanitaria pubblica, vale a dire attività istituzionale, privata accreditata e in regime intramurario.

<sup>50</sup> G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1981, 762.

<sup>51</sup> Il tema investe la c.d. «accezione in chiave organizzativa» dei livelli essenziali, per riprendere un'espressione utilizzata da E. MENICETTI, *Livelli essenziali di assistenza sanitaria: un punto fermo sulla forma e sulla procedura per l'individuazione... ed un punto interrogativo sull'accezione in chiave organizzativa* (nota a Corte Cost., 27 marzo 2003, n. 88), in *Amministrazione in cammino*, <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it> (ultimo accesso: 30 maggio 2019). In argomento, anche per alcuni riferimenti giurisprudenziali, sia consentito rinviare a V. MOLASCHI, *La rilevanza dell'organizzazione dei servizi pubblici sull'effettività dei diritti sociali*, cit.

<sup>52</sup> Su questi aspetti v. C. TUBERTINI, *op. cit.*, 306.

Per quanto concerne il già menzionato tema delle differenziazioni regionali, riguarda anche l'organizzazione la rivendicazione di maggiore autonomia in materia di «tutela della salute» (ma non solo) da parte di alcune Regioni, ai sensi dell'art. 116, 3° comma, Cost. Si tratta, in particolare, della Lombardia, del Veneto e dell'Emilia Romagna<sup>53</sup>; altre Regioni, peraltro, intendono seguire un analogo percorso istituzionale.

L'argomento è molto controverso in quanto nell'autonomia differenziata viene talora identificato un fattore di pericolosa «rottura»<sup>54</sup> o «destrutturazione» del Servizio sanitario nazionale<sup>55</sup> e di potenziale iniquità.

Affrontarlo richiederebbe una trattazione estesa, che in questa sede non è possibile svolgere. Si può però osservare come la questione nodale sia capire fino a che punto le differenziazioni, peraltro coesistenti ai modelli autonomistici, siano auspicabili e perseguibili e quando invece rischiano di pregiudicare i valori stessi su cui si fonda il sistema<sup>56</sup>, rappresentando un elemento di instabilità e magari di disgregazione e compromissione dei diritti: si pone pertanto un problema di individuazione del livello di «disuguaglianza sostenibile»<sup>57</sup>.

Infine, gettando lo sguardo in terreni limitrofi alla sanità, l'organizzazione si rivela di primaria importanza quando occorre coordinare i servizi sanitari con altri servizi, afferenti ad altre aree del *welfare*, a tutela di soggetti vulnerabili e quindi particolarmente «esposti» alla disuguaglianza. Come si è avuto modo di anticipare, vi sono alcune prestazioni che si caratterizzano per un orientamento intrinseco all'equità: si tratta, tra le altre, delle prestazioni socio-sanitarie, rivolte a individui fragili, quali anziani e disabili, rispetto ai quali possono quindi manifestarsi maggiori disuguaglianze di salute, nonché sociali, alla stregua di un rapporto di reciproca influenza.

Rispondere ad esigenze di «cura» complesse e interdipendenti richiede prestazioni integrate e sinergie sul piano dell'organizzazione. Si muovono in questa direzione le disposizioni organizzative recate dal capo IV del d.p.c.m. del 2017 sui nuovi Lea, riguardante, appunto, l'assistenza socio-sanitaria.

<sup>53</sup> L'autonomia differenziata riguarderebbe, tra i vari aspetti, la rimozione di vincoli di spesa in materia di personale, accordi con le Università concernenti gli «specializzandi», il sistema di *governance* delle aziende, ecc. V. il *Dossier* del Servizio studi del Senato n. 1672018 «Il regionalismo differenziato e gli accordi preliminari con le Regioni Emilia Romagna, Lombardia e Veneto». Per un'analisi v. C. TUBERTINI, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord* (26 settembre 2018), in *Federalismi.it*, 18, 2018 (ultimo accesso: 30 maggio 2019).

<sup>54</sup> Fortemente critica è, ad esempio, la Fondazione Gimbe, secondo il cui Presidente, N. Cartabellotta, se il «virus» del regionalismo differenziato si diffonderà, «il sistema non sarà più governabile»: v. l'intervista rilasciata a B. GOBBI, *Autonomie regionali, Cartabellotta (Fondazione Gimbe): «Maneggiare con cura. Riequilibrio possibile nel Patto della salute»*, in *Sanità24*, 6 febbraio 2019.

<sup>55</sup> In questi termini v. R. BALDUZZI, *Quasi un editoriale. Dopo 40 anni, verso una destrutturazione del Ssn?*, in *Corti supreme e salute*, 2018, 3 ss. Le preoccupazioni dell'autore si concentrano peraltro sulle richieste di autonomia riguardanti la compartecipazione ai costi delle prestazioni e l'istituzione di fondi sanitari integrativi.

<sup>56</sup> In tema v., *ex multis*, R. BALDUZZI (a cura di), *I Servizi sanitari regionali tra autonomie e coerenze di sistema*, Milano, 2005.

<sup>57</sup> In argomento sia consentito rinviare a V. MOLASCHI, *Le disuguaglianze sostenibili nella Sanità*, in F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, Torino, 2006, 3 ss. Su tali tematiche v., in generale, G. BERTI, G. C. DE MARTIN (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici* (Atti del Convegno – Roma, 9 giugno 2003), Milano, 2003. V. inoltre E. CARLONI, *Lo Stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di unità e differenziazione*, Torino, 2004.

Emblematico è l'art. 21, dedicato ai «percorsi assistenziali integrati», con cui significativamente tale capo esordisce. La messa in atto degli interventi è costruita a partire dal «progetto di assistenza individuale» (PAI), che definisce i bisogni terapeutico-riabilitativi e assistenziali della persona. La sua attuazione non può prescindere da una «buona» organizzazione che garantisca «l'accesso unitario ai servizi sanitari e sociali» e i «percorsi assistenziali domiciliari, territoriali, semiresidenziali e residenziali» in cui l'assistenza socio-sanitaria si articola.

Si colloca nella stessa ottica la previsione, contenuta nel medesimo articolo, di Linee di indirizzo, frutto di un accordo sancito in Conferenza Stato-Regioni, «volte a garantire omogeneità nei processi di integrazione istituzionale, professionale e organizzativa anche con l'apporto delle autonomie locali». Dal punto di vista dell'equità occorre rimarcare altresì come la tutela dell'individuo non si esaurisca a livello dei punti di erogazione delle prestazioni, ma richieda un sostegno, organizzativamente strutturato, che copra l'intero percorso assistenziale, riguardando le diseguaglianze sociali non solo l'accesso, ma anche la fruizione e l'aderenza alle terapie prescritte, ai percorsi di inclusione, ecc.<sup>58</sup>

## 5. Spunti sulla rilevanza della programmazione e organizzazione dell'equità nella garanzia della libertà di autodeterminazione terapeutica

La programmazione dell'offerta sanitaria che avviene con la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni è funzionale anche all'esercizio della libertà di autodeterminazione terapeutica.

Garantire le prestazioni, però, non «basta» ai fini dell'accesso ai servizi: nel corso dell'analisi condotta nelle pagine precedenti è emersa l'incidenza di barriere economiche e sociali di vario tipo, cui si sommano ostacoli scaturenti dalla nazionalità, culturali, di religione, di genere, ecc.

In questo quadro così eterogeneo e complesso è sì importante realizzare interventi rivolti a *target* specifici di soggetti (indigenti, stranieri, ecc.) – scelta fatta propria, come si è visto, dal d.p.c.m del 2017 sui Lea – ma non è sufficiente.

Occorre anche favorire azioni anticipate e diffuse che accrescano e rendano «attive» le conoscenze delle persone sulle proprie potenzialità di salute: in questo modo gli individui possono essere messi in grado di scegliere consapevolmente i propri stili di vita e di contenere i fattori di rischio per il proprio benessere, nei limiti delle proprie possibilità e del contesto di riferimento. Inoltre, l'ammissione ai servizi sanitari implica anche «accogliere», il che significa considerare le differenze fra le persone e i gruppi cui esse appartengono. I servizi sanitari si confrontano con le più svariate diversità e ineguaglianze.

Sono questi alcuni degli aspetti che si rifanno a una dimensione «pratica» dell'equità, oggetto di specifica attenzione da parte della pianificazione di alcune Regioni<sup>59</sup> e «motore» di strategie di lotta all'iniquinà che tengano conto anche dei meccanismi organizzativi alla base di possibili discriminazioni.

<sup>58</sup> Per uno spunto in tal senso v. G. COSTA, *op. cit.*, 34.

<sup>59</sup> Indicativo di tale approccio è il Piano sociale e sanitario 2017-2019 dell'Emilia Romagna, ove si fa riferimento all'«equità in pratica».

Al riguardo si segnala la redazione, in alcune Regioni, dei c.d. piani di equità aziendali<sup>60</sup>. Le aziende raccolgono dati sulle disuguaglianze in salute e nei servizi (*health equity audit*)<sup>61</sup> e programmano azioni di miglioramento dell'equità (sulla base di un *equality impact assessment*) che orientano l'organizzazione dei servizi. Si pensi alla facilitazione dell'accesso agli *screening*, alla promozione della salute nelle carceri, all'elaborazione di progetti di mediazione culturale, ecc.

L'amministrazione sanitaria viene in sostanza impegnata nel monitoraggio e nello scrutinio dei gangli della propria organizzazione anche ai fini dell'introduzione di meccanismi correttivi improntati all'equità. D'altra parte, la sostenibilità dei sistemi sanitari non è solo un problema di risorse, ma si misura in termini di capacità di questi di adattarsi all'evoluzione dei tempi e, per quanto qui interessa, dei bisogni sociali<sup>62</sup>.

Può essere interessante osservare come tali processi volti ad implementare l'equità si caratterizzino spesso per il coinvolgimento di operatori, *stakeholders* e anche utenti: l'equità si intreccia con il tema della partecipazione pubblica<sup>63</sup>.

Infine, l'equità va calata nella relazione medico-paziente, la cui costruzione e sviluppo devono rapportarsi alle esigenze e alla condizione di quest'ultimo. Di qui la rilevanza del consenso informato e della sua disciplina, in Italia introdotta in termini generali solo con la l. 22 dicembre 2017, n. 219<sup>64</sup>.

Il riferimento è, in particolare, a elementi quali la completezza, l'aggiornamento, la chiarezza e la comprensibilità delle informazioni che deve ricevere la persona sulla sua situazione di salute, sulle possibili alternative terapeutiche ovvero sul rifiuto o rinuncia ai trattamenti (art. 1, 3° comma, l. 219/2017). Le informazioni devono essere modulate a seconda dell'individuo che il medico ha davanti: istruzione, condizioni socio-economiche, cultura, religione, ecc. Equità, quindi, significa dare a tutti le informazioni più adeguate in rapporto alla situazione personale e sociale e le stesse possibilità di autodeterminazione in ordine alla propria salute.

Se, come precisa la nuova legge sul consenso informato, il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura (art. 1, 8° comma, l. 219/2017), la gestione di tali finestre temporali non è un fatto che resta confinato alla relazione medico-paziente, ma deve essere contestualizza-

<sup>60</sup> È il caso, ad esempio, dell'Ausl di Reggio Emilia.

<sup>61</sup> Lo sviluppo di strategie di *audit* delle disuguaglianze in materia di salute è una delle azioni indicate dalla citata Comunicazione della Commissione «Solidarietà in materia di salute: riduzione delle disuguaglianze sanitarie nell'UE» (2009).

<sup>62</sup> Per una lettura della sostenibilità in chiave multifattoriale v. L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018.

<sup>63</sup> L'importanza del «giving voice to the voiceless» è sottolineata da M. WHITEHEAD, G. DAHLGREN, *op. cit.*, 20 ss. Sullo sviluppo di nuove forme di partecipazione in campo medico-sanitario v. alcuni primi spunti in V. MOLASCHI, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018, 71 ss., con particolare riferimento al ricorso alle giurie dei cittadini.

<sup>64</sup> La letteratura in materia di relazione di cura e consenso informato è sterminata. Per un'analisi della nuova legge in chiave interdisciplinare v., *ex multis*, M. FOGLIA (a cura di), *La relazione di cura dopo la legge 219/2017*, Pisa, 2019 e gli articoli pubblicati nell'ambito del *Forum La legge n. 219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in questa *Rivista*, 1, 2018. In argomento v. altresì M. AZZALINI, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2018, 8 ss.

ta nell'ambito dell'organizzazione dell'attività sanitaria: ne è influenzata e al contempo la condiziona. Basti pensare anche solo alla questione degli orari di lavoro e dei turni del personale.

Dal punto di vista della rilevanza dell'organizzazione sanitaria ai fini della tutela dei diritti correlati al consenso informato<sup>65</sup>, è inoltre significativo che la nuova legge stabilisca che ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisca «con proprie modalità organizzative» la piena e corretta attuazione dei principi in essa affermati, assicurando l'informazione necessaria ai pazienti e l'adeguata formazione del personale (art. 1, 9° comma, l. 219/2017).

Da tali considerazioni appare quindi evidente come la portata e il contenuto delle posizioni vantate dagli utenti si risolvano «quasi integralmente nel modo di essere degli apparati» preposti all'erogazione dei servizi, «vale a dire nella loro organizzazione»<sup>66</sup>, anche nella prospettiva della tutela della libertà di autodeterminazione<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> In generale, sul rapporto tra consenso informato e amministrazione sanitaria v. A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1, 2011, 127 ss.

<sup>66</sup> Si riportano qui le fondamentali considerazioni di M. CAMMELLI, *Per uno statuto dell'utente*, in *Pol. Dir.*, 1981, 447 ss.

<sup>67</sup> In argomento, sull'essenzialità della dimensione amministrativa nella tutela dei diritti della persona v. N. VETTORI, *Diritti della persona e amministrazione pubblica. La tutela della salute al tempo delle biotecnologiche*, Milano, 2017.



## L'equità nel sistema sanitario: evidenze epidemiologiche e possibili interventi

Aldo Rosano\*

EQUITY IN THE HEALTH CARE SYSTEM: EPIDEMIOLOGICAL EVIDENCE AND POSSIBLE ACTIONS

**ABSTRACT:** When health inequalities constitute inequity? We can say when they derive from the unequal distribution of power, income, goods and services, at a global and national level. The immediate consequences of unfairness are visible in people's living and working conditions, in access to health care, to education, in the possibility of leading a dignified life. This unequal distribution of health-damaging experiences is by no means a "natural" phenomenon, but it is the result of a combination of bad social policies and ineffective programs to contrast poverty, unfair economic agreements and bad policies. Together, the structural determinants and conditions of everyday life are the social determinants of health and are responsible for an important part of health inequalities between and within countries. The article, starting from a tentative definition of health inequalities, reviews the main factors associated to health inequalities with examples from the Italian context. Once explained the mechanisms that may cause health differences in the population, some possible contrasting actions are proposed in terms of health and social policies.

**KEYWORDS:** Health inequalities, epidemiology, socioeconomic factors, health policies

**SOMMARIO:** 1. Cosa sono le disuguaglianze di salute: fattori contestuali ed individuali – 2. Fattori di natura biologica – 2.1 Gruppi di popolazione / Patrimonio genetico – 2.2 Età – 2.3 Sesso – 3 Fattori di natura ambientale – 3.1 Gli stili di vita – 3.2 L'ambiente – 3.3 Fattori socio-economici – 3.4 Occupazione – 3.5 Accesso alle cure – 4. Da dove hanno origine le disuguaglianze? – 5. Le azioni: dove e come si può intervenire; 6. Conclusioni.

### 1. Cosa sono le disuguaglianze di salute: fattori contestuali ed individuali

**L**e disuguaglianze di salute possono essere analizzate secondo diverse prospettive: giuridiche, sociologiche, mediche ed etiche. Questo articolo intende affrontare il tema dal punto di vista epidemiologico, senza però ignorare le forti connessioni che sono presenti con altri ambiti scientifici. L'epidemiologia studia la distribuzione delle malattie nella popolazione e i fattori (detti determinanti<sup>1</sup>) associati alla loro comparsa. Lo stato di salute può essere "disuguale", o meglio, variare per numerosi fattori: genetici, ambientali, sociali, economici, abitudini di vita.

\* Ricercatore presso l'Istituto Nazionale per l'Analisi delle Politiche Pubbliche (INAPP). E-mail: [a.rosano@inapp.org](mailto:a.rosano@inapp.org). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

<sup>1</sup> Il termine determinante è mutuato dalla lingua inglese (*determinants*) anche se nella nostra lingua identificherebbe una relazione necessariamente causale tra fattore e malattia. Nell'epidemiologia moderna

La parola disuguaglianza racchiude due concetti che, mutuati dalla lingua inglese, corrispondono ai termini “iniquità” (*inequity*) e “inuguaglianza” (*inequality*)<sup>2</sup>. Termini a volte confusi, ma che non sono intercambiabili. L'*inequity* si riferisce a differenze ingiustificate, evitabili derivanti da scarsa *governance* o da qualsiasi tipo di discriminazione, mentre l'*inequality* si riferisce semplicemente alla variabile distribuzione delle risorse di salute conseguente a fattori genetici, anagrafici o altri fattori ritenuti “inevitabili” o “eticamente accettabili”. L'iniquità evoca l'indignazione morale, è ingiusta e indifendibile, che causa morti e malattie evitabili. La giustizia sociale in questo caso è letteralmente una questione di vita o di morte.

All'interno di ogni popolazione ci sono differenze nello stato di salute e sarebbe irrealistico aspettarsi che lo stato di salute sia lo stesso ovunque. Tuttavia, poiché tutti gli esseri umani hanno diritto alla tutela della propria salute, deve esserci almeno l'accesso universale ai servizi sanitari di base. Attualmente l'aspettativa di vita varia da oltre 80 anni in alcuni paesi ricchi a meno di 50 anni in paesi in cui mancano le risorse sanitarie e la *governance* dei sistemi sanitari è debole e spesso corrotta. Inoltre, all'interno degli stessi paesi l'aspettativa di vita per i gruppi svantaggiati è in genere di cinque o più anni al di sotto della media. La Commissione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) sui determinanti sociali della salute considera tali differenze un affronto alla giustizia sociale che va affrontata in tempi brevi. Ciò solleva una questione: “quando le disuguaglianze di salute costituiscono iniquità?” Possiamo considerare tali le conseguenze che derivano dall'ineguale distribuzione di potere, reddito, beni e servizi, a livello globale e nazionale. La conseguente dell'iniquità nell'immediato sono visibili nelle condizioni di vita e di lavoro delle persone, nell'accesso all'assistenza sanitaria, all'istruzione, nella possibilità di condurre una vita dignitosa. L'iniquità è spesso misurata in termini di disuguaglianze di salute, che si manifestano laddove si possa ragionevolmente aspettarsi l'uguaglianza. Ad esempio, non vi è alcuna ragione perché ci siano differenze nell'accesso ai servizi sanitari tra uomini e donne all'interno di un paese o tra persone di etnia diversa. I servizi sanitari di base dovrebbero essere disponibili per tutti i soggetti presenti all'interno di una comunità secondo necessità. Questa distribuzione ineguale di esperienze lesive della salute non è affatto un fenomeno “naturale”, ma è il risultato di una combinazione di cattive politiche sociali e di inefficaci programmi di contrasto alla povertà, di accordi economici ingiusti e cattive politiche. Insieme, i determinanti strutturali e le condizioni della vita quotidiana costituiscono i determinanti sociali della salute e sono responsabili di una parte importante delle disuguaglianze di salute tra e all'interno dei paesi<sup>3</sup>.

I determinanti socioeconomici costituiscono i fattori più rilevanti nelle differenze di salute di una popolazione. Le disparità sociali nella salute sono un problema complesso che nasce da un insieme di meccanismi: la stratificazione sociale dettata dalla disuguale distribuzione delle risorse (determinanti distali); la distribuzione dei principali fattori di rischio per la salute (determinanti prossimali) come

---

questa relazione raramente è “necessaria”, quanto piuttosto probabile. Si tratta, infatti, di fattori di rischio, che possono condurre o meno all'insorgenza della malattia, con una latenza che può variare da pochi giorni a numerosi anni. Va detto che tra i determinanti di salute si usa ricomprendere anche fattori protettivi che esercitano la propria azione diminuendo il rischio di insorgenza della malattia.

<sup>2</sup> Per ulteriori dettagli sui termini *inequity* e *inequality* si veda il sito <http://www.globalhealtheurope.org/> (ultima consultazione 11/3/2019).

<sup>3</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION, COMMISSION ON SOCIAL DETERMINANTS OF HEALTH, “Closing the gap in a generation Health equity through action on the social determinants of health”, Ginevra, 2019.

quelli ambientali, psicosociali, gli stili di vita insalubri e, in molti casi, anche il limitato accesso a cure appropriate<sup>4</sup>.

Quando parliamo di “disuguaglianze di salute” è bene specificare quali sono gli indicatori che in genere si considera per misurare lo stato di salute, e quindi le e eventuali disuguaglianze. Gli indicatori proposti dall'OMS per misurare lo stato di salute di una popolazione sono la speranza di vita alla nascita e la mortalità infantile. Si tratta di indicatori facilmente calcolabili con i dati demografici disponibili nella maggior parte dei paesi, che ben sintetizzano le condizioni di salute di una popolazione. Nei paesi con sistemi informativi sanitari più evoluti, in cui sono disponibili informazioni più dettagliate, come la mortalità e la morbosità per causa (o gruppi di cause), si possono utilizzare indicatori di salute più analitici, come la speranza di vita libera da disabilità, la mortalità o l'incidenza per gruppi di cause. Ciò permette di individuare quali patologie sono maggiormente associate con i diversi determinanti, esercizio tutt'altro che semplice considerando che tali fattori sono spesso fortemente interconnessi. A tal proposito vale la pena citare una recente pubblicazione frutto della collaborazione tra L'Istituto Nazionale per la promozione della salute delle popolazioni Migranti e per il contrasto delle malattie della Povertà (INMP) e l'Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT)<sup>5</sup> in cui vengono valutate le differenze geografiche e socioeconomiche nella mortalità e nella speranza di vita in Italia attraverso la quota di mortalità attribuibile al livello di istruzione medio-basso. Per avere una misura che riesca il più possibile a distinguere l'effetto della variabile che identifica la situazione socioeconomica (in questo caso il livello di istruzione) dagli altri fattori, si utilizza come indicatore la “frazione di mortalità attribuibile” che identifica la proporzione di decessi che si potrebbe evitare se la popolazione con titolo di studio medio-basso avesse un tasso di mortalità pari a quella con titolo di studio alto. In particolare, questo indicatore permette di distinguere, in una certa misura, l'effetto delle disuguaglianze sociali da quello del contesto territoriale, che nel nostro paese influenza fortemente gli esiti di salute a causa della eterogeneità della efficienza ed efficacia dei servizi sanitari disponibili tra le regioni.

Un'altra distinzione tra i fattori che influenzano lo stato di salute può essere fatta distinguendo i fattori contestuali da quelli individuali. I fattori contestuali si riferiscono agli aspetti di sistema, quali le risorse a disposizione del Servizio sanitario nazionale (SSN), la sua organizzazione e la sua efficacia. Altri fattori che riguardano il contesto di vita sono, per esempio, il livello di deprivazione di un'area<sup>6</sup>, il grado di urbanizzazione e il capitale sociale<sup>7</sup>. I fattori individuali sono sia di natura biologica, quali il genere, l'età e patrimonio genetico, sia di natura socioeconomica, questi ultimi legati al titolo di studio, alla condizione professionale e al livello di reddito.

---

<sup>4</sup> Aa.Vv., *L'Italia per l'equità nella salute*, Roma, 2017.

<sup>5</sup> *Atlante italiano delle disuguaglianze di mortalità per livello di istruzione* in *Epidemiologia e Prevenzione*, 43-1, 2019, 1-119.

<sup>6</sup> Per misurare le situazioni di “svantaggio” di un contesto geografico sono stati proposti diversi indici tra cui quelli di deprivazione che appaiono strumenti in grado di sintetizzare, seppure in modo indiretto e approssimato, il possesso di risorse sia materiali che sociali in aree definite, con dimensioni che possono andare dalla sezione di censimento alla regione, all'interno delle quali si misura la proporzione di persone o nuclei familiari che presentano una determinata combinazione di caratteristiche atte a indicare situazioni di non agiatezza economica e sociale.

<sup>7</sup> Intendiamo qui il capitale sociale come l'insieme delle risorse di tipo relazionale durature che un attore sociale (individuo, gruppo ecc.) può utilizzare, insieme ad altre risorse, per perseguire i propri fini.

Una lista, sicuramente non esaustiva, dei fattori cosiddetti individuali è costituita da: fattori socio-economici; livello di istruzione; condizioni occupazionali; stili di vita; discriminazione. Un ulteriore fattore che negli anni recenti è sempre più esplorato è quello dell'alfabetizzazione sanitaria (*health literacy*) che, oltre che al livello di alfabetizzazione tout-court, ha a che fare con la capacità di raccogliere ed utilizzare le informazioni rilevanti per prendere cura di sé, e della propria famiglia, per tutti gli aspetti attinenti alla salute.

Vediamo alcuni esempi su come tali fattori possono incidere nel creare delle disuguaglianze di salute, distinguendo quelli di natura biologica, sui quali non è pensabile poter intervenire, da quelli di natura "ambientale"<sup>8</sup>, tutti passibili di un intervento per la riduzione degli effetti sulla salute.

## 2. Fattori di natura biologica

### 2.1. Gruppi di popolazione / Patrimonio genetico

Le differenze geografiche nello stato di salute possono essere legate a fattori genetici, ambientali, culturali, comportamentali: l'isolamento delle popolazioni è perdurato per un numero di generazioni sufficiente a far sviluppare una condizione genetica particolare. L'interazione tra determinanti genetici e ambientali è complessa: la predisposizione genetica può essere presente, ma attivata solo da determinate condizioni ambientali. Un esempio nel nostro paese di un fattore genetico comune ad un gruppo è l'elevata frequenza di talassemia tra gli abitanti della Sardegna. Questa alta prevalenza della talassemia è riconducibile alla capacità protettiva che ha questa patologia nei confronti della malaria. Le persone portatrici del gene che comporta la talassemia avevano una probabilità più bassa di sviluppare la malaria, adattandosi meglio quindi nelle zone malariche<sup>9</sup>.

### 2.2. Età

La frequenza con cui ci si ammala o si muore per qualsiasi causa ha quasi sempre una relazione con l'età. In tutti i paesi sviluppati la mortalità è relativamente elevata nella prima infanzia, diminuisce quindi marcatamente raggiungendo un minimo nelle classi di età 5-14 anni, per poi aumentare prima gradatamente e, dopo i 60 anni, in maniera più rapida. All'aumentare dell'età, aumenta il numero dei portatori di patologie croniche. Va anche detto che l'età anagrafica non è un fattore invariante con le condizioni sociali e con quelle di periodo rispetto alla cronicità. Dalle ultime indagini Istat sulle condizioni di salute traspare il fatto che il numero di persone con malattie croniche sta aumentando a causa dell'invecchiamento della popolazione, ma la prevalenza nelle classi di età va diminuendo con l'andare del tempo<sup>10</sup>. Anche alcune malattie infettive hanno una distribuzione per età legata da una

<sup>8</sup> In epidemiologia si parla di "fattori ambientali" riferendosi a tutti quei fattori che sono esterni al corpo umano.

<sup>9</sup> La spiegazione biologica di tale relazione è stata colta di recente da un gruppo di ricercatori dell'università di Heidelberg, i quali hanno individuato una caratteristica peculiare di un amminoacido nella molecola dell'emoglobina delle persone affette da talassemia, che impedisce al parassita che causa la malaria di manifestarsi. C. CROSNIER, L.Y. BUSTAMANTE, S.J. BARTHOLDSON, ET AL., *Basigin is receptor essential for erythrocyte invasion by Plasmodium falciparum* in *Nature*, 480, 2011, 534-537.

<sup>10</sup> ISTAT, *Annuario Statistico Italiano 2016*, Roma, 2017, 129.

parte all'immunità passiva trasmessa con l'allattamento materno e dall'altra all'immunità permanente conseguente all'infezione.

### 2.3. Sesso

Sia la mortalità sia la morbosità si manifestano in modo diversificato nei due sessi. Le donne vivono più a lungo degli uomini, ma si ammalano più spesso. Le differenze fra uomini e donne può essere spiegata come risultato di una serie di fattori genetici, ambientali e sociali. Per alcune malattie l'associazione con il sesso è legata a fattori genetici (ad esempio l'emofilia); per altre, a fattori esterni che interessano diversamente uomini e donne (patologie riconducibili al consumo di alcool o di tabacco); per molte altre cause coesistono fattori genetici, ormonali, ambientali e socioeconomici legati al sesso.

## 3. Fattori di natura ambientale

### 3.1. Gli stili di vita

Gli stili di vita si riferiscono a modelli di comportamento che si ripercuotono sulla salute degli individui e che creano condizioni di vita diverse. Gli stili di vita sono influenzati da un insieme di fattori sociali, economici e ambientali. L'uso di alcol, l'abitudine al fumo, la dieta e fare sport sono fattori che l'epidemiologia ha individuato come elementi che influenzano fortemente lo stato di salute. I comportamenti personali legati agli stili di vita sono in grado di spiegare una quota consistente di morbosità. Ad esempio, usando il caso delle malattie cardiovascolari, si può constatare che il 60% della mortalità per queste patologie sarebbe evitabile riducendo la concentrazione dei fattori di rischio individuali (come il fumo, la dieta ricca di grassi e povera di fibre, l'attività fisica etc.)<sup>11</sup>.

Il fumo è il principale responsabile di numerosi tumori, di malattie circolatorie e respiratorie. Fumare in gravidanza comporta un rischio elevato di basso peso alla nascita e un ritardo di crescita intrauterina nel bambino. I danni per la salute non si manifestano solo per via diretta: sempre più prove scientifiche dimostrano un ruolo importante del fumo passivo nella genesi di numerose patologie. L'importanza della lotta al fumo è legata oltre che alla diffusione e alla gravità delle sue conseguenze, anche alla considerazione che si tratta di uno dei pochi fattori di rischio teoricamente eliminabili (la sospensione dal fumo è in grado di riportare alcuni rischi ad esso correlati a livelli uguali a quelli di soggetti non fumatori in un arco di 15 anni). Gli effetti del fumo si traducono in un elevato numero di decessi, ricoveri e di disabilità evitabili che comportano costi elevati per la società; una loro riduzione favorirebbe risparmi considerevoli e una maggiore capacità di risorse per la sanità e l'assistenza.

L'abuso di alcol ha un ruolo eziologico diretto in alcune patologie specifiche (cirrosi alcolica, sindrome feto-alcolica, psicosi alcolica, ecc.) e favorente in numerose altre patologie.

L'obesità rappresenta un vero problema di salute pubblica. Numerosi studi scientifici mostrano che il sovrappeso e l'obesità sono condizioni che causano un incremento significativo del rischio di morbosità per molte patologie. Se complessivamente nella popolazione adulta la prevalenza di diabete è

---

<sup>11</sup> M. MARMOT, P. ELLIOT (a cura di), *Coronary heart disease epidemiology- from aetiology to public health*, New York, 1992.

pari al 4,5%, tra gli adulti obesi questa quota quasi si triplica raggiungendo l'11,7%. Le persone con un eccesso di peso presentano anche una maggiore prevalenza di malattie della tiroide (5% tra gli obesi contro 3,3% nei normopesi). Più netta l'associazione tra ipertensione e obesità: il 30% degli obesi è iperteso contro una media del 14,5%. Anche le malattie del cuore e le patologie a carico dell'apparato muscolo-scheletrico sono più frequenti tra chi è sovrappeso. Negli ultimi 10 anni in Italia la percentuale di soggetti in sovrappeso ed obesi è cresciuta, fino a giungere al 43,5% nella popolazione adulta con età uguale o maggiore a 18. Ogni anno in Italia l'eccesso di peso e le malattie conseguenti costano al SSN 22.8 miliardi di euro, di cui il 64 per cento per ricoveri ospedalieri<sup>12</sup>. L'OMS ritiene che l'obesità stia diventando un problema globale, tanto che è stata coniata al riguardo l'espressione di "epidemia globale". Il persistere del trend attuale di crescita della quota di obesi nei paesi occidentali porterebbe a livelli allarmanti la quota di persone che soffrono di patologie connesse con l'obesità. Quanto devastanti possano essere gli effetti del sovrappeso sulle condizioni di salute di una popolazione è testimoniato dal fatto che gli USA negli ultimi anni stanno conoscendo un rilevante impatto negativo sulla speranza di vita della popolazione proprio a causa della diffusione delle patologie correlate con l'obesità<sup>13</sup>.

### 3.2. L'ambiente

L'organismo umano interagisce con i fattori ambientali, sia che questi siano riferiti all'ambiente in generale, sia che invece siano limitati a luoghi confinati. Fanno parte dei fattori di rischio ambientale esposizioni ad agenti fisici e chimici propri dell'inquinamento urbano come rumore, radiazioni, ossidi di azoto, anidride solforosa, ozono, compresi quelli naturali come ad esempio il gas radon e i pollini. Tali fattori possono condizionare lo stato di salute, la cui evidenza diventa significativa in rapporto al livello di interessamento di una popolazione. Diversi sono i fattori ambientali per i quali esistono evidenze di associazione con patologie. Gli inquinanti dispersi nell'atmosfera dall'attività antropica, ma anche quelli naturalmente presenti, hanno specifiche relazioni con le malattie dell'apparato respiratorio, quello cardiovascolare e con diverse forme tumorali. Più di recente particolare rilevanza è stata dedicata a problematiche delle aree a elevato rischio ambientale-sanitario perché oggetto di una cattiva gestione dei rifiuti o esposte a fonte di inquinamento industriale, ed alle emergenze riguardanti alcune sotto-popolazioni (anziani, asmatici, bambini) suscettibili alle ondate di calore. I cambiamenti climatici hanno anch'essi un impatto sulla salute delle popolazioni, che si esplicano diversamente sia a livello globale, interessando maggiormente i Paesi più poveri, sia all'interno di ciascun Paese, colpendo ovunque e per motivi diversi le fasce più povere della popolazione<sup>14</sup>.

### 3.3. Fattori socio-economici

La condizione sociale ed economica ha un'importante influenza sulla salute degli individui ed è dimostrato il suo impatto sulla mortalità e sulla probabilità di essere affetti da specifici gruppi di patologie. Non è semplice adottare criteri uniformi di definizione delle condizioni sociali: si può scegliere un in-

<sup>12</sup> V. PIATTELLI, *L'obesità infantile in Italia*: <http://www.indire.it/content/index.php?action=read&id=1110>

<sup>13</sup> S.H. PRESTON, Y.C. VIERBOOM, A. STOKES, *The role of obesity in exceptionally slow US mortality improvement*, in *Proc Natl Acad Sci*, 115, 2018, 957-961.

<sup>14</sup> P. VINEIS, *Cambiamento climatico e vulnerabilità*, in *Epidemiologia e Prevenzione*, 35, 2011, 349-349.

dicatore di condizione sociale, come reddito, grado di istruzione o tipo di occupazione, oppure una combinazione di tali fattori. In Gran Bretagna i dati sanitari sono usualmente analizzati da molti anni per classi definite da 5 livelli di deprivazione<sup>15</sup>. Sia la mortalità infantile che la mortalità generale dipendono dalla classe sociale. Ciò può essere spiegato da una diversa esposizione a determinanti e/o a differenze nell'uso delle strutture sanitarie. In Italia chi è più povero di capacità e risorse è più esposto a fattori di rischio per la salute, si ammala più spesso, in modo più grave e muore prima. Negli anni 2010 un uomo con la laurea poteva contare di vivere 5,2 anni in più di chi ha conseguito al più la licenza elementare, mentre per le donne il vantaggio è più contenuto: 2,7 anni<sup>16</sup>. Il titolo di studio è l'indicatore più facilmente misurabile di stato sociale a livello nazionale. Ma in studi longitudinali dove sia possibile fotografare le "carriere di vita" delle persone, è lo status sociale complessivo dell'adulto che influenza maggiormente la mortalità prematura. Primo fra tutti la disponibilità di un lavoro, poi la disponibilità di una rete familiare, poi le credenziali educative, e infine, le risorse materiali come la casa. Di importanza non trascurabile sono anche le circostanze materiali e relazionali dei primi anni dell'infanzia che influiscono sulle *chance* nella vita adulta, sia sul piano sociale, sia su quello di salute<sup>17</sup>.

### 3.4. Occupazione

Poiché le persone passano gran parte del loro tempo nei luoghi di lavoro, le condizioni lavorative hanno un ruolo importante sullo stato di salute. È noto come alcune patologie siano caratteristiche del tipo di occupazione svolta (silicosi per i lavoratori di miniere e di industrie ceramiche, tumore del polmone per i lavoratori dell'asbesto, tumore della vescica per coloro che lavorano con alcune anime aromatiche). D'altro canto, le differenze osservate tra persone che svolgono attività diverse possono essere state provocate dalla selezione iniziale dei soggetti per un certo tipo di lavoro, mostrando un apparente "effetto protettivo" dell'occupazione. Negli anni più recenti sempre più studi epidemiologici si sono focalizzati non solo sul tipo di lavoro svolto, ma anche sulla condizione occupazionale, quali la precarietà del lavoro o l'essere disoccupato. Lavori precari implicano spesso meno tutele e sono fonte di stress e di insicurezza personale. Lo stato di salute percepito dei lavoratori precari italiani, a parità di altre condizioni potenzialmente confondenti, è peggiore di quello dei lavoratori con contratto stabile. Ma soprattutto è l'accesso alle cure ad essere significativamente più basso tra questi lavoratori<sup>18</sup>.

### 3.5. Accesso alle cure

Infine, possiamo includere tra i determinanti della salute di una popolazione anche quei fattori legati alla erogazione di servizi sociali e sanitari, o ai fattori tecnologici, come l'accesso a nuove tecniche di

<sup>15</sup> S. YOUSAF, A. BONSALE, *UK Townsend Deprivation Scores from 2011 census data*, in *Economic and Social Research Council (ESRC)*, 07/09/2017.

<sup>16</sup> ISTAT, *Rapporto annuale 2016: Disuguaglianze nella speranza di vita legate al titolo di studio*, Roma, 2017.

<sup>17</sup> D. RASULO, T. SPADEA, M. DEMARIA ET AL, *Conta di più da chi nasci o dove arrivi? Determinanti di salute nel corso di vita*, in G. COSTA, M. STROSCIA, N. ZENGARINI, M. DEMARIA (a cura di), *40 anni di salute a Torino, spunti per leggere i bisogni e i risultati delle politiche*, Milano, 2017.

<sup>18</sup> A. FASANO, A. ROSANO, *Diseguaglianze di salute dei lavoratori precari ai tempi della crisi economica in Italia*, in *Sociologia del lavoro*, 150, 2018, 49-64.

diagnosi o terapia, quelli organizzativi e in generale alle politiche sanitarie. Anche il modello di sistema sanitario ha profonde implicazioni sullo stato di salute, come la copertura parziale o totale delle spese sanitarie o la presenza di forme di compartecipazione alla spesa da parte dei pazienti (per esempio la richiesta di ticket per l'erogazione di talune prestazioni sanitarie). L'insieme di tali fattori implicano un diverso livello di accesso alle cure, che è investigato da diverse indagini campionarie dell'Istat ed in particolare dall'indagine ITSILC<sup>19</sup>. In questa indagine viene posto il quesito se si è rinunciato negli ultimi 12 mesi a delle cure che si ritenevano necessarie, chiedendo di specificare il motivo della rinuncia. La quota di persone che ha rinunciato a una visita specialistica negli ultimi 12 mesi perché troppo costosa è stata pari al 6,5% della popolazione (3,9 mln di persone) e meno di cinque milioni gli italiani che hanno rinunciato a una o più prestazioni sanitarie includendo anche altre motivazioni, come la lunghezza dei tempi di attesa, la lontananza dal luogo di erogazione del servizio o la mancanza di tempo per impegni familiari o di lavoro. Nel confronto internazionale la percentuale della popolazione italiana che ha dichiarato di aver rinunciato ad una prestazione sanitaria è in linea con gli altri paesi europei: Italia 7,8%, Svezia 9,2%, Francia 6,3%, Danimarca 6,9%, Germania 5,4%<sup>20</sup>.

#### 4. Da dove hanno origine le disuguaglianze?

Le disuguaglianze di salute sono il risultato di meccanismi noti e documentati, ed entro certi limiti contrastabili. Tali meccanismi sono ben descritti in letteratura dal modello causale proposto da Diderichsen<sup>21</sup> che offre un quadro dei nessi e delle concatenazioni attraverso cui tali disuguaglianze si esplicano come conseguenza dello svantaggio sociale. (Figura 1)

<sup>19</sup> Si tratta dell'indagine su reddito e condizioni di vita (It-Silc) condotta annualmente dall'Istat che si basa su un campione di circa 29000 famiglie, per un totale di quasi 70mila individui. L'ultimo dato disponibile è riferito all'anno 2016.

<sup>20</sup> I valori sono riferiti al 2014 ed alla popolazione dai 16 anni in su aggiustata per età e genere sulla media europea. Fonte: Eurostat. Unmet health care needs Statistics. [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Unmet\\_health\\_care\\_needs\\_statistics](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Unmet_health_care_needs_statistics) (ultima consultazione 24/72018).

<sup>21</sup> E. DIDERICHSEN, M. WHITEHEAD, *The social basis of disparities in health*, in T. EVANS ET AL. (a cura di), *Challenging inequities in health: from ethics to action*, New York, 2001.

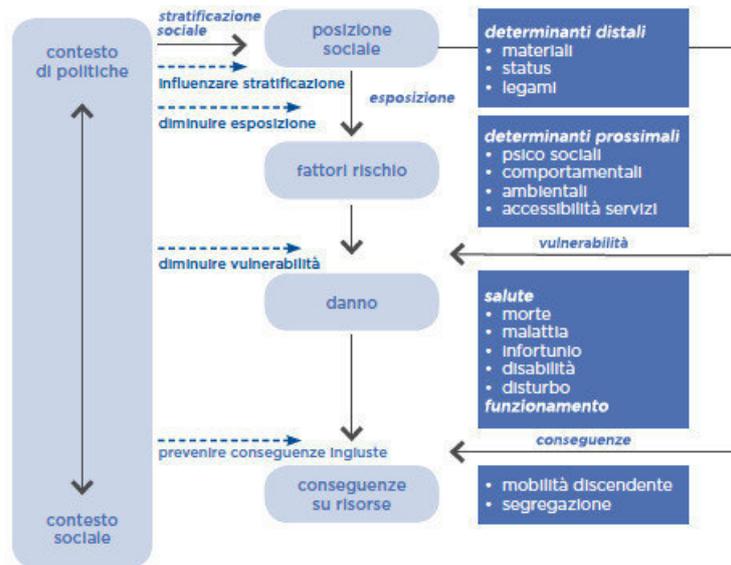


Figura 1. Schema esplicativo dei meccanismi di generazione delle disparità nella salute messi in relazione con le possibili politiche di contrasto. (Fonte: Italia per l'equità nella salute, Ministero della Salute, 2017)

L'elemento cardine del modello è rappresentato dalla stratificazione sociale. Si tratta di un insieme di processi economici, sociali e culturali che portano a una distribuzione disuguale dei più importanti fattori che permettono a una persona di avere una maggiore capacità di autodeterminazione, condizionando le dinamiche di salute.

Numerosi sono gli studi che hanno analizzato la relazione tra fattori sociali e salute; emblematico lo studio longitudinale italiano<sup>22</sup> che ha mostrato come lo status sociale sia in grado di influenzare la mortalità prematura nella popolazione. A contrastare tali cause possono contribuire le politiche economiche e del lavoro di tipo redistributivo, che competono a vari soggetti istituzionali che sono al di fuori del mondo della sanità. A loro volta i fattori che determinano la stratificazione sociale influenzano l'esposizione ai principali fattori di rischio per la salute, che mediano l'effetto sulla salute dei determinanti sociali. Questo meccanismo ricade, invece, soprattutto sotto la responsabilità della sanità, in particolare della prevenzione.

I principali fattori di rischio cui possono essere soggette le persone, presentano alla base uno svantaggio sociale. Ripercorriamo la rassegna dei determinanti di salute con questa chiave di lettura:

- le condizioni fisiche ed ambientali creano un rischio più elevato in determinati ambienti di vita e di lavoro, come rilevato, ad esempio, da uno studio francese in cui gli operai erano più esposti a condizioni più sfavorevoli rispetto ai liberi professionisti, tecnici e impiegati<sup>23</sup>;
- nella recente indagine europea sulle condizioni di salute e l'accesso ai servizi sanitari, si vede come la percentuale di soggetti in sovrappeso aumentava progressivamente all'abbassarsi del titolo di studio, passando dal 27% tra i più istruiti al 38,5% tra i meno istruiti<sup>24</sup>;

<sup>22</sup> D. RASULO, T. SPADEA, M. DE MARIA, et al., *op. cit.*

<sup>23</sup> I NIEDHAMMER, J.F. CHASTANG, D.S. KELLEHER, *The contribution of occupational factors to social inequalities in health: findings from the national French SUMER survey*, in *Soc. Sci. Med.*, 67, 2008, 1870-1881.

- andamenti analoghi si rilevano per gli altri stili di vita insalubri. L'abuso cronico di alcol è significativamente più diffuso tra chi ha un basso titolo di studio<sup>25</sup>. Per il fumo si nota un diverso effetto della classe sociale in relazione al genere: negli uomini sono più esposti i soggetti più svantaggiati, nelle donne, specie in passato, quelle con titolo di studio più elevato<sup>26</sup>;
- i fattori di rischio psicosociali<sup>27</sup>, come lo squilibrio tra ciò che si esige da una persona nel lavoro e il grado di libertà di cui questa può disporre<sup>28</sup>, sono naturalmente connessi con la condizione di subalternità lavorativa. Su questo aspetto ha indagato uno studio condotto nella provincia di Torino che ha evidenziato come tra gli operai la percentuale lo stress lavorativo sia ben più elevato di quello riscontrato tra gli impiegati<sup>29</sup>;
- le barriere culturali che costituiscono un ostacolo nell'accesso alle cure appropriate: le donne immigrate, ad esempio, ricorrono meno delle italiane agli screening femminili, con una percentuale inferiore di 15 punti per il pap-test e di quasi 20 punti per la mammografia. Questo minor ricorso si riflette nel medio termine ad un rischio aumentato di avere una diagnosi tardiva di tumore della mammella e una più elevata prevalenza della patologia<sup>30</sup>.
- le discriminazioni verso gruppi sociali marginali: le vittime di discriminazioni razziali – attraverso il meccanismo dello “stress psico-sociale” – hanno maggiori probabilità di soffrire di ipertensione, malattie respiratorie e di disturbi mentali come ansia, depressione e psicosi<sup>31</sup>.

In sintesi, le persone più svantaggiate dal punto di vista socio-economico hanno maggiore probabilità di sviluppare esiti negativi, se esposti ai fattori di rischio per la salute. È il caso dell'incidenza di infortuni sul lavoro tra gli stranieri immigrati: a parità di età e attività professionale, i lavoratori immigrati hanno più infortuni perché, a causa di difficoltà linguistiche o culturali, non riescono a trarre pieno beneficio dagli interventi di formazione e controllo della sicurezza sul luogo di lavoro, quando questi non siano specificamente orientati<sup>32</sup>.

Va, inoltre, considerato come i meccanismi sopra descritti producono i loro effetti lungo tutto il corso della vita di una persona, già a partire dal concepimento: le condizioni di svantaggio sociale dei genitori potrebbero riflettersi in minori possibilità di sviluppo per il bambino. La disponibilità di risorse e

<sup>24</sup> EUROPEAN HEALTH INTERVIEW SURVEY (EHIS), *Almost 1 adult in 6 in the EU is considered obese*, <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-press-releases/-/3-20102016-BP> (ultima cons. 15/3/2019).

<sup>25</sup> ISTAT, *Il consumo di alcol in Italia*, in *Statistiche Report*, Roma, 12 aprile 2017.

<sup>26</sup> E. SCAFATO, E. BOLOGNA, *Fumo, alcol, alimentazione, eccesso ponderale e prevenzione*, in *Rapporto Osservasalute 2017*, Milano, 2018, 25-31.

<sup>27</sup> I fattori di rischio psicosociali sono definiti, dall'agenzia europea per la sicurezza del lavoro, come quei fattori che creano danni al benessere psicologico e fisico del lavoratore a causa della gestione e organizzazione del lavoro e del contesto organizzativo e sociale sul lavoro.

<sup>28</sup> Squilibri presenti anche nella remunerazione e nell'aiuto di cui può disporre.

<sup>29</sup> A. D'ERRICO, M. CARDANO, T. LANDRISCINA ET AL., *Workplace stress and prescription of antidepressant medications: a prospective study on a sample of Italian workers*, in *Int. Arch. Occup. Environ. Health*, 84, 2011, 413-424.

<sup>30</sup> L. FRANCOVICH, A. DI NAPOLI, P. GIORGI ROSSI P ET AL., *La prevenzione dei tumori femminili nelle donne immigrate residenti in Italia*. In A. PETRELLI, A. DI NAPOLI, M. PEREZ, L. GARGIULO (a cura di), *Lo stato di salute della popolazione immigrata in Italia: evidenze dalle indagini multiscopo Istat in Epidemiol Prev.*, 41-1, 2017, 18-24.

<sup>31</sup> K. MCKENZIE, *Racism and health* in *British Medical Journal*, 326, 2003, 65-66.

<sup>32</sup> M.A. SALVATORE, G. BAGLIO, L. CACCIANI, A. SPAGNOLO, A. ROSANO, *Work-related injuries among immigrant workers in Italy*, in *Journal of Immigrant and Minority Health*, 15, 2013, 182-187.

capacità fisiche, cognitive e relazionali del bambino, possono avere importanti conseguenze sulle condizioni di salute, e sulla carriera scolastica e professionale, anche nelle successive fasi della vita<sup>33</sup>. Ognuno dei meccanismi descritti può essere intercettato e moderato o esacerbato nei suoi effetti dall'influenza del contesto di vita delle persone. Il contesto, sia esso il quartiere, la comunità locale, il luogo di lavoro, la scuola, il luogo di cura, gioca un ruolo che si potrebbe definire "capacitante", cioè come luogo dove ognuno ha la libertà di essere o fare secondo le proprie aspirazioni. Di converso in tali contesti ci si può sentire minacciati, o non ci si aiuta, o non si può contare su nessuno, o non c'è fiducia, insomma non ci sono le condizioni per rendere capace la persona più povera di usare adeguatamente quelle poche risorse che possiede per proteggere e promuovere la sua salute<sup>34</sup>.

## 5. Le azioni: dove e come si può intervenire

Ritornando allo schema proposto da Diderichsen, le possibili azioni che si possono intraprendere per contrastare le disuguaglianze di salute attengono a diversi ambiti delle politiche e del contesto sociale e vanno dalle politiche redistributive, che mirano ad attenuare la disuguaglianza nella disponibilità di risorse, alle azioni che mirano a diminuire l'esposizione, o la vulnerabilità dei soggetti. L'arma più potente ed efficace che hanno i sistemi sanitari è quella della prevenzione delle malattie e dalla promozione della salute, di cui possono beneficiare tutti i cittadini, ma che devono essere programmate per intervenire dove maggiori sono i rischi nella popolazione.

Restando nell'ambito delle azioni percorribili nell'ambito sanitario, il tema della distribuzione delle risorse è stato lungamente dibattuto, e riguarda essenzialmente il riparto del Fondo Sanitario Nazionale (FSN) tra le regioni. Tra le diverse proposte avanzate quella che mira ad una attenuazione delle disuguaglianze fa perno sulla modifica della quota capitaria del fondo sanitario attraverso un correttivo commisurato con il bisogno sanitario. I bisogni sanitari in realtà vengono considerati in diversi capitoli del riparto del FSN (ambulatoriale e una parte di quella ospedaliera) attraverso una quota capitaria pesata per l'età, ipotizzando che tali consumi sanitari aumentino con l'età degli assistiti. Laddove però si innestano delle disuguaglianze di salute dovute a condizioni di svantaggio sociale, si hanno peggiori condizioni di salute a parità di età, come avviene nelle regioni del Sud ed in particolare in Campania e Calabria, a fronte di un finanziamento più basso, a causa della struttura demografica della popolazione, mediamente più giovane. Qualche timido segno di correzione si è visto con il riparto del FSN 2017, dove almeno la quota premiale del fondo è stata ripartita secondo criteri che hanno tenuto conto della condizione di svantaggio sociale di alcune regioni, misurata attraverso un indice di deprivazione.

Un esempio di azione tesa a proteggere i soggetti più vulnerabili è quello dell'adozione del regime delle esenzioni. Per ridurre l'impatto negativo del ticket sull'accesso ai servizi essenziali da parte delle persone con elevato rischio di salute e con ridotta capacità economica, nel nostro sistema si ricorre

<sup>33</sup> In questa prospettiva l'epidemiologia ha sviluppato un metodo di analisi dei fenomeni chiamato "*life course approach*", che valuta lo stato di salute e i fattori di rischio durante le varie fasi della vita per analizzare il cambiamento degli standard di vita nel tempo e tra coorti di nascita diverse.

<sup>34</sup> A.K. SEN, *La diseguaglianza. Un riesame critico*, Bologna, 1994; C. MARINACCI, T. SPADEA, A. BIGGERI, M. DEMARIA, A. CAIAZZO, G. COSTA, *The role of individual and contextual socioeconomic circumstances on mortality: analysis of time variations in a city of northwest Italy*, in *Journal of Epidemiol Community Health*, 58, 2004, 199-207.

ad esenzioni e abbattimenti per patologia e per reddito differenti tra regione e regione. A questo proposito, va fatto notare che l'autonomia delle Regioni in materia sanitaria rischia di generare l'aumento delle disuguaglianze territoriali nell'accesso ai livelli essenziali di assistenza derivante dalle diverse politiche di imposizione dei ticket sanitari. Tale discrezionalità andrebbe limitata definendo una base nazionale di regolazione dei ticket che, pur lasciando margini di applicazione differenziata, stabilisca tetti all'incidenza delle compartecipazioni e fissi criteri di salvaguardia per l'accesso ai Lea.

Lo strumento principale di contrasto alle disuguaglianze in mano ai decisori è quello della prevenzione e promozione della salute. L'organizzazione dei servizi di prevenzione deve permettere un accesso ampio e senza alcun tipo di discriminazione. A questo scopo vanno prese in considerazione anche azioni che facilitino l'accesso a quegli strati di popolazione che per condizioni culturali e sociali hanno maggiori difficoltà nell'accesso. L'esempio è quello del ricorso ai mediatori culturali per favorire l'accesso alle persone immigrate insieme al reclutamento attivo delle popolazioni potenzialmente in condizioni di svantaggio da parte dei servizi di prevenzione.

Anche le azioni di promozione della salute devono tener conto degli aspetti sociali della salute. Alla luce delle attuali evidenze scientifiche relative agli effetti di fattori biologici, genetici, ambientali e comportamentali e alle tendenze registrate nel corso degli ultimi anni in Italia, appare opportuno orientare prioritariamente l'intervento di promozione della salute verso coloro che sono a più alto rischio, che spesso coincidono con le persone con maggiori svantaggi sociali. I programmi di promozione della salute devono potenziare la conoscenza dei cittadini e la cooperazione tra i servizi per ridurre quell'ampia quota di patologie del tutto evitabili attraverso corretti stili di vita. Inoltre, ogni azione di promozione della salute dovrebbe realizzarsi attraverso strategie integrate e condivise che consentano di raggiungere livelli adeguati<sup>35</sup>. Accanto alle azioni che possono essere intraprese all'interno dei sistemi sanitari, un impatto rilevante sulle disuguaglianze hanno le azioni nel campo dell'istruzione e del Welfare. Fornire istruzione di "buona qualità" fin dalla scuola materna ha un impatto diretto sulla mortalità infantile e nell'intero percorso di vita, così come condizioni di lavoro favorevoli, assieme a un reddito minimo, sono fattori che favoriscono una vita sana e che un Paese attento ai propri cittadini dovrebbe offrire<sup>36</sup>.

## 6. Conclusioni

La rilevanza politica delle disuguaglianze di salute è sempre più evidente per l'effetto combinato dell'aumentata capacità interpretativa nell'analisi dei determinanti e della maggiore consapevolezza dell'efficacia delle misure di contrasto. Sono sempre maggiori le evidenze sul fatto che la compromissione dello stato di salute può avere conseguenze diverse sulla carriera sociale di un individuo, in funzione delle condizioni socio-economiche di partenza. Si tratta di un effetto che a sua volta si ricollega, attraverso un meccanismo di "causazione inversa", alla stratificazione sociale, in quanto l'esperienza di malattia, laddove i soggetti non siano tutelati, è in grado di compromettere le condizioni di vita e di lavoro o di invertire l'ascensore sociale. Il Servizio Sanitario Nazionale del nostro Pae-

<sup>35</sup> *Sundsvall Statement on Supportive Environments for Health in Third International Conference on Health Promotion*, Sundsvall, Sweden, 9-15 June 1991.

<sup>36</sup> M. MARMOT, *La salute disuguale*, Roma, 2016.

se, seppure ispirato ai principi dell'universalità, equità e gratuità, non è riuscito ad evitare il riprodursi di forme di disuguaglianza nell'accesso alle prestazioni sanitarie secondo il principio che Hart<sup>37</sup> nel 1971 definì come “*inverse care law*”, vale a dire che la maggiore quantità di risorse assistenziali di migliore qualità tende a concentrarsi là dove le condizioni sociali di vita e salute sono migliori. Le politiche sanitarie possono moderare gli effetti di questo meccanismo provando a diminuire la vulnerabilità, per esempio attraverso i regimi di esenzione dai ticket, o agendo sulle risorse da mettere a disposizione, attraverso una redistribuzione del FSN che tenga conto del livello di deprivazione nelle regioni. Tuttavia, è sempre più evidente che da sole le politiche sanitarie non sono in grado di limitare un fenomeno, quale quello delle disuguaglianze di salute, che trae origine da fattori sociali, economici e culturali. Le politiche non sanitarie, come quelle del lavoro, possono favorire, ad esempio, l'inserimento lavorativo delle persone con limitazioni funzionali, ma anche creare contesti dove i lavoratori più a rischio a causa delle esposizioni lavorative siano adeguatamente protetti. In generale, una società che presenti disuguaglianze di reddito e di istruzione più contenute è una società dove meno si sviluppano disuguaglianze di salute. Politiche redistributive della ricchezza e azioni che favoriscono un livello di istruzione più elevato, ad esempio contrastando la dispersione scolastica (di cui l'Italia ha il triste primato tra i paesi EU)<sup>38</sup>, possono avere un impatto rilevante sulle condizioni di salute di una popolazione. Si pensi alla citata “alfabetizzazione sanitaria”, che indica la capacità di proteggere e gestire la propria salute interpretando correttamente le indicazioni mediche e i messaggi sulla salute delle autorità preposte. Su questo tema si stanno sviluppando sempre più approfondimenti scientifici ed azioni di sanità pubblica a livello nazionale ed internazionale<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> J.T. HART, *The inverse care law in Lancet*, 1, 1971, 405-412.

<sup>38</sup> EUROSTAT, *Early leavers from education and training EU 2017*, [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Early leavers from education and training](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Early_leavers_from_education_and_training) (ultima cons. 11/3/2019).

<sup>39</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. M-POHL – *Who Action Network on Measuring Population and Organizational Health Literacy*, <https://m-pohl.net/> (ultima cons. 11/4/2019).



## Quando l'habitus fa il monaco: mutamenti sociali, stili di vita e disuguaglianze

Stefano Tomelleri\*

WHEN HABITUS MAKE THE MAN: SOCIAL CHANGES, LIFESTYLES AND INEQUALITIES

ABSTRACT: The research question is why poor education is one of the main social determinants of health, as is poverty and social exclusion? The theoretical hypothesis is that education contributes to defining people's lifestyle or habitus. Education allows to build character skills (elements of habitus), such as conscientiousness, emotional stability, openness to experience, perseverance, responsibility. In complex adaptive health systems, the multiple interactions and relationships between people and elements of the system mean that character skills are strategic.

KEYWORDS: Habitus; new public management; techno-scientific progress; disinformation; determinants of health; education

SOMMARIO: 1. I fattori sociali di rischio per la salute e le trasformazioni del Sistema Sanitario Nazionale – 2. Teorie delle disuguaglianze della salute e l'habitus – 3. L'aziendalizzazione dell'offerta sanitaria – 4. Il progresso tecnologico-scientifico – 5. La (dis)informazione medica di massa – 6. Il consumerismo della salute – 7. Conclusioni.

### 1. I fattori sociali di rischio per la salute e le trasformazioni del Sistema Sanitario Nazionale

Studiare le disuguaglianze di salute significa riconoscere che la salute della popolazione non solo è eterogenea, ma che è socialmente condizionata. È oramai ampiamente condivisa la consapevolezza che la salute delle persone è influenzata anche da fattori sociali, o determinanti sociali, e non solo da quelli biologici<sup>1</sup>. Numerosi studi, da punti di vista teorici e metodologici differenti, confermano che il tema delle disuguaglianze di salute non può che essere studiato in modo interdisciplinare, indagando i molti e diversi fattori di rischio che influenzano la salute a livello personale, gruppale, strutturale e ambientale<sup>2</sup>.

Gli studi impegnati nell'indagine delle disuguaglianze di salute nel nostro paese evidenziano una generale capacità del Sistema Sanitario Nazionale (SSN) di contenere, entro margini migliorabili ma ragionevoli, i suddetti fattori di rischio della salute. Sebbene il federalismo regionale stia realizzando differenti modelli di governo e di organizzazione sanitaria tra le varie regioni, e nonostante le risorse

\* Professore ordinario di Sociologia, Università degli Studi di Bergamo. E-mail: [stefano.tomelleri@unibg.it](mailto:stefano.tomelleri@unibg.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

<sup>1</sup> A. RINALDI, M. MARCECA, *I determinanti sociali della salute: che cosa sono e come influenzano la nostra salute?*, in *Riflessioni sistemiche*, 16, 2017, 104-119.

<sup>2</sup> N. KRIEGER, *Theories for social epidemiology in the 21<sup>st</sup> century: an ecosocial perspective*, in *International Journal of Epidemiology*, 30, 2001, 668-677.

impegnate siano tra le più basse registrate nell'UE, il SSN italiano resta uno dei migliori in Europa in termini di efficacia.

Le disuguaglianze di salute nel nostro paese tuttavia esistono e persistono. Esse riguardano, principalmente, l'area geografica, il genere, il reddito e il livello di istruzione. Il dato sorprendente è che nel corso degli ultimi anni, per gli autori del secondo rapporto sulle disuguaglianze sociali in sanità in Italia, è stato stimato che la scomparsa delle disuguaglianze di salute correlate al livello di istruzione porterebbe a una riduzione quasi del 30% della mortalità maschile e circa del 20% di quella femminile<sup>3</sup>. Dello stesso avviso è il più recente rapporto (2018) dell'Osservatorio Nazionale sulla Salute nelle Regioni Italiane dell'Istituto di Sanità Pubblica, Sezione di Igiene, dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

La domanda di questo saggio è perché la scarsa istruzione stia diventando uno dei principali, se non addirittura il principale fattore di rischio della salute, al pari della povertà e dell'esclusione sociale? L'ipotesi è: che nella società contemporanea curarsi richieda ai protagonisti coinvolti appropriati *stili di vita*. Alcuni processi economici, sociali, scientifici e tecnologici hanno profondamente trasformato il sistema sanitario nazionale e la *scena della cura*<sup>4</sup>. Queste mutazioni sociali hanno contribuito ad un incremento esponenziale della complessità del sistema sanitario nel suo insieme e richiedono alle persone alcune "*character skills*"<sup>5</sup>, come coscienza, stabilità emotiva, apertura all'esperienza, anche negativa, perseveranza, responsabilità, che si apprendono nei processi di socializzazione secondaria, durante le diverse fasi del percorso di istruzione, e che concorrono alla costruzione del proprio stile di vita o più precisamente l'*habitus*, che tende a cristallizzare i comportamenti sociali, nonostante i cambiamenti sociali e ambientali.

## 2. Teorie delle disuguaglianze di salute e l'*habitus*

Lo stile di vita di una persona, e più precisamente l'*habitus*, è un fattore di rischio sociale della disuguaglianza di salute. Il primo studio sistematico che ha aperto le ricerche sui fattori sociali della salute è il *Black Report*, che nell'edizione del 1992 ha proposto quattro teorie capaci di spiegare la presenza di un gradiente sociale nelle condizioni di salute delle persone: la teoria dell'artefatto esplicativo, la teoria della selezione naturale e sociale, la teoria delle spiegazioni materialiste, la teoria delle spiegazioni comportamentali.

La *teoria dell'artefatto esplicativo* insiste sui processi di costruzione sociale degli indicatori e delle variabili di disuguaglianza sociale, che rispondono più al bisogno di controllo dei fenomeni sociali che alla reale ricerca di una causalità. Questa teoria dai forti connotati critici ha stimolato un importante dibattito scientifico sull'attendibilità delle variabili da prendere in considerazione e ha permesso di migliorare la qualità esplicativa degli indicatori da utilizzare nella valutazione delle disuguaglianze di salute.

<sup>3</sup> AA. VV., *L'equità nella salute in Italia. Secondo rapporto sulle disuguaglianze sociali in sanità*, Milano 2014.

<sup>4</sup> S. MANGHI, S. TOMELLERI, *Il sapere delle relazioni: immagini emergenti dell'interazione comunicativa nelle pratiche mediche* in G. GUIZZARDI (a cura di), *Star bene: benessere, salute, salvezza tra scienza, esperienza e rappresentazioni pubbliche*, Il Mulino, 2004.

<sup>5</sup> J.J. HECKMAN, T. KAUTZ, *Formazione e valutazione del capitale umano*, Bologna, 2016.

La *teoria della selezione naturale* sociale considera la classe sociale come il frutto di un processo di selezione naturale che permette ai soggetti migliori, anche per condizioni di salute, di accedere alle classi agiate, mentre le persone con le condizioni di salute peggiori tenderebbero a occupare le classi sociali meno abbienti in un percorso di mobilità sociale discendente. La teoria della selezione naturale è stata del tutto confutata, mentre è stato evidenziato esattamente il contrario. Esiste una relazione tra posizione sociale e condizione di salute durante tutto l'arco di vita: soprattutto nei primi anni dell'infanzia, appartenere alle classi sociali più disagiate influenza l'accumularsi di una serie di svantaggi con notevoli implicazioni sulla futura salute<sup>6</sup>.

La *teoria comportamentale* si concentra sulle scelte personali. La responsabilità della salute è della singola persona che assume comportamenti non salutari. Questa teoria tuttavia sovrastima il ruolo delle persone e il loro potere di scelta. Infatti, le scelte sono date all'interno di un ventaglio di possibilità che dipendono sia dalle conoscenze del soggetto che dalle strutture sociali e dai loro vincoli economici. Questo approccio, sebbene abbia ricevuto molte critiche, tende ancora oggi a dominare il dibattito pubblico. Le politiche per la salute rimangono spesso ancorate a una visione individualistica e sono tendenzialmente orientate a modificare i comportamenti dei singoli, sottovalutando gli altri fattori di rischio e soprattutto, come vedremo in seguito, l'*habitus* e i correlati processi di socializzazione. Una spiegazione possibile è che la teoria comportamentale permetta ai decisori politici una più semplice gestione delle problematiche connesse alla salute, senza dove realizzare cambiamenti strutturali, molto più onerosi e complessi da governare nei loro esiti.

Il quarto approccio nella spiegazione della distribuzione della salute nella società contemporanea enfatizza il ruolo dei fattori economici e socio-strutturali. La *teoria materialista*, di matrice marxista, ritiene che la deprivazione economica sia la principale causa del degrado sanitario e di comportamenti insani<sup>7</sup>. Questa spiegazione ha dimostrato la correlazione tra condizione socio-economica e salute, tuttavia nella società contemporanea risulta problematica, soprattutto perché le disuguaglianze sociali, come ad esempio la povertà, hanno una dimensione relativa, che dipende dai regimi di Welfare, dal capitale sociale, dalle risorse culturali delle persone e dai sistemi di tutela dei diritti civili e sociali. Muovendo dall'analisi proposta dal *Black Report* e dalle successive critiche e rielaborazioni scientifiche, è stato evidenziato il principale limite di questi quattro approcci teorici. Il limite è di fornire una lettura restrittiva dei determinanti le condizioni di salute. Altri approcci teorici hanno cercato di colmare questa mancanza esplicativa: la teoria psicosociale, la teoria degli effetti di contesto e l'epidemiologia del corso di vita<sup>8</sup>.

Dall'insieme delle teorie della disuguaglianza della salute emerge che i fattori di rischio per la salute sono riconducibili a diversi livelli tra loro intrecciati. Il luogo dove si vive, le condizioni ambientali, il patrimonio genetico, il reddito, il livello di istruzione, le relazioni sociali, le reti di prossimità, il capitale sociale influenzano considerevolmente le condizioni di benessere di ogni persona. Schematicamente possiamo organizzare i determinanti della salute su tre livelli interconnessi circolarmente. I li-

<sup>6</sup> M. STANDBECK, A. HIJRN, *Social Consequences of Illness*, in *International Journal of Social Welfare*, 16, 2007, 105-126.

<sup>7</sup> D. COBURN, *Beyond the Income Inequality Hypothesis: Class, Neo-Liberalism and Health Inequalities*, in *Social Science and Medicine*, 58, 2004, 41-56.

<sup>8</sup> Per un approfondimento delle teorie sopra richiamate si rimanda a A. GENOVA, *Le disuguaglianze nella salute. Politiche e governance in Italia e in Europa*, Roma, 2008.

velli sono: a) personale: il genere, l'età e i fattori costituzionali; b) macro-sociale, che a sua volta si può distinguere in strutturale (il titolo di studio, la professione o il reddito, il capitale sociale, la rete familiare) ed ecologico o ambientale, cioè le relazioni tra un certo territorio (l'urbanizzazione, le politiche di *welfare*, le politiche sanitarie, le politiche economiche, i processi normativi e culturali) e le condizioni di salute della popolazione che vi risiede; c) grupppale, ovvero la relazione tra lo stile di vita, il proprio gruppo di riferimento e la cura di sé (scelte alimentari, attività fisica, consumo di tabacco, ecc.)<sup>9</sup>.

Nel corso degli ultimi anni, nel nostro paese, tra i principali fattori di rischio, oltre alla provenienza geografica, al genere, al reddito, il livello di istruzione ha assunto un impatto sempre più significativo. La nostra ipotesi è che l'attuale crescente complessità della scena della cura incida in modo significativo sulla dimensione grupppale dei fattori di rischio, e in particolare, come hanno dimostrato Singh-Manoux e Marmot<sup>10</sup>, lo stato di salute dipenda sempre più dall'*habitus* di una persona, che è acquisito attraverso i processi di socializzazione in specifici gruppi di riferimento.

L'*habitus* è una nozione teorica elaborata dal sociologo francese Pierre Bourdieu<sup>11</sup>, secondo il quale il modo di agire sociale di una persona è incorporato dalle norme sociali e dalle condizioni di vita (lavoro, relazioni sociali, contesto ambientale, ecc.) attraverso la socializzazione. Le persone devono una parte delle loro caratteristiche specifiche alla posizione che esse occupano in una struttura sociale (in quanto parti di un tutto), e queste proprietà sono indipendenti dai loro tratti intrinseci e hanno un valore a seconda della posizione che esse occupano nello spazio sociale e in relazione al loro gruppo di riferimento.

L'insieme degli elementi indipendenti dalla singola persona, ma correlato alla sua posizione sociale, è un *habitus*, che è acquisito in maniera duratura attraverso la socializzazione in specifici contesti di interazione di gruppo. Attraverso i processi di socializzazione le persone apprendono come percepire la realtà, come comportarsi, generando degli stili di vita tipici di un determinato gruppo sociale. Sebbene la socializzazione sia un processo che accompagna le persone durante tutto l'arco della vita, l'*habitus* acquisito in un ciclo o fase di vita tende a persistere, cristallizzandosi, anche dopo il cambiamento di norme e di condizioni esistenziali o ambientali. L'*habitus*, direbbe Bourdieu, è un sistema di schemi comportamentali, percettivi e mentali. Esso produce azioni concrete, coerenti relativamente al gruppo di riferimento. Si acquisisce in certe fasi della propria esistenza e tende a perdurare anche di fronte ai cambiamenti. Non si tratta di un modello di comportamento universale, né relativo ad una singola persona specifica, ma è l'elemento distintivo di un contesto sociale che genera aspettative e comportamenti regolari. Prendiamo, per esempio, l'*habitus* di un lavoratore edile: le sue scelte alimentari, l'utilizzo o meno dei dispositivi di sicurezza negli ambienti di lavoro, il consumo di tabacco, l'esposizione ai rischi professionali dipenderanno dalle scelte personali e da ciò che il suo

<sup>9</sup> La complessità dei determinanti di salute è stata schematizzata negli studi di G. DAHLGREN, M. WHITEHEAD, *Policies and Strategies to promote Equity in Health*, WHO Regional Office for Europe, 1991 e successivamente in ID., ID., *Framework for Assessing Health System from Public Perspectives: The Alps Approach*, in *International Journal of Health Services*, 37, 2007, 363-378.

<sup>10</sup> Per un approfondimento della teoria dell'*habitus* applicata alle disuguaglianze della salute si veda il saggio di A. SINGH-MANOUX, M. MARMOT, *Role of Socialization Explaining Social Inequalities in Health*, in *Social Science and Medicine*, 60, 2005, 2129-33.

<sup>11</sup> P. BOURDIEU, *Distinction: A social Critique of Judgement of Taste*, London, 1984.

gruppo di riferimento definisce come comportamenti attesi e regolari. Spesso l'utilizzo dei dispositivi di sicurezza è disincentivato dal gruppo di riferimento che considera certi comportamenti come inappropriati<sup>12</sup>.

Come ha scritto il più importante allievo di Bourdieu, Loïc Wacquant:

(i) l'*habitus* non incapsula un'attitudine naturale ma sociale, quindi fortemente variabile nel tempo, nel luogo, e soprattutto, attraverso le distribuzioni del potere; (ii) è trasferibile a diversi ambiti di pratica, fatto che spiega la grande coerenza ottenuta, per esempio, in diversi contesti di consumo – di musica, sport, cibo, e arredamento, ma anche nelle scelte coniugali e politiche – all'interno e tra individui della stessa classe, fondandone i distintivi stili di vita (...); (iii) è duraturo, ma non statico o eterno: le predisposizioni sono socialmente costruite e possono essere erose, contrastate, o addirittura smantellate da esposizioni a nuove forze esterne, come dimostrano le situazioni di migrazione e formazione specialistica; (iv) eppure è dotato di una inerzia integrata, in quanto l'*habitus* tende a produrre pratiche modellate come conseguenza delle strutture sociali che le hanno generate, anche perché ciascuno dei suoi livelli funziona come un prisma attraverso il quale più tardi le esperienze vengono filtrate, in una sovrapposizione di successivi strati di disposizioni (da qui il peso preponderante degli schemi impiantati nella prima infanzia, tra i quali l'opposizione binaria tra maschile e femminile); (v) l'*habitus* introduce così un ritardo e, talvolta, uno iato, tra le determinazioni passate che l'hanno prodotto e quelle che attualmente lo interpellano<sup>13</sup>.

La teoria dell'*habitus* di Bourdieu permette di interpretare il rapporto tra le strutture sociali, materiali, culturali, comportamentali e i modelli di pensiero e di azioni concreti delle persone. Assumendo l'*habitus* come principio esplicativo in grado di interpretare la relazione dinamica tra le condizioni sociali e le disuguaglianze di salute, si comprende perché l'istruzione, insieme alla formazione, sia così importante. L'istruzione, come hanno dimostrato James J. Heckman e Tim Kautz, concorre alla costruzione di *character skills* specifiche: le capacità cognitive, memoniche, frutto di percorsi scolastici, si integrano con capacità caratteriali come la coscienziosità, lo sviluppo di capacità di autoapprendimento, di responsabilità di fronte a dati di realtà. L'*habitus*, come hanno evidenziato i più recenti studi di sociologia cognitiva<sup>14</sup>, è associato alla parte di cognizione implicita del comportamento umano. Il livello di istruzione non garantisce quindi di per sé una maggiore facilità di controllo del proprio stile di vita, ma favorisce attraverso le sue pratiche la costruzione di un *habitus* con alcune proprietà specifiche, che permettono di interfacciarsi in modo appropriato con un sistema della cura complesso e articolato. Un livello di istruzione elevato tendenzialmente favorisce l'apprendimento di competenze e capacità, come dimostrano alcuni recenti studi di psicologia sociale, che sono un fattore predittivo del successo e della capacità di adattamento di una persona<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> S. TOMELLERI (a cura di), *Uomini di cantiere. Storie di ricerca e formazione alla sicurezza in edilizia*, Milano, 2010; D. PERROTTA, *Vite in cantiere. Migrazione e lavoro dei rumeni in Italia*, Il Mulino, 2011.

<sup>13</sup> L. WACQUANT, *Breve genealogia e anatomia del concetto di habitus*, in ANUAC., 4, 2015, 69.

<sup>14</sup> P. DI MAGGIO, *Culture and cognition*, in *Annual Review of Sociology*, 24, 1997, 263–287; O. LIZARDO, *The Cognitive Origins of Bourdieu's Habitus*, in *Journal for the Theory of Social Behaviour*, 34(4), 2004, 375–401; R. MOORE, *Fast or Slow: Sociological Implications of Measuring Dual-Process Cognition*, in *Sociological Science*, 4, 2017, 196–223.

<sup>15</sup> M. ALMLUND, et. al., *Personality Psychology and Economics*, in E.A. HANUSHEK, S. MACHIN, L. WOESSMANN (a cura di), *Handbook of the Economics of Education* Amsterdam, 2011, 4, 1-181.

Queste abilità caratteriali (perseveranza, coscienziosità, responsabilità, apertura all'esperienza, anche negativa, riflessività), riprendendo la riflessione di Wacquant, permettono alle persone di gestire lo scarto tra le determinazioni passate e quelle che attualmente sono interpellate da un sistema della salute che è ormai gravosamente complesso e in alcuni casi complicato.

Gli studi delle scienze sociali evidenziano quattro processi di mutamento sociale profondi della struttura stessa della scena della cura avvenuti negli ultimi quarant'anni che hanno progressivamente introdotto un crescente livello di complessità: a) l'aziendalizzazione dell'offerta sanitaria; b) il progresso tecnologico e scientifico, c) la diffusione dell'informazione medica di massa e d) il consumerismo della salute, che minaccia la relazione di fiducia tra il i professionisti della salute e i cittadini. Si tratta ora di analizzare ogni singolo processo di trasformazione sociale.

### 3. L'aziendalizzazione dell'offerta sanitaria

Il processo di aziendalizzazione<sup>16</sup> è riconducibile ai determinanti di contesto della salute. Esso indica che principi economici e gestionali si combinano con quelli della pubblica amministrazione e delle professioni nel coordinamento e nel controllo delle attività svolte all'interno delle strutture di erogazione dei servizi sanitari<sup>17</sup>.

L'aziendalizzazione del sistema sanitario nazionale si iscrive nei processi di riforma resi necessari alla fine degli anni '90 del Novecento dall'eccessivo indebitamento pubblico del paese. Si tratta di un programma di razionalizzazione degli apparati amministrativi riconducibile ai principi teorici e gestionali del New Public Management (NPM), che nei paesi anglosassoni aveva preso avvio già negli anni '80 del Novecento<sup>18</sup>. Il NPM prevede: a) la separazione tra indirizzo politico e gestione delle attività e dei processi organizzativi; b) l'esternalizzazione di servizi e la costituzione di aziende di servizi pubblici a cui partecipano anche aziende private; c) il ricorso al mercato e alla concorrenza regolata tra enti pubblici; d) la costruzione di economie di scala nella gestione dei servizi e la costruzioni di centrali per gli acquisti e le forniture; e) la definizione di specifici budget e obiettivi di gestione per l'organizzazione pubblica, e relativo conferimento di autonomie e deleghe di responsabilità manageriali; f) la possibilità di gestione flessibile del personale con contratti a termine; g) la valorizzazione delle risorse umane attraverso sistemi premiali sulla base di risultati organizzativi e individuali; f) la formazione del personale; h) maggior attenzione alla qualità dei servizi ed all'ascolto dei cittadini/utenti, che diventano clienti.

La riorganizzazione aziendalistica dei sistemi sanitari ha comportato profonde trasformazioni economiche, sociali e culturali. Si tratta di una riconfigurazione irreversibile del rapporto tra le persone e le loro organizzazioni, che nell'ambito della sanità assume tratti frenetici, poiché inscindibilmente connesso alla ristrutturazione dell'architettura istituzionale del sistema sanitario nazionale stesso<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Il quadro normativo di riferimento è complesso e articolato: Legge di riordino del SSR – LR 31/1997 modificata da LR 15/1998, 15/1999, 1/2000, 2/2000, 18/2000, 3/2001, 6/2001, 17/2001, 26/2001, 28/2001, Del CR 401/2002 e Del CR 747/2003.

<sup>17</sup> F. DI MASCIÒ, A. NATALINI, *Oltre il New Public Management*, Milano, 2018.

<sup>18</sup> C. HOOD, *The art of the State: Culture, Rhetoric and Public Management*, Oxford, 1998.

<sup>19</sup> R. ALFIERI, *Le idee che nuocciono alla sanità e alla salute*, Milano, 2007.

Numerosi sono i cambiamenti in positivo, soprattutto quando fanno fronte alle vistose inefficienze amministrative, finanziarie e organizzative. Tra i risultati positivi, si segnalano: la riduzione delle liste d'attesa, l'abbreviazione delle degenze, la diffusione dei protocolli di cura, il contenimento degli sprechi, l'avviarsi e l'affermarsi dell'assistenza integrata sul territorio.

Altri cambiamenti sono invece più indicativi di un cambiamento sia dell'identità dei professionisti della salute e dei percorsi di cura, sia di una crescente complessità del sistema nel suo insieme. La riorganizzazione del coordinamento e delle attività sanitarie e la notevole crescita della domanda di salute hanno comportato un esponenziale (e non proporzionale) aumento per i professionisti della salute (manager, medici, infermieri, operatori socio-sanitari, ecc.) della complessità da governare, che spesso richiede competenze non ancora comprese dal sistema formativo. I rischi di una crescente complessità difficilmente governabile sono molteplici<sup>20</sup>. I principali riguardano: a) una deriva verso l'iperburocratizzazione del percorso di cura; b) una progressiva separazione tra la pratica clinica e i modelli gestionali; c) il difficile coordinamento tra servizi ospedalieri e territoriali; d) l'anonimato professionale per la standardizzazione dei percorsi di cura con il correlato rischio di deresponsabilizzazione del personale medico<sup>21</sup>.

Una tra le principali implicazioni del processo di aziendalizzazione sull'*habitus* delle persone è la progressiva riduzione del tempo dedicato dai professionisti alla relazione di cura. Questo problema è posto in evidenza soprattutto dalle professioni infermieristiche, tradizionalmente più attente alla relazione con il paziente e la sua rete di prossimità<sup>22</sup>.

La riduzione del tempo dedicato alla relazione e all'ascolto della persona presa in carico richiede, specialmente nelle comunicazioni di diagnosi negative, una stabilità emotiva e una capacità di adattamento inedite rispetto al passato. Al paziente spesso è chiesto di comprendere la propria diagnosi e di prendere una decisione rispetto alla propria terapia senza un accompagnamento e un orientamento appropriati. Sono queste situazioni critiche che richiedono quelle *character skills* specifiche che si apprendono nei processi di socializzazione scolastica e nei percorsi di istruzione superiore (università, specializzazioni, ecc.).

#### 4. Il progresso tecnologico-scientifico

Il progresso tecnologico e scientifico è un altro fattore di contesto e indica l'aumento delle competenze e delle capacità di intervento dei saperi medici e sanitari, e va di pari passo con la progressiva settorializzazione e frammentazione dei percorsi di cura. Agli inizi degli anni '90 un gruppo di epidemiologi clinici canadesi della McMaster University di Hamilton hanno dato origine a un nuovo approccio scientifico delle scienze mediche, l'Evidence-Based-Medicine (EBM), che è poi stato alla base dell'enorme progresso della medicina.

---

<sup>20</sup> R. LUSARDI, S. MANGHI, *I limiti del sapere tecnico: i saperi sociali nella scena della cura* in G. VICARELLI (a cura di) *Società e salute nel terzo millennio. Il contributo della sociologia della salute e della medicina*, Roma, 2014.

<sup>21</sup> A. PERIN, *Standardizzazione, automazione e responsabilità medica. Dalle recenti riforme alla definizione di un modello d'imputazione solidaristico e liberale*, in questa *Rivista*, 1, 2019, 28.

<sup>22</sup> S. NEWMAN, J. LAWLER, *Managing health care under New Public Management: A Sisyphean challenge for nursing*, in *Journal of sociology*, 24, 2009, 419-432.

L'EBM presuppone l'incremento della ricerca scientifica sulla pratica clinica, la definizione di protocolli e standard di ricerca, che hanno lo scopo di incrementare tra i medici la diffusione delle cure la cui efficacia era dimostrata sulle ultime evidenze in ambito scientifico. Il modello di ricerca principale è quello dei Randomised Controlled Trials (RCTs), inizialmente introdotto per valutare gli effetti collaterali dei farmaci. Questo tipo di ricerca presuppone l'abbinamento casuale dei pazienti alla cura, i gruppi di controllo che ricevono cure diverse e la misurazione quantitativa delle variabili studiate.

L'approccio EBM ha contribuito ad uno sviluppo esponenziale della ricerca scientifica in ambito medico, favorendo la condivisione del modello di ricerca e la produzione di meta-analisi statistiche di valutazione sistematica riguardo alle cure oggetto di analisi. Un effetto di questo processo di trasformazione della ricerca medica è stato la nascita di un enorme database online, la *Cochrane Collaboration*, che contribuì a presentare il metodo EBM come un approccio più professionale e rigoroso.

Il movimento per l'EBM ha da subito rivendicato che questa metodologia era trasferibile in diversi ambiti della sanità. L'innovazione tecnologica e quella farmacologica trovarono un alleato strategico, perché questo metodo garantiva una grande quantità di evidenze per migliorare l'efficacia delle sperimentazioni innovative, che potevano essere applicate su larga scala<sup>23</sup>.

Molti sono stati i benefici di questa profonda innovazione nella ricerca tecnologica e scientifica della medicina<sup>24</sup>: a) una maggior accuratezza e precisione dei test diagnostici (incluso l'esame clinico), b) il potere dei marcatori prognostici, c) la maggior efficacia e sicurezza dei regimi terapeutici, riabilitativi e preventivi; d) la definizione di standard per la pubblicazione degli studi; e) l'istituzione di strutture nazionali e internazionali dedicate alla produzione e diffusione di linee-guida.

Tuttavia, l'EBM ha comportato, più o meno direttamente, anche una serie di aspetti problematici. Questo metodo ha prodotto una serie eccessiva di standard, classificazioni, parametri, linee guida. Spesso le decisioni a tutti i livelli della sanità sono condizionate da questa mole enorme di numeri<sup>25</sup>. Perché i numeri creano l'illusione di poter gestire e valutare in modo neutrale la reputazione dei medici, degli ospedali, delle procedure cliniche, delle nuove tecnologie mediche. Il giudizio basato sul *Metric Power*<sup>26</sup> ha avuto ed ha lo scopo di creare delle gerarchie tra i migliori, i vincitori e i perdenti, mettendo tra parentesi quanto gli standard siano politicamente orientati.

La produzione esorbitante di "numeri" ha contribuito anche all'eccessiva collusione tra industria farmaceutica e ricerca medica, spostando l'oggetto di attenzione dalla persona sofferente alla sua malattia<sup>27</sup>. Altri effetti problematici sono indirettamente correlati al metodo EBM, ma causati dalla specializzazione estrema della tecno-scienza medicina, e sono relativi a inediti dilemmi giuridici ed etici sull'insistenza terapeutica e il fine vita<sup>28</sup>, alla questione dei limiti e della fallibilità del sapere medico,

<sup>23</sup> S. TIMMERMANS, H. OH, *The Continued Social Transformation of the Medical Profession*, in *Journal of Health and Social Behavior*, 51, 2010, 94-106.

<sup>24</sup> D.L. SACKETT, *Evidence-based Medicine Seminars*, in *Perinatology*, 21, 1997, 3-5.

<sup>25</sup> S. TIMMERMANS, S. EPSTEIN, *A world of standard but not a standard world: Toward a sociology of standards and standardization*, in *Annual Review of Sociology*, 36, 69-89.

<sup>26</sup> D. BEER, *Metric Power*, New York, 2016.

<sup>27</sup> T. GREENHALGH, J. HOWICK, N. MASKREY, *Evidence based medicine: a movement in crisis?*, in *British Medical Journal*, 2014 consultabile all'indirizzo: [www.bmj.com](http://www.bmj.com).

<sup>28</sup> Si veda a riguardo nel primo numero di questa *Rivista* – 1, 2014 – la speciale *call for papers* dedicata al tema *Oltre la malattia: il diritto e le nuove concezioni di salute*, e in particolare il contributo di A. D'AIOLA dal titolo

al controllo dell'apparato strumentale e alla genesi di situazioni cliniche dalla prognosi iper-complexa<sup>29</sup>. L'insieme di questi effetti problematici ha reso per la persona malata molto complesso interfacciarsi con il sistema. È indiscutibile che l'innovazione tecnologica ha facilitato, in molti casi, i percorsi terapeutici dei pazienti cronici e acuti, ma la complessità del sistema tecnico-specialistico rischia di trascurare il tempo della relazione, che i pazienti richiedono per una presa in carico complessiva<sup>30</sup>. Anche in questo caso, come per il processo di aziendalizzazione, la principale criticità riguarda il fatto che venga trascurato il tempo necessario alla relazione con il paziente e la sua rete di prossimità, ponendo in secondo piano l'attenzione all'integrità psico-sociale oltre che biologica della persona presa in carico.

## 5. La (dis)informazione medica di massa

La (dis)informazione di massa riguarda la dimensione ambientale della salute. I media e i social media hanno favorito una rapida socializzazione delle informazioni e il conseguente accesso più immediato da parte dei non addetti ai lavori al sapere biomedico<sup>31</sup>. Questo fenomeno ha provocato una trasformazione del rapporto di fiducia tra i professionisti della salute e i cittadini. Le aspettative di salute e di benessere sono pressanti, se non addirittura assillanti e, in alcuni casi, prepotenti<sup>32</sup>. Ai professionisti della salute è sempre più richiesto anche un compito di contro-informazione, rieducazione e ri-orientamento sempre più impegnativo. La crescente possibilità di accedere a informazioni attraverso trasmissioni televisive, pubblicazioni periodiche, siti internet, applicazioni dedicate ai temi della salute è un processo incalzante. Così non stupisce che la *World Health Organization* (WHO) individui tra le cinque competenze necessarie agli operatori sanitari del terzo millennio l'acquisizione di saperi e pratiche *Information and Communication Technologies* per comunicare con il team e con il paziente<sup>33</sup>.

Tuttavia i professionisti della salute riconoscono di reagire *ex post* a variabili comunicative e informative determinate *ex ante* da attori mediatici che hanno l'effettivo controllo sulle informazioni biomediche, che sono emittenti autonomi di informazione e svincolati dalla moderna deontologia medico-scientifica. La pluralità di fonti informative, ma soprattutto la presenza di false notizie creano un contesto di dis-informazione. Si tratta per lo più di falsi miti e di notizie inventate di sana pianta, potenzialmente molto pericolose, quando le persone utilizzano il web per reperire informazioni sulla salute e su specifiche patologie, senza verificare l'attendibilità delle fonti.

---

*Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, dove sono riassunti i principali contenuti dei papers selezionati.

<sup>29</sup> R. LUSARDI, *Corpi, tecnologie e pratiche di cura. Uno studio etnografico in Terapia intensiva*, Milano, 2012.

<sup>30</sup> R. LUSARDI, S. MANGHI, *I limiti del sapere tecnico: i saperi sociali nella scena della cura* in VICARELLI G. (a cura di) *Società e salute nel terzo millennio. Il contributo della sociologia della salute e della medicina*, Roma, 2014.

<sup>31</sup> R. LUSARDI, A. RADIN, S. TOMELLERI, «E» come engagement. *Il coinvolgimento di pazienti e professionisti come fattore di sviluppo dei processi di eHealth*, in *Politiche Sociali/Social Policies*, 2, 2018, 163-178.

<sup>32</sup> S. MANGHI S., *Il medico, il paziente e l'altro*, Milano, 2005.

<sup>33</sup> WHO (2005), *Preparing a Health Care Workforce for the 21st Century. The Challenge of Chronic Conditions*, in [https://www.who.int/chp/knowledge/publications/workforce\\_report/en/](https://www.who.int/chp/knowledge/publications/workforce_report/en/) (retrieved 15 January 2018).

I professionisti della salute si trovano spesso in difficoltà nella gestione dell'interazione quotidiana con il paziente che non sempre è in grado di distinguere l'attendibilità delle sue informazioni sulla salute.

Le innovazioni e i mutamenti delle relazioni iter-professionali e interpersonali generati dall'(dis)informazione di massa rischiano di causare forti disuguaglianze sociali, soprattutto a fronte di significativi dislivelli di istruzione e formazione. Le nuove tecnologie dell'informazione di massa, ad esempio, richiedono anzitutto appositi interventi formativi, con specifici destinatari: i cittadini, che sono abituati ad usare smartphone, tablet e altri devices, ma che ancora non conoscono o non comprendono le implicazioni che le opportunità dell'ICT offrono nel campo della salute; gli informatici, che devono apprendere un nuovo vocabolario, quello sanitario e devono creare nuove sinergie con un diverso mondo altrettanto *Evidence Based*; infine, i professionisti sanitari, che scoprono di avere conoscenze e competenze inadatte ad un mondo d'informazione di massa.

L'introduzione nelle pratiche mediche e sanitarie di nuovi strumenti e dispositivi comunicativi inesorabilmente induce a dei cambiamenti. In primo luogo, il percorso di cura e l'assistenza con i pazienti sono sistematicamente perturbate da un flusso, spesso incontrollato, in alcuni casi contraddittorio di informazioni, creando disorientamento nei pazienti e nelle persone a loro più prossime.

In secondo luogo, i cambiamenti incidono anche sui valori e sul bagaglio di conoscenze e competenze dei professionisti sanitari. La (dis)informazione di massa coinvolge «il lavoro dei singoli operatori nella sua interezza» e richiede «loro la capacità di rileggere la propria professionalità alla luce delle abilità richieste dalle nuove tecnologie»<sup>34</sup> e dalle nuove modalità di accesso e utilizzo delle informazioni nella relazione di fiducia.

## 6. Il consumerismo della salute

Il consumerismo della salute è un fattore di rischio gruppale, relativo agli stili di vita interiorizzati dalle persone. Si tratta nello specifico di una serie di atteggiamenti del paziente più informato, istruito, più riflessivo, esigente e persino più aggressivo: meno fedele al singolo medico, più propenso all'auto-medicazione, alla ricerca di cure alternative e all'utilizzo di nuove tecnologie<sup>35</sup>.

Uno degli effetti del consumerismo nella scena della cura è una maggior medicalizzazione degli stili di vita<sup>36</sup>. Se da un lato, il crescente interesse per il proprio corpo e per la salute sono motivo di un miglioramento generale dello stato di salute, dall'altro si afferma una cultura della cura non sempre appropriata, che troppo spesso richiede una soluzione veloce e non di rado definitiva a situazioni complesse o a problemi che non necessariamente richiedono soluzioni sanitarie.

Un altro effetto del consumerismo della salute è mettere in discussione la relazione di fiducia tra i cittadini e i professionisti del sistema sanitario nazionale, perché comporta una tensione nella rela-

<sup>34</sup> D. NICOLINI, E.A. BRUNI, R. FASOL, *La telemedicina in letteratura*, in S. GHERARDI E A. STRATI (a cura di), *La telemedicina: fra tecnologia e organizzazione*, Roma, 2004, 48.

<sup>35</sup> S.B. COHEN, K.D. GROTE, W.E. PIETRASZEK, F. LAFLAMME, *Increasing consumerism in healthcare through intelligent information technology*, in *The American Journal of Managed Care*, 16, 2010, 37-43.

<sup>36</sup> A.E. FIGERT, *The consumer turn in medicalization: Future directions with historical foundations*, in B.A., PES-COSOLIDO, J.K, MARTIN, J.D., MCLEOD, A., ROGERS, (a cura di), *Handbook of the Sociology of Health, Illness, and Healing*, New York, 2011, 291-308.

zione gerarchica tra chi cura e chi è curato, e in alcuni casi alimenta una vera e propria “sindrome da risarcimento”. La base fiduciaria viene sempre meno data per scontata e i cittadini sentono di poter ricorrere anche a iniziative legali per far valere i propri diritti<sup>37</sup>.

Una conseguenza rilevante per molti medici e professionisti della salute è la pratica della medicina difensiva, l’attenersi a protocolli e linee guida consolidate per non incorre dispute legali. Ma questo atteggiamento difensivo rischia di legittimare regole sociali impersonali, secondo la ricerca di un rapporto legalmente ineccepibile tra medico e paziente.

Il cattivo uso di una cultura della salute e del diritto, inteso come rivendicazione, può trasformare un’importante conquista della società contemporanea in un’ulteriore causa di disuguaglianza nelle condizioni di salute<sup>38</sup>. Le persone, per effetto di una generalizzata incertezza nel rapporto di fiducia con i professionisti della salute, possono essere maggiormente esposte a svantaggi relativi: l’automedicazione, la sovrastima del sapere profano della salute, la consultazione di siti internet per informazioni sanitarie, ecc. I cittadini incorrono nel rischio di non riconoscere i propri limiti e di non avere gli strumenti relazionali e culturali per comprendere quando il professionista è meritevole della propria fiducia.

## 7. Conclusioni

Il processo di aziendalizzazione, il progresso tecnologico-scientifico, la (dis)informazione di massa e il consumerismo della salute concorrono con fenomenologie differenti a rendere la scena della cura complessa da governare per i professionisti, e per i pazienti è sempre più difficile orientarsi, prendere decisioni, modificare i propri comportamenti sociali acquisiti.

Una priorità, ad esempio, è quella di aumentare le capacità di lettura critica e autocritica delle persone, consentendo di riconoscere le fake news diffuse tramite la rete Internet. Emerge inoltre la necessità di ridurre il divario informativo in materia di salute e malattia per migliorare le condizioni di benessere dei cittadini. Da qui l’importanza dell’istruzione tra i fattori di rischio della salute. Perché l’istruzione in generale, come abbiamo visto, concorre alla definizione di *habitus* che producono comportamenti attesi potenzialmente sani e predittivi di capacità adattive.

La character skills di cui tendenzialmente può essere dotato un *habitus* con un elevato livello di istruzione (capacità di autoapprendimento, riflessività, coscienziosità, perseveranza, responsabilità) sono necessarie per apprendere come interfacciarsi con un sistema di cura iper complesso. Tra le inedite capacità sollecitate, ricordiamo: a) una straordinaria capacità di interpretazione delle relazioni sociali, orientamento e un’appropriata alfabetizzazione sanitaria per comprendere come curarsi in una scena della cura specialistica e in alcuni casi frammentata; b) la capacità di prendere delle decisioni su processo di cura con implicazioni etiche, antropologiche, esistenziali inedite rispetto al passato (si pensi al fine vita)<sup>39</sup>; c) la capacità di muoversi in sistema articolato e vario di specialità, servizi sanitari e so-

<sup>37</sup> S. PICKARD, *Citizenship and Consumerism in Health Care: A Critique of Citizens’ Juries*, in *Social Policy & Administration*, 3, 1998, 226–244.

<sup>38</sup> K.J. LINDLEY, D. GLASER D., P.J. MILLA, *Consumerism in healthcare can be detrimental to child health: lessons from children with functional abdominal pain*, in *Archives of Disease in Childhood*, 90, 2005, <http://dx.doi.org/10.1136/adc.2003.032524>.

<sup>39</sup>Cfr. M. FOGLIA, *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, Pisa, 2019.

# Focus

ciali, che richiedono una particolare flessibilità e senso dell'orientamento; d) la capacità di integrare i servizi sociali con quelli sanitari, in modo efficace ed efficiente, sapendo colmare gli inevitabili buchi nella rete dei servizi ad alta specializzazione<sup>40</sup>.

Un alto investimento culturale di lungo periodo può essere una leva strategica per garantire il diritto alla salute. Avviare processi di formazione e istruzione più appropriati rispetto alla mutazioni sociali in corso è cruciale per lo sviluppo delle loro competenze relazionali, critiche e autocritiche, che sono la base di partenza necessaria sia per poter costruire percorsi di educazione alla salute appropriati per far fronte alle attuali sfide della sanità pubblica, sia per concorrere alla costruzione sociale di *habitus* e stili di vita in grado di stare in relazione con i cambiamenti sociali sempre più cogenti e imprevedibili.

In una scena della cura complessa, articolata e specialistica, l'istruzione di una persona è un determinante fondamentale. Di fronte alla rapida diffusione delle tecnologie digitali, dell'informazione di massa, di stili consumistici nella relazione con i medici e gli operatori sanitari, il livello di competenze dei cittadini si dimostra spesso non ancora adeguato in considerazione delle opportunità e dalla criticità emergenti dalle trasformazioni in corso. Se la complessità della scena della cura richiede nuove competenze ai professionisti della salute, al paziente e alla sua rete di prossimità sono richieste inedite capacità di orientamento, interpretazione, scelta e decisione, mai banali.

<sup>40</sup> Cfr. R. LUSARDI, S. TOMELLERI, *Tra i meandri della rete. Uno studio qualitativo sulle raffigurazioni simboliche della rete di cure palliative di Bergamo*, in *Rivista italiana di cure palliative*, 4, 230-239.

## The commodification of health care. Salute, mercato ed equità nel sistema sanitario inglese

Lucia Busatta\*

THE COMMODIFICATION OF HEALTH CARE. HEALTH, MARKET AND EQUITY IN THE ENGLISH NATIONAL HEALTH SERVICE

ABSTRACT: In the 70th anniversary of the foundation of the National Health Service (NHS), the essay aims at tackling the most important features of universalism in the granting of healthcare. Both Italy and the UK chose to adopt a public health service based on the principle of solidarity and equity in access to services. In England, a deep reform has profoundly changed the face of the NHS, bringing market into health services. After analysing the criticalities of the 2012 Act, the article addresses the problems that Brexit will signify for the granting of services within the NHS. The paper concludes suggesting that the enforcement of the principle of solidarity, in the light of Sir William Beveridge's original project could serve the scope to help the NHS to face the sustainability crisis it is passing through.

KEYWORDS: National Health Service; right to healthcare; resource allocation; Brexit; solidarity

SOMMARIO: 1. I sistemi sanitari universalistici: origini e anniversari – 2. Il servizio sanitario inglese: la difficile realizzazione del sogno di sir William Beveridge – 3. *The commodification of healthcare*: la riforma del 2012 e le difficoltà della sanità inglese – 3.1. I tratti essenziali della riforma sanitaria del 2012 – 3.2. Le criticità e gli obiettivi mancati – 4. Le prossime sfide per la sanità inglese: tra Brexit e spinte anti-solidaristiche – 5. Conclusioni: la sostenibilità della salute, tra solidarietà e identità Introduzione.

### 1. I sistemi sanitari universalistici: origini e anniversari

**M**entre, nel 2018, nel nostro Paese si celebravano i settant'anni della Costituzione repubblicana e il quarantesimo anniversario del Servizio sanitario nazionale, in Inghilterra il National Health Service (NHS) compiva i suoi primi sette decenni di vita<sup>1</sup>.

Il servizio sanitario universalistico d'Oltremania, la cui cifra essenziale consta nella garanzia di eguaglianza in punto d'accesso alle prestazioni mediche e nella tendenziale gratuità delle stesse, si finanzia attraverso il sistema fiscale ed è, quindi, ispirato ad una logica solidaristica, in base alla quale ciascuna persona contribuisce, per mezzo della tassazione generale, al finanziamento del sistema sanitario che, a sua volta, redistribuisce le risorse secondo i bisogni individuali in forma di prestazioni sanitarie.

\* *Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Padova. E-mail: [lucia.busatta@unipd.it](mailto:lucia.busatta@unipd.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

<sup>1</sup> In argomento v. G. MACIOCCO, *I 70 anni del NHS*, in *Saluteinternazionale.info*, 28 maggio 2018.

Tale sistema, come è noto, è servito da modello per il legislatore italiano che nel 1978 ha dato diretta attuazione, attraverso la legge istitutiva del servizio sanitario nazionale (legge n. 833 del 1978), ai principi personalistico, di eguaglianza e di solidarietà nella garanzia del diritto costituzionale alla salute. L'abbandono del sistema mutualistico a favore di quello universalistico fu, però, un'ipotesi valutata già durante i lavori dell'Assemblea costituente. All'epoca, tuttavia, non si raggiunse il consenso necessario a consentire l'inserimento di un riferimento alle caratteristiche proprie del sistema sanitario all'interno del testo dell'art. 32 della Costituzione<sup>2</sup>. Ciononostante, gli ideali e i principi su cui si fonda la scrittura della norma costituzionale sul diritto alla salute testimoniano la volontà di imprimere un netto stacco rispetto all'esperienza precedente, anche in termini di assistenza sanitaria<sup>3</sup>. Dalla convergenza tra i principi su cui si regge il nostro testo costituzionale, non si può che dedurre che la miglior attuazione possibile della tutela del diritto alla salute non può che realizzarsi per mezzo di un servizio sanitario universalistico<sup>4</sup>. Era questa l'idea dei costituenti, i quali, peraltro, conoscevano bene la coeva esperienza dell'Inghilterra, ove il 6 novembre 1946 era stato approvato il National Health Service Act e ci si accingeva ad attuare la riforma sanitaria universalistica, che entrò poi in vigore il 5 luglio 1948.

Anche sulla scia di questo intreccio di ricorrenze e di principi, dunque, è importante prendere in esame, proprio a partire dalle sue prime fasi di vita, i tratti essenziali del servizio sanitario universalistico inglese<sup>5</sup>, il suo affermarsi quale modello di equità anche oltre i confini europei e le criticità che

<sup>2</sup> Bisogna però sottolineare che le obiezioni più forti riguardavano il fatto che l'organizzazione del sistema sanitario e la sua struttura non fossero una questione da far rientrare nel nuovo testo costituzionale, essendo piuttosto considerate quali problematiche di natura amministrativa. Alcune obiezioni giunsero, poi, anche in riferimento al rapporto tra centro e periferia e alle difficoltà che sarebbero potute derivare, in termini di rapporti tra Stato, Regioni ed Enti locali, nel caso in cui l'organizzazione sanitaria fosse stata riservata in via esclusiva ad uno degli enti territoriali costitutivi della Repubblica. Si veda, a riguardo, l'intervento dell'on. Corbino durante la seduta del 24 aprile 1947: «Credo che noi non possiamo vincolare l'ordinamento sanitario del Paese per tutta la durata della Costituzione alla determinazione di un organo centrale e alla determinazione della competenza degli organi locali. In qualsiasi compito dello Stato sorge un problema di coordinamento al centro e di distribuzione capillare alla periferia». In argomento, anche per ulteriori riferimenti, cfr. R. BALDUZZI, G. CARPANI, *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, 22 ss. e 55 ss.

<sup>3</sup> Significativo, a riguardo è l'intervento dell'on. Cavallotti, durante i lavori dell'Assemblea costituente (seduta del 22 aprile 1947), il quale a riguardo cita proprio la coeva esperienza inglese: «Io direi che è sostanzialmente uno: quello di garantire la sicurezza sanitaria della popolazione su una base di solidarietà. Badate, che il concetto assicurativo ha ancora in sé qualche cosa di egoistico. Il concetto di solidarietà è qualche cosa di molto più avanzato del concetto assicurativo, perché esso pretende una fusione fra classe e classe, fra categoria e categoria, fra sano ed ammalato. Se noi vogliamo dare uno sguardo panoramico mondiale alla situazione, possiamo vedere come la questione è stata risolta dalle altre Nazioni, come questo problema della salute è stato risolto, perché, non si sta male soltanto in Italia. (...) guardiamo pure verso occidente, guardiamo all'Inghilterra, per esempio. Questo paese ha creduto di risolvere, o ha risolto, il problema della salute del suo popolo, costituendo un servizio sanitario nazionale e cioè mettendo tutti i sanitari a servizio dello Stato».

<sup>4</sup> Circa il legame tra realizzazione del diritto alla salute e sistema sanitario si consentito rinviare a L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, Torino, 2018, in particolare 8 ss.; recentemente anche G. BIANCO, *Persona e diritto alla salute*, Milano, 2018, 151 ss.; in termini più ampi si veda anche R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007, *passim*; A. CROSETTI, *Il servizio sanitario. Profili organizzativi*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e Sanità*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, IV, Milano, 2010, 153 ss.; R. BALDUZZI, G. CARPANI, *op. cit.*

<sup>5</sup> Bisogna subito precisare che, per effetto della *devolution*, nel Regno Unito si distinguono oggi quattro differenti sistemi sanitari, uno per ciascuno dei territori "devoluti", ossia Inghilterra, Scozia, Irlanda del Nord e Gal-

sta oggi attraversando. Queste ultime, in particolare, si dimostrano paradigmatiche di alcune difficoltà che accomunano gli ordinamenti occidentali e possono perciò fornire, anche in prospettiva comparata, un'utile lezione sugli strumenti a disposizione dei contemporanei sistemi giuridici democratici per fronteggiare la complessità di momenti di crisi che coinvolgono diverse dimensioni del vivere sociale.

L'orientamento verso politiche improntate sempre più a logiche di mercato, così come la strumentalizzazione che i tratti identitari del sistema sanitario hanno avuto nel dibattito pre-referendario sulla Brexit forniscono, da questo punto di vista, una valida rappresentazione di alcune significative problematiche che la garanzia del diritto alla salute attraversa nel mondo contemporaneo. In primo luogo, tali dinamiche evidenziano la difficile sostenibilità (non solo) economica di un sistema sanitario interamente pubblicistico, profilo che determina la necessità di interventi normativi che sappiano temperare le esigenze di adeguatezza nella risposta ai bisogni alle complessità della gestione dei rapporti tra pubblico e privato in un servizio pubblico strategico tanto per la popolazione quanto per i governanti. In secondo luogo, il vento nazionalista e anti-europeista che sta sferzando il vecchio continente trova, negli scricchiolii del principio solidaristico, nelle politiche di austerità imposte dalla crisi economica globale e negli inevitabili mutamenti sociali derivanti dai flussi migratori anche intra-europei una importante spinta alimentatrice che si misura sulla garanzia dei diritti sociali e, in modo particolare, nel settore sanitario.

## 2. Il servizio sanitario inglese: la difficile realizzazione del sogno di sir William Beveridge

Proprio nel periodo in cui il secondo conflitto mondiale raggiungeva la propria acme, nel novembre del 1942, sir William Beveridge presentava al Parlamento un documento dal titolo *Social Insurance*

---

les. Nonostante essi siano accumulati dall'impianto originario di matrice universalistica, nel corso dei due decenni dall'attuazione dell'«assetto istituzionale diversificato» (A. ZORZI GIUSTINIANI, *La metamorfosi dello Stato unitario: "décentralisation" francese e "devolution" britannica a confronto*, in *Le Regioni*, 2-3, 2006, 312), l'organizzazione sanitaria è andata progressivamente differenziandosi a livello territoriale. Il presente scritto avrà principalmente ad oggetto il sistema sanitario inglese e la relativa riforma del 2012. In termini generali, sulla *devolution* cfr. N. BURROWS, *Devolution*, Londra, 2000; P. LEYLAND, *L'esperienza della devolution nel Regno Unito: uno sconvolgimento dell'assetto costituzionale?*, in *Le Regioni*, 2, 2000, 341; A. TORRE, «On devolution». *Evoluzione e attuali sviluppi delle forme di autogoverno nell'ordinamento costituzionale britannico*, in *Le Regioni*, 2, 2000, 203; A. TORRE, *La devolution dei poteri, nuovo punto di accesso all'Unione europea? Note per una ricerca sul caso britannico*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale Comune europeo*, I, II, Napoli, 2002, 729; I. RUGGIU, *Devolution scozzese quattro anni dopo: the bones... and the flesh*, in *Le Regioni*, 5, 2003, 737; A. Torre (a cura di), *Processi di devolution e transizioni costituzionali negli Stati Uniti (dal Regno Unito all'Europa)*, Torino, 2007; S. PAROLARI, *Il Regionalismo inglese: the dark side of devolution*, Padova, 2008. Sull'impatto della *devolution* sull'organizzazione sanitaria si vedano, *inter multis*, L. COLIN, *The NHS after devolution. Will have an even sharper focus on health inequalities*, in *British Medical Journal*, 318, 1999, 1155; S.L. GREER, *Four Way Bet: How devolution has led to four different models for the NHS*, Londra, 2004, *passim*; S.E. MASLIN-PROTHERO, A. MASTERTON, K. JONES, *Four parts or one whole: The National Health Service (NHS) post-devolution*, in *Journal of Nursing Management*, 16, 2008, 662 ss.; C. CASONATO, C. PICIOCCHI, *Devolution, Diritti, Identità: la tutela della salute tra asimmetrie ed esigenze di uniformità*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria: spunti e materiali per l'analisi comparata*, Bologna, 2009, 51 ss.

*and Allied Services*. Si trattava di un dossier di vasto spettro, commissionato al parlamentare da parte del primo ministro Churchill, con lo scopo di mappare l'intero settore della sicurezza sociale in Inghilterra e di proporre raccomandazioni sul miglioramento dei servizi e sugli accorgimenti da adottare nella fase della ricostruzione che sarebbe seguita al conflitto<sup>6</sup>.

In un corposo rapporto vennero quindi tracciati i tratti essenziali di quello che sarebbe divenuto il modello pubblico di sanità e di sicurezza sociale d'Oltremania, che negli anni a seguire si impose anche quale modello per ogni altro ordinamento che scelse di abbracciare il sistema sanitario universalistico<sup>7</sup>.

Il Beveridge Report si fonda su di una triade di principi guida dal contenuto tanto semplice quanto di complessa realizzazione. In primo luogo, proprio l'esperienza della guerra è indicata quale occasione di rivoluzione, di profonda riconsiderazione dei punti di riferimento, per il miglioramento dell'esperienza umana («A revolutionary moment in the world's history is a time for revolutions, not for patching»). In secondo luogo, la riorganizzazione della sicurezza sociale del Paese viene considerata quale opportunità per costruire una politica onnicomprensiva di progresso sociale. In questo senso, un solido sistema di sicurezza sociale rappresenta la prima arma contro uno dei «cinque giganti sulla strada della ricostruzione», il Bisogno. Gli altri quattro vengono identificati nella Malattia, nella Ignoranza, nella Miseria e nell'Indolenza<sup>8</sup>.

In terzo luogo, infine, si sottolinea l'irrinunciabilità di una cooperazione tra Stato e individuo: l'apparato pubblico deve offrire un sostegno concreto alla persona, senza però comprimere il senso di responsabilità, le opportunità e gli incentivi. L'individuo, pur protetto dalla garanzia di un minimo esistenziale da parte dello Stato, deve poter essere messo nelle condizioni di agire per migliorare lo stato di benessere proprio e della propria famiglia.

Con specifico riguardo alla sanità e alla tutela della salute, si prevede che ciascun cittadino abbia diritto all'assistenza medica da parte di un servizio sanitario nazionale, istituito presso il Ministero della Salute. Si tratta della prima teorizzazione di un sistema sanitario universalistico, basato sulla fiscalità generale e capace di garantire un accesso equo ai servizi a ciascuna persona, indipendentemente dal suo reddito o dalla propria condizione sociale.

L'impostazione e la logica alla base di un sistema così impostato si possono ben comprendere se si tengono in considerazione il peso e l'influenza che la drammatica (e ancora viva) esperienza delle devastazioni provocate dalla guerra possano aver esercitato sul disegno di un'assistenza sanitaria universalistica. Presupposto necessario per garantire il funzionamento del sistema è il dato contributivo: ogni cittadino deve partecipare, secondo le proprie capacità reddituali, al sistema fiscale. Redistribuire in modo solidaristico gli introiti, seguendo la logica della risposta ai bisogni della popolazione, sarà, poi, compito delle istituzioni statali e di un efficace apparato amministrativo.

<sup>6</sup> Per alcune note, dell'epoca, sul lavoro della Commissione presieduta da Beveridge, cfr. L. WOLMAN, *The Beveridge Report*, in *Political Science Quarterly*, 58, 1943, 1 ss.

<sup>7</sup> W. BEVERIDGE, *Social Insurance and Allied Services*, report to Parliament, novembre 1942.

<sup>8</sup> Vale la pena di citare il passaggio letterale in inglese del report, per il vigore comunicativo che esso esprime: «[...] Social insurance fully developed may provide income security; it is an attack upon Want. But Want is one only of five giants on the road of reconstruction and in some ways the easiest to attack. The others are Disease, Ignorance, Squalor and Idleness». W. BEVERIDGE, *op. cit.*, 6.

Nonostante le raccomandazioni espresse nel Beveridge Report possano apparire utopistiche, soprattutto in considerazione del contesto storico e sociale nel quale venivano pubblicate, il Parlamento di Westminster non indugiò nel cercare di dare ad esse attuazione, almeno per la parte dedicata all'assistenza medica<sup>9</sup>. Il 7 novembre del 1946 veniva quindi approvato il National Health Service Act, fondato sull'idea di Beveridge per cui un servizio sanitario tendenzialmente gratuito e accessibile a tutti avrebbe contribuito alla costruzione della libertà individuale e al benessere dell'intero corpo sociale<sup>10</sup>. L'atto normativo – fatta salva l'indicazione di alcuni principi di carattere generale per l'accesso individuale ai servizi per la salute – si incentra principalmente sugli strumenti di carattere organizzativo e amministrativo volti a realizzare un'equa distribuzione delle risorse sul territorio e tra gli utenti. A tal fine, viene disegnato un sistema molto articolato che si fonda su un intenso decentramento territoriale.

Proprio quest'ultimo elemento rappresenta il perno intorno al quale hanno ruotato le principali riforme che negli anni si sono susseguite, fino ad arrivare al più contestato intervento del 2012, approvato dopo un lunghissimo periodo di gestazione.

### 3. The commodification of healthcare: la riforma del 2012 e le difficoltà della sanità inglese

Con il termine *commodification* si fa comunemente riferimento ad un procedimento di mercificazione o di privatizzazione che, nel caso della sanità, sta caratterizzando molti sistemi sanitari, stretti tra le ristrettezze imposte dalla limitatezza delle risorse pubbliche a disposizione e i crescenti costi delle prestazioni e delle tecnologie sanitarie<sup>11</sup>. Proprio la ricerca di una migliore sostenibilità economica dei servizi per la salute ha portato il legislatore inglese, nel 2012, ad adottare una profonda riforma dell'organizzazione sanitaria, che ha aperto in modo decisivo l'approvvigionamento dei servizi e delle prestazioni sanitarie al mercato privato<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> G. PERAZZOLI, *Contro la miseria*, Roma-Bari, 2014, 22 ss., ove si dà anche conto della circolazione del documento in altri Paesi europei, fra i quali l'Italia.

<sup>10</sup> Appare molto suggestiva, a tal proposito, la "lettura" del NHS Act proposta da una prospettiva statunitense: *Safeguards for the Rights of Patient and Doctor under a National Health Program. The British National Health Service Act of 1946*, in *The Yale Law Journal*, 60, 1951, 1157 ss.

<sup>11</sup> L'espressione è diffusamente utilizzata in letteratura. Con specifico riguardo al contesto statunitense e alle implicazioni di carattere etico e relazione della mercificazione della sanità cfr. E.D. PELLEGRINO, *The Commodification of Medical and Health Care: The Moral Consequences of a Paradigm Shift from a Professional to a Market Ethic*, in *The Journal of Medicine and Philosophy: A Forum for Bioethics and Philosophy of Medicine*, 24, 1999, 243 ss. In argomento v. anche A. PETERSEN, S. HENDERSON, *Consuming health: the commodification of health care*, London-New York, 2009; I. CHRISTIANSEN, *Commodification of Healthcare and Its Consequences*, in *World Review of Political Economy*, 8, 2017, 82 ss.

<sup>12</sup> Si tratta di un percorso che ha visto il suo esordio con le riforme poste in essere durante il periodo thatcheriano e culminato con l'approvazione nel 1990 del *National Health Service and Community Care Act*, con cui è stato introdotto il concetto di mercato interno, *internal market*, volto ad aumentare la qualità e l'efficienza dell'NHS tramite l'introduzione di principi di competizione tipici del libero mercato. Si tratta di un modello che vede da una parte i *purchaser*, composti dai *General Practice Fundholding* (i medici di base) e gli *Health Authority*, che fungono da "acquirenti" dei servizi sanitari a nome dei loro pazienti, e dall'altra i *provider*, gli ospedali (NHS Trust), organizzati come strutture semi-indipendenti, con l'obiettivo di fornire i servizi sanitari richiesti dai *purchaser*. Cfr. M. GORSKY, *The British National Health Service 1948–2008: a review of the historiography*, in *Social History of Medicine*, 21, 2008, 437 ss. Sull'evoluzione del NHS, anche con riguardo alle

La legge denominata Health and Social Care Act venne approvata in via definitiva dal Parlamento di Westminster nel marzo 2012, dopo anni di intenso e divisivo dibattito<sup>13</sup>. Il testo normativo ottenne il Royal Assent il 27 marzo 2012 ed entrò in vigore il 1° aprile 2013<sup>14</sup>.

Le ragioni che resero tanto complesso il percorso di approvazione del progetto di riforma del servizio sanitario inglese e che coincidono con le principali criticità rilevate anche all'indomani della sua approvazione risiedono principalmente nel sostanziale snaturamento dell'universalismo che, dal secondo dopoguerra in poi, aveva costituito la linfa della sanità inglese. Nonostante alcune forme di moderata e parziale privatizzazione della sanità inglese fossero state portate avanti anche negli anni precedenti, a partire dagli anni thatcheriani, è con quest'ultimo intervento normativo che il principio universalista sembra essere messo maggiormente alla prova<sup>15</sup>. L'obiettivo di garantire una migliore tenuta economica dell'organizzazione sanitaria d'Oltremania, in altre parole, ha condotto ad una graduale trasformazione dell'assetto del NHS che, per effetto della riforma del 2012, presenta oggi un carattere ibrido: se la logica della risposta ai bisogni della popolazione rappresentava, prima (in linea con il progetto di Sir Beveridge), l'anima del servizio, le austerità imposte dalla crisi economica globale e la progressiva difficoltà di far fronte ai crescenti costi delle tecnologie e delle prestazioni mediche hanno portato il legislatore a rimaneggiare la "macchina" della sanità<sup>16</sup>.

### 3.1. I tratti essenziali della riforma sanitaria del 2012

Pur non avendo completamente perso la propria struttura universalistica, il perno del sistema sanitario ruota oggi intorno al concetto di razionamento delle risorse e della loro allocazione, secondo uno schema fondato su evidenti logiche di mercato.

Senza poter entrare, in questa sede, nei singoli dettagli della riforma (che richiederebbero una completa ricostruzione del sistema attuale in raffronto con l'archetipo organizzativo precedente<sup>17</sup>), sia

---

riforme degli anni Ottanta, Novanta e seguenti, cfr. R. LOWE, *The Welfare State in Britain since 1945*, III ed. Basingstoke, 2005, *passim*.

<sup>13</sup> Si pensi che i primi documenti che presentavano il progetto di riforma sanitaria sono stati pubblicati nel 2010, all'indomani delle elezioni del 6 maggio 2010, che consegnarono la maggioranza dei seggi parlamentari al partito conservatore allora guidato da David Cameron. Cfr. DEPARTMENT OF HEALTH, *Equity and excellence: Liberating the NHS. Presented to Parliament by the Secretary of State of Health by Command of Her Majesty*, July 2010. Sul punto v. A.C.L. DAVIES, *This Time, it's for Real: The Health and Social Care Act 2012*, in *The Modern Law Review*, 76, 2013, 564 ss.

<sup>14</sup> Il testo e l'iter legislativo sono consultabili all'indirizzo web <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/7/contents>.

<sup>15</sup> Per una puntuale ricostruzione delle riforme sanitarie che hanno caratterizzato il NHS cfr. M. GORSKY, *op. cit.*

<sup>16</sup> Esprime alcune criticità riguardo agli strumenti utilizzati per far fronte a queste oggettive criticità, soprattutto con riguardo ai servizi per la salute mentale, N. GLOVER-THOMAS, *The Health and Social Care Act 2012: The emergence of equal treatment for mental health care or another false dawn?*, in *Medical law international*, 13, 2013, 279 ss.

<sup>17</sup> Per alcuni più completi riferimenti sia consentito rinviare a L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, Torino, 2018, in particolare 110 ss. Si vedano anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La riforma del NHS inglese. Evoluzione o rivoluzione?*, in A. PIOGGIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. RACCA, M. DUGATO (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Santarcangelo di Romagna, 2011, 167-190; A.C.L. DAVIES, *op. cit.*, 564 ss.; V. CHICO, T. HERVEY, R. STIRTON, A. WARREN-JONES, *Markets and Vulnerable Patients: Health Law After the 2012 Act*, in *Medical Law Review*, 22, 2014, 157 ss.; M. EXWORTHY, R. MANNION, M. POWELL, *Dismantling the NHS?: Evaluating the Impact of Health Reforms*, Bristol, 2016.

consentito illustrare brevemente il fulcro dell'intervento normativo. Sino al 2012, la responsabilità per l'allocazione delle risorse finanziarie destinate dal Governo alla sanità restava in capo alle Strategic Health Authorities e ai Primary Care Trusts, gli enti amministrativi che a livello territoriale garantivano le prestazioni sanitarie, individuando le priorità e distribuendo le risorse<sup>18</sup>. Con la riforma del 2012 tali organismi sono stati sostituiti dai Clinical Commissioning Groups (CCGs), consorzi di medici di famiglia, ai quali è attribuito il compito di decidere sulle priorità cliniche, sull'allocazione delle risorse nel NHS e sull'approvvigionamento dei servizi necessari, anche avvalendosi del libero mercato<sup>19</sup>.

Il principale aspetto problematico – sotto il profilo della garanzia dell'universalismo e della sostenibilità complessiva dell'accesso alle prestazioni sanitarie da parte degli utenti – risiede nel fatto che tali consorzi non sono enti amministrativi, a differenza dei soggetti precedenti. Ad essi è affidata la gestione della gran parte dei fondi sanitari che servono per la garanzia della sanità di base, delle cure specialistiche, ospedaliere e domiciliari, commissionate a *providers* sulla base di accordi stipulati direttamente dal singolo CCG.

Di fatto, per effetto della riforma, i fornitori di servizi sanitari, pubblici o privati, sono posti sullo stesso livello, poiché il HSC Act 2012 (artt. 81-110) ha previsto il requisito della licenza al fine di essere individuati quali *providers* e poter ricevere, quindi, la commissione da parte del CCG per la realizzazione della prestazione sanitaria di secondo livello. La principale criticità di questo sistema risiede nel fatto che i CCG, pur dovendosi attenere alle linee guida cliniche nazionali elaborate dal National Institute for Clinical Excellence (NICE)<sup>20</sup> e pur dovendo rispettare alcuni parametri stabiliti dal legislatore, hanno una sostanziale libertà di decisione nell'allocazione delle risorse loro attribuite e nella scelta dei fornitori.

A questo profilo si aggiunge un ulteriore elemento: mentre in precedenza i Primary Care Trusts erano enti amministrativi responsabili per la garanzia di prestazioni sanitarie per tutta la popolazione resi-

<sup>18</sup> Le *Strategic Health Authorities* erano organismi amministrativi territoriali, responsabili per l'attuazione delle direttive e degli indirizzi di politica fiscale impartiti a livello regionale dal Ministero della Salute.

I Primary Care Trusts erano organismi amministrativi territoriali del National Health Service, equivalenti alle nostre Aziende Sanitarie Locali. Esse erano responsabili per la gestione dei servizi sanitari primari, secondari e di comunità, individuando i bisogni sanitari nell'area di competenza e decidendone le priorità. Complessivamente, essi gestivano circa l'80 % del fondo sanitario. Per un efficace ritratto della configurazione del NHS prima della riforma del 2012 v. J. HERRING, *Medical Law and Ethics*, Oxford, 2012, 42 ss.

<sup>19</sup> Secondo quanto previsto dall'art. 10 del Health and Social Care Act 2012, a Clinical Commissioning Groups è affidata «the function of arranging for the provision of services for the purposes of the health service in England in accordance with this Act». Sostanzialmente, essi sono responsabili per l'allocazione delle risorse sanitarie nel NHS e per la loro realizzazione a livello territoriale. Per alcuni dati e ulteriori dettagli su questa riforma cfr. D.I. BENBOW, *Juridification, new constitutionalism and market reforms to the English NHS*, in *Capital and Class*, giugno 2018, in particolare 9 ss.

<sup>20</sup> Il National Institute for Clinical Excellence (NICE) è autorità sanitaria, istituita nel 1999, con il compito di monitorare le prestazioni sanitarie erogate a livello locale e puntare a ridurre le differenze territoriali nell'accesso alle cure per gli utenti del NHS. A tal fine, l'autorità emana linee guida e raccomandazioni per orientare i Primary Care Trusts (prima) e i Clinical Commissioning Groups (oggi) nella garanzia dei servizi sanitari e nella previsione delle priorità e dei criteri allocativi. Sul ruolo di NICE all'interno del sistema sanitario inglese cfr., *inter multis*, S. SMITH, *NICE: a panacea for the NHS?*, in *British Medical Journal*, 318, 1999, 823 ss.; K. SYRETT, *Nice work? Rationing, Review and the "legitimacy problem" in the new NHS*, in *Medical Law Review*, 2002, 10, 1.

dente nel territorio di competenza, ora i Clinical Commissioning Groups possono destinare le risorse e le decisioni solamente agli utenti del NHS iscritti alla lista dei pazienti del medico di medicina generale appartenente al consorzio, con l'evidente esclusione di coloro che non risultano iscritti al servizio e con inevitabili e rilevanti disparità territoriali nella garanzia delle prestazioni sanitarie<sup>21</sup>.

Questi brevi cenni alle caratteristiche principali della riforma sanitaria del 2012 consentono di comprendere per quale ragione la ristrutturazione complessiva del NHS sia stata aspramente criticata e sia stata tacciata di aver contribuito ad un progressivo smantellamento del servizio sanitario universalistico, così come ideato a metà del secolo scorso da sir William Beveridge<sup>22</sup>.

### 3.2. Le criticità e gli obiettivi mancati

Come è stato sinora evidenziato, l'obiettivo perseguito dal governo conservatore, che si era reso promotore della riforma, consisteva nel migliorare la sostenibilità del sistema sanitario e di permettere una più efficiente allocazione delle risorse, soprattutto in considerazione della progressiva crescita della spesa sanitaria.

L'effetto complessivo dell'intervento normativo e le modifiche intervenute, invece, hanno contribuito, nei fatti, a snaturare l'universalismo che ispirava la struttura originaria del NHS e ad aumentare le disuguaglianze sociali e territoriali nell'accesso alle prestazioni sanitarie per gli utenti del servizio stesso.

Il progressivo depotenziamento dell'universalismo e della gratuità del sistema sanitario inglese si è compiuto, in questi anni, essenzialmente in due direzioni. Da un lato, l'apertura alla concorrenza e al mercato non ha contribuito ad elevare gli standard di garanzia delle prestazioni sanitarie e la loro qualità, ma ha – al contrario – contribuito ad esacerbare la frammentazione dei servizi e la disparità soggettiva e territoriale nell'accesso alle prestazioni. In secondo luogo, le esigenze legate alla regolazione del mercato della sanità hanno condotto ad una più intensa giuridificazione del settore sanitario, sottraendolo, almeno in parte, al controllo dell'amministrazione e all'esercizio della discrezionalità tecnica e politica.

Quanto al primo profilo, l'apertura della sanità alle logiche di mercato presenta alcune non trascurabili criticità, in considerazione della "specialità" del bene oggetto di scambio, ossia la salute umana. A riguardo, si è rilevato come la fornitura di servizi pubblici (e, fra questi, dei servizi sanitari) non possa essere – per propria natura – completamente soggetta alle forze del mercato. Il National Health Service, quale sistema sanitario universalistico, si fonda sui principi di eguaglianza e di redistribuzione solidaristica delle risorse, in modo da allocare i servizi in modo equo per rispondere ai bisogni delle persone<sup>23</sup>. Tali caratteristiche rendono evidente quanto la vocazione universalistica della sanità difficilmente possa conciliarsi con i meccanismi sottesi al regime di libero mercato e alla concorrenza. Nonostante le ragioni alla base della riforma del 2012 fossero improntate ad un generale migliora-

<sup>21</sup> Descrive molto chiaramente questi aspetti problematici A.C.L. DAVIES, *op. cit.*, 568 ss.

<sup>22</sup> In questi termini V. CHICO, T. HERVEY, R. STIRTON, A. WARREN-JONES, *op. cit.*, 157, secondo cui: «the Health and Social Care Act 2012 is associated with a final 'dismantling of the NHS as we know it', by bringing competition, markets, contracts, and private interests in to the NHS». Cfr. anche M. EXWORTHY, R. MANNION, M. POWELL, *op. cit.*

<sup>23</sup> Così C. NEWDICK, *From Hippocrates to Commodities: Three Models of NHS Governance: NHS governance, regulation, Mid Staffordshire Inquiry, health care as a commodity*, in *Medical Law Review*, 22, 2014, 171.

mento dell'efficienza del servizio pubblico, alle pure regole di mercato è necessario accostare alcuni ineludibili correttivi, motivati dalla "specialità" del bene salute.

Quest'ultima, infatti, non può essere considerata alla stessa stregua di qualunque bene disponibile sul mercato. Ad esempio, la necessità di salvare una vita o di curare una grave malattia può richiedere di procedere a interventi medici molto costosi e assai rischiosi, in contrasto con le più intuitive dinamiche del rapporto tra domanda e offerta; le esigenze di cura, inoltre, scardinano proprio questo meccanismo, ponendo sullo stesso piano, dal punto di vista della domanda, patologie a bassa incidenza e malattie molto diffuse; il naturale deficit informativo in cui si trova il paziente rispetto all'altissimo contenuto tecnico della medicina, infine, impedisce di poter considerare la persona alla stregua di qualunque altro consumatore dinanzi ai servizi per la salute<sup>24</sup>.

Sotto il secondo profilo, la progressiva giuridificazione che ha caratterizzato la sanità inglese e che ha raggiunto la propria acme con la riforma del 2012 non è un elemento privo di costi. L'evidente necessità di porre rigide regole al libero mercato al fine di contemperare le logiche della concorrenza alla specialità dei bisogni connessi all'esercizio del diritto alla salute ha sortito, quale principale effetto, una proliferazione di regole e procedure per le scelte in campo sanitario. Tale approccio, se letto nella prospettiva della relazione di cura tra medico e paziente e della realizzazione dell'autodeterminazione individuale, pone il problema dell'irrigidimento dei canali decisionali e delle strategie operative, proprio in un settore tanto delicato quanto è quello della cura della salute dei consociati<sup>25</sup>. Si tratta, infatti, di un ambito nel quale l'intrinseca dimensione soggettivistica della relazione di cura – da intendersi sia quale risposta individuale alle cure sia nella prospettiva del prisma di valori e scelte personali che orientano le decisioni di ciascun paziente – può richiedere di mantenere alcuni spazi di elasticità decisionale, mirati proprio a fare una migliore risposta ai bisogni clinici e fisiologici individuali<sup>26</sup>. Lungi dal contribuire a costruire una dimensione pretensiva della medicina, un approccio centrato sul paziente (tanto in termini di risposte cliniche, quanto dal punto di vista dell'orientamento soggettivo) può contribuire a dare anche miglior attuazione ai principi di eguaglianza e di solidarietà che costituiscono l'architrave dei sistemi sanitari universalistici.

Adottando, poi, l'angolo visuale dei rapporti tra Sistema sanitario e soggetti responsabili per le decisioni, è facile osservare come la sostenibilità (meramente) economica delle scelte, per effetto dello Health and Social Care Act 2012, prevalga decisamente sulle valutazioni di carattere multidimensionale che dovrebbero informare la pratica clinica. A tale proposito, la riforma della sanità inglese ha comportato una proliferazione di regole legislative, anche in ambiti tradizionalmente appar-

<sup>24</sup> Sviluppa simili considerazioni N. DANIELS, *Just Health Care*, Cambridge, 1985, 1 ss. Cfr. anche W. ANDERCK, *From patient to consumer in the medical marketplace*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 16, 2007, 109; C. NEWDICK, *op. cit.*, 173. Circa queste criticità riferite alle peculiarità del settore farmaceutico v. S.G. GIBSON, T. LEMMENS, *Niche Markets and Evidence Assessment in Transition: A Critical Review of Proposed Drug Reforms*, in *Medical Law Review*, 22, 2014, 200 ss.

<sup>25</sup> Sottolinea come la riforma del 2012 abbia condotto ad una più rigida giuridificazione delle decisioni in campo sanitario, soprattutto in termini di regolazione del mercato della concorrenza e di disciplina degli appalti, D.I. BENBOW, *op. cit.*, 9 ss.

<sup>26</sup> Circa il fatto che, nelle scelte sanitarie, sia necessario mantenere quelle valvole di sicurezza che permettono di adeguare la decisione alle specificità del singolo caso, sia consentito rinviare, anche con specifico riguardo al contesto inglese a L. BUSATTA, *Diritto alla salute e principio d'eguaglianza: può un'eccezione fare la differenza?*, in S. BONINI, L. BUSATTA, I. MARCHI (a cura di), *L'eccezione nel diritto*, Napoli, 2015, 169 ss.

tenenti all'esercizio della discrezionalità politica o amministrativa<sup>27</sup>. Con la finalità di "dare un ordine" al mercato della sanità, in altre parole, si è sottratto un importante spazio di manovra alla capacità decisionale delle istituzioni sanitarie che, agendo nell'interesse generale, sarebbero, invece, i soggetti più idonei a bilanciare la moltitudine di valori in gioco per far fronte, *as best as possible*, ai bisogni della popolazione<sup>28</sup>.

#### 4. Le prossime sfide per la sanità inglese: tra Brexit e spinte anti-solidaristiche

Sulle criticità generate dalla riforma del NHS introdotta nel 2012 e sul progressivo indebolimento dell'universalismo del servizio sanitario inglese si innestano, oggi, i timori e le difficoltà che l'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea reca con sé. Come forse si ricorderà, durante la campagna che ha preceduto il referendum del 2016, il partito del Leave aveva utilizzato in modo decisamente strumentale anche l'argomento sanitario. Con lo slogan «We send the EU £ 350 million a week. Let's fund our NHS instead», i sostenitori della Brexit puntavano a convincere una fetta della popolazione che lasciare l'UE avrebbe permesso al governo di investire maggiori risorse sui servizi per la salute, migliorandone l'efficienza<sup>29</sup>.

L'argomento era evidentemente ingannevole e mirava a raccogliere voti soprattutto in quella parte della popolazione socialmente più fragile, maggiormente bisognosa di servizi sanitari e, per questo, più svantaggiata a causa delle difficoltà che il National Health Service sta da anni fronteggiando. Al contrario, pare che, per effetto della ormai imminente scissione, proprio il settore sanitario sarà tra quelli che principalmente soffriranno il distacco dall'Unione Europea<sup>30</sup>.

Anche alla luce delle considerazioni sinora sviluppate circa l'evoluzione e la crisi del servizio sanitario inglese, tali profili meritano un breve approfondimento, nell'ottica della progressiva privatizzazione della sanità e delle problematiche sottese all'abbandono del mercato europeo. Pur non avendo dirette competenze in ambito sanitario, l'Unione Europea è intervenuta in modo crescente nella regolazione di un novero sempre più ampio di ambiti connessi alla garanzia del diritto alla salute, soprattutto

<sup>27</sup> A.C.L. DAVIES, *op. cit.*, 567.

<sup>28</sup> Si tratta di un dibattito già ampiamente sviluppato nella dottrina d'Oltremarica, soprattutto con riferimento alla tensione tra valutazioni tecniche assunte anche per il perseguimento dell'interesse generale ed esigenze legate alla risposta ai bisogni individuali. Tali profili assumono un rilievo molto significativo nel rapporto, talvolta oppositivo, tra amministrazioni sanitarie e giurisdizione e pare che, per effetto dell'irrigidimento normativo veicolato dalla riforma del 2012, non siano destinati a sopirsi. A riguardo, fra i molti, v. K. SYRETT, *Courts, Expertise and Resource Allocation: Is there a Judicial 'Legitimacy Problem'?*, in *Public Health Ethics*, 7, 2014, 112 ss.; K.G. YOUNG, *A typology of economic and social rights adjudication: exploring the catalytic function of judicial review*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3, 2010, 385 ss.; J.A. KING, *The justiciability of resource allocation*, in *Modern Law Review*, 70, 2007, 197 ss. In termini più ampi, circa i rischi della giuridificazione delle scelte in campo biogiuridico v. F. CORTESE, S. PENASA, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in *Riv. AIC*, 4, 2015, 1 ss.

<sup>29</sup> D.I. BENBOW, *op. cit.*, 13.

<sup>30</sup> Per alcune più ampie riflessioni circa l'impatto della Brexit sul sistema di tutela dei diritti e delle libertà nel Regno Unito cfr. L. MONTANARI, *L'integrazione attraverso i diritti: la difficile posizione del Regno Unito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, S1, 2019, 495 ss.

to per effetto dell'applicazione delle quattro libertà fondamentali previste dal trattato<sup>31</sup>. Si tratta di una molteplicità di canali di intervento dei quali hanno beneficiato anche il Regno Unito e, di riflesso, il servizio sanitario inglese. Si pensi, ad esempio, al fatto che, grazie al mutuo riconoscimento dei titoli di studio e alla garanzia della libera circolazione dei lavoratori, il NHS ha potuto assumere, negli anni, moltissimi professionisti provenienti da tutti i Paesi dell'Unione Europea, risolvendo il cronico deficit di medici e personale sanitario che per lungo tempo ha caratterizzato la sanità di Sua Maestà<sup>32</sup>. Ma le istituzioni europee hanno giocato un ruolo importante anche in altri campi connessi alla tutela della salute umana, quali il settore farmaceutico, la produzione e la circolazione di dispositivi medici, la ricerca biomedica, sino alla tutela dei dati personali<sup>33</sup>. Si può, infine, ricordare come sia stato proprio un caso proveniente da una Corte inglese a condurre alla sentenza della Corte di Giustizia che ha sostanzialmente scritto le basi per la direttiva 2011/24/UE, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera<sup>34</sup>.

In questa chiave, l'appartenenza all'Unione ha, seppur indirettamente, portato un significativo beneficio alla garanzia del diritto alla salute in Inghilterra e alle prestazioni del servizio sanitario complessivamente inteso. Ci si può, ora, chiedere, quali scenari potranno configurarsi per la sostenibilità di un NHS già duramente provato da una cronica incapacità di rispondere in modo efficace ai bisogni della popolazione e da una riforma che, come abbiamo visto, ha allontanato la sanità dai suoi primi destinatari.

Ad esempio, con riguardo all'approvvigionamento di medicinali e di dispositivi medici, è stato da tempo evidenziato che con la chiusura delle frontiere si rischierà, almeno nei primi giorni dal perfezionamento dell'uscita dall'UE, una pericolosa carenza di disponibilità, con gravissime ripercussioni sulla salute delle persone. Sul medio periodo, il Regno Unito potrà contrattare individualmente con ciascuno Stato membro o con altri Paesi l'acquisto di medicinali e altri prodotti sanitari, ma è certo che il costo di tali operazioni ricadrà sul NHS e, di conseguenza, sui suoi utenti<sup>35</sup>.

Altrettanto significativo – e potenzialmente preoccupante – è il profilo relativo alla garanzia di accesso alle prestazioni sanitarie per gli stranieri presenti in Inghilterra e, viceversa (se non addirittura in modo più critico), per gli inglesi che si trovano in altri Stati dell'Unione<sup>36</sup>. In termini generali, per effetto del diritto europeo, i cittadini europei e i loro familiari che ricevono trattamenti medici in uno Stato membro diverso da quello di propria residenza hanno diritto alla parità di trattamento nell'accesso ai servizi e nella garanzia di prestazioni rispetto agli utenti iscritti a quel sistema sanita-

<sup>31</sup> Circa questi aspetti cfr. S. PENASA, *Biodiritto e Unione Europea: primi spunti di riflessione*, in questa *Rivista*, 3, 2018, 73 ss.

<sup>32</sup> Cfr. N. FAHY, T. HERVEY, S. GREER ET AL., *How will Brexit affect health and health services in the UK? Evaluating three possible scenarios*, in *The Lancet*, 390, 2017, 2110 ss., ove si riporta che sarà molto difficile per il NHS raggiungere l'autosufficienza del personale nel breve periodo. «As of 2017, over 60,000 people from non-UK EU countries work in the NHS and 90,000 work in adult social care. One in ten doctors in the UK is a European Economic Area (EEA) graduate».

<sup>33</sup> Cfr. T. HERVEY, S. PEERS, *Brexit and health services*, in *Clinical Medicine*, 16, 2016, 101.

<sup>34</sup> Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, *OJ L 88*, 4.4.2011, 45–65.

<sup>35</sup> T. HERVEY, S. PEERS, *op. cit.*, 102; N. FAHY ET AL., *How will Brexit affect health services in the UK? An updated evaluation*, in *The Lancet*, 393, 2019, 954 ss.

<sup>36</sup> Evidenzia tali criticità T. HERVEY, *Reciprocal healthcare arrangements after Brexit*, in *BMJ*, 363, 2018, k4727.

rio. Le spese sostenute, inoltre, sono a carico del sistema sanitario di iscrizione<sup>37</sup>. Per effetto della Brexit, invece, ai cittadini britannici residenti o soggiornanti in altri Stati membri non saranno più garantiti tali livelli di protezione, ma saranno considerati alla stregua di cittadini di Paesi terzi e saranno, perciò, costretti a sostenere i costi per le proprie cure (direttamente o per il tramite di assicurazioni private). Alcuni ordinamenti (fra i quali, ad esempio, la Spagna) potrebbero essere addirittura costretti a modificare le proprie regole sull'accesso alle prestazioni sanitarie per gli stranieri residenti, a causa dell'alto numero di inglesi ivi residenti<sup>38</sup>.

Gli scenari che si delineano, soprattutto nella prospettiva dei più recenti fallimenti delle trattive e della conseguente crisi del governo conservatore, appaiono decisamente preoccupanti per la sostenibilità complessiva del sistema sanitario inglese e, di conseguenza, per la garanzia del diritto alla salute delle persone. In aggiunta, l'inevitabile periodo di assestamento economico che seguirà l'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea recherà con sé l'allargamento della forbice sociale, amplificando la fragilità delle componenti più svantaggiate della popolazione che, con maggiore difficoltà, potranno avere accesso a servizi sanitari di qualità.

## 5. Conclusioni: la sostenibilità della salute, tra solidarietà e identità

Le riflessioni sinora sviluppate sull'evoluzione del sistema sanitario inglese e sulle relative criticità presenti e future consentono, ora, di muovere alcune considerazioni conclusive, anche in prospettiva comparata. Il tentativo di far fronte, attraverso la profonda ristrutturazione del NHS, alle attuali problematiche di sostenibilità dei servizi per salute e le difficoltà che il perfezionamento della Brexit imporrà alla sanità rappresentano una lezione molto significativa per i sistemi sanitari universalistici e per la garanzia di prestazioni sanitarie nel territorio europeo.

In particolare, la *ratio* sottesa al modello Beveridge, come si è visto, è quella di combattere le ineguaglianze sociali attraverso la garanzia di equità nell'accesso ai servizi. Il principio solidarista che orienta il *welfare state*, in questo senso, trova la propria ragion d'essere nell'esigenza di redistribuire le risorse, in modo che anche le fasce più deboli della popolazione possano beneficiare della ricchezza statale. Un sistema così configurato si regge, però, sul necessario presupposto che l'idea della condivisione dei servizi e della loro accessibilità per tutti sia profondamente condivisa e responsabilmente accettata dai consociati. Contribuire al benessere generale per mezzo dell'apporto individuale al sostentamento del Paese e dei servizi, in altre parole, rappresenta la cifra della solidarietà sociale che ha ispirato la costruzione dello Stato sociale in molti ordinamenti europei a partire dal secondo dopoguerra. Si tratta di un approccio cui ha aderito anche la nostra Assemblea Costituente, nella convinzione che il benessere di un solo individuo possa contribuire al miglioramento delle condizioni di vita dell'intera società; un percorso che, come è noto, ha richiesto alle nostre istituzioni una pro-

<sup>37</sup> Per alcuni maggiori riferimenti circa la garanzia di prestazioni sanitarie nel diritto europeo, sia consentito rinviare a 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, 2015, 1 ss.

<sup>38</sup> Tali problematiche sono ben delineate in B. BAIRD, H. MCKENNA, *Brexit: the implications for health and social care*, 22 febbraio 2019, disponibile all'indirizzo internet <https://www.kingsfund.org.uk/publications/articles/brexit-implications-health-social-care>.

gressiva e graduale opera di intervento, sul piano delle riforme, per ricevere attuazione e, in gran parte, ancora in atto.

Per effetto della crisi economica globale che ha caratterizzato i primi anni del nuovo millennio e anche a causa dell'emergenza migratoria che colpito gli Stati del vecchio continente, però, il concetto di solidarietà e le logiche redistributive hanno progressivamente perso aderenza a livello sociale<sup>39</sup>. Il crescente successo di politiche nazionalistiche, in questo senso, rappresenta un chiaro indice della difficoltà di sostenere collettivamente i costi di tali difficoltà. Eppure, proprio nel contesto di una congiuntura economica globale che ha progressivamente divaricando la forbice delle disuguaglianze sociali, rendendo più aspre le condizioni di vita delle fasce di popolazioni più fragili, recuperare il significato più profondo e costituzionalmente orientato del principio solidaristico sembrerebbe poter contribuire a lenire alcune delle difficoltà cui gli Stati contemporanei devono oggi far fronte.

Con particolare riguardo all'organizzazione dei sistemi sanitari e alla garanzia di prestazioni mediche, poi, la riforma del National Health Service dimostra che una troppo entusiastica apertura al mercato per i servizi pubblici rischia di snaturare l'universalismo, con il risultato di colpire, inevitabilmente, coloro che si trovano in condizione di maggior bisogno. L'irrigidimento giuridico che si accompagna alla regolazione del mercato dei servizi sanitari, poi, comporta inevitabilmente un aumento dei costi correlati alla garanzia del diritto alla salute: a fronte della necessità di imporre maggiori controlli sulle dinamiche concorrenziali applicate alla specialità del bene salute, si moltiplicano inevitabilmente i soggetti responsabili per le decisioni e coloro ai quali sono demandati i controlli sulle scelte effettuate e da adottare. Ciò comporta il potenziale incremento del contenzioso, in ogni fase del procedimento decisionale, i cui costi ricadono, inevitabilmente sulla compagine sociale nel suo complesso e sull'organizzazione sanitaria. A sua volta, l'incremento del contenzioso (giurisdizionale o paragiurisdizionale che sia) comporta, da un lato, un irrigidimento dei metodi decisionali a livello politico e amministrativo, sempre più tesi verso una iper-giustificazione delle scelte e, dall'altro lato, prelude alle derive della medicina difensiva.

Le criticità che il National Health Service sarà chiamato ad affrontare con il perfezionamento dell'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea, infine, pongono in evidenza il dato incontrovertibile per cui – quanto meno nel vecchio continente – l'adozione di politiche decisionali comuni e la condivisione delle risorse possa essere la vera chiave per fronteggiare in modo efficace le sfide contemporanee.

Tutto ciò, complessivamente inteso, suggerisce di recuperare alcune delle idee fondative del modello universalistico per la sanità, cercando di attualizzarle rispetto alle esigenze della società e della medicina contemporanee. In questo senso, il principio solidaristico che animava l'idea della redistribuzione delle risorse economiche per il beneficio di tutti e, di riflesso, dell'intera società si conferma quale criterio che dovrebbe orientare – oggi più che mai – la costruzione della sanità<sup>40</sup>. Oggigiorno, la sfida della sostenibilità accomuna tutti i sistemi sanitari, ai quali è richiesto di garantire standard presta-

<sup>39</sup> Si tratta di quanto è stato teorizzato efficacemente dal sociologo polacco Zygmunt Bauman che, proprio con riferimento alla progressiva preminenza del consumerismo e dell'individualismo sulla solidarietà, sostiene che «La solidarietà umana è la prima vittima dei trionfi del mercato dei consumi», Z. BAUMAN, *Amore liquido*, Roma-Bari, 2006, 106.

<sup>40</sup> Evidenzia lo stretto legame tra garanzia dei diritti sociali e recupero della dimensione solidaristica del corpo sociale anche E. LONGO, *Le relazioni come fattore costitutivo dei diritti sociali*, in *Dir. soc.*, 1, 2014, 71 ss.

zionali sempre più elevati, tecnologie all'avanguardia e di assicurare risposte parametrare sulle esigenze individuali.

A fronte di un quadro tanto complesso, accanto al principio solidaristico risulta necessario recuperare il concetto di responsabilità nell'utilizzo dei servizi per la salute e nella loro gestione. Riportare all'oggi il progetto immaginato da Beveridge significa allora ragionare sull'essenza del principio solidaristico, che risiede non soltanto dell'esigenza di ridurre le diseguaglianze per accrescere il benessere complessivo della società, ma anche (e forse soprattutto) nell'impegno di ciascun individuo a fruire con responsabilità delle risorse che ha a disposizione. Per raggiungere tale scopo è necessario "riappropriarsi" del servizio sanitario, nella consapevolezza che si tratta di uno strumento potenzialmente straordinario per consentire il libero sviluppo della persona umana<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Vale la pena di ricordare come la filosofa del diritto Jeanne Hersch, riferendosi proprio al diritto alla salute, abbia evidenziato come esso si ponga quale preconditione per l'esercizio di tutti gli altri diritti, dal momento che senza salute, senza aspettativa di vita, non è possibile godere degli altri diritti fondamentali. J. HERSCH, *Les droits de l'homme d'un point de vue philosophique*, Unesco, Genève-Paris 1990, ripubblicato in Italia in J. HERSCH, *I diritti umani da un punto di vista filosofico*, Milano 2008, 89 ss.

## Le discriminazioni di genere nell'accesso a beni e servizi sanitari. Ovvero delle tensioni irrisolte del diritto antidiscriminatorio

Anna Lorenzetti\*

GENDER DISCRIMINATION IN ACCESS TO HEALTH GOODS AND SERVICES. THE UNRESOLVED TENSIONS OF ANTIDISCRIMINATION LAW.

ABSTRACT: The paper analyses gender antidiscrimination legislation regarding access and supply of goods and services in health. The paper focuses on the evolution of EU legislation prohibiting discrimination based on gender, "race" and ethnic origins, sexual orientation, disability, age, religion and personal convictions. By framing these issues, the paper addresses the complex relationship between EU antidiscrimination principle and the Constitutional principle of equality in the perspective of the Anti-subordination dimension, trying to outline the limits of antidiscrimination legislation.

KEYWORDS: Antidiscrimination; equality; antisubordination; health goods and services; gender

SOMMARIO: 1. Il divieto di discriminazione nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi in ambito sanitario: uno sguardo di insieme – 2. Le discriminazioni nell'ambito sanitario in ragione del genere – 3. L'accesso alla salute come un caso di discriminazione multipla: il caso delle donne migranti e delle donne rom – 4. Il diritto antidiscriminatorio e le sue tensioni irrisolte.

### 1. Il divieto di discriminazione nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi in ambito sanitario: uno sguardo d'insieme

Il presente lavoro intende proporre un'analisi della legislazione antidiscriminatoria in materia di accesso e fornitura di beni e servizi di natura sanitaria, in particolare per come si pone nella dimensione di genere. La materia si colloca nel contesto del cosiddetto Diritto antidiscriminatorio di "seconda generazione", *corpus* di normative di matrice euro-unitaria che, negli anni, ha costruito un insieme omogeneo di istituti e nozioni negli Stati membri, volti al contrasto delle discriminazioni in ragione di una serie di condizioni personali. Provando a ripercorrere la genesi della normativa che, da circa un decennio, sta conoscendo una stasi per l'assenza di nuove Direttive, il presente contributo intende provare ad avviare una riflessione incentrata su quelle caratteristiche del diritto antidiscriminatorio che possono rivelarsi quali limiti in chiave di pienezza delle tutele e di contrasto alle discriminazioni.

Tradizionalmente presente nel diritto euro-unitario, a partire dal Trattato di Roma<sup>1</sup>, e fino all'anno 2000, rispetto al solo ambito lavorativo e alle sole differenze di trattamento uomo/donna, il Diritto

\* Ricercatrice in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Bergamo, Dipartimento di Giurisprudenza. Email: [anna.lorenzetti@unibg.it](mailto:anna.lorenzetti@unibg.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo. L'autrice desidera ringraziare Rita Pescatore per l'attenta rilettura e i/le referee per gli spunti gentilmente offerti.

antidiscriminatorio si è successivamente esteso anche al mercato dei consumi e a condizioni diverse dal genere con quelle che vengono definite Direttive “di seconda generazione”<sup>2</sup> approvate sulla nuova base giuridica offerta dal Trattato di Amsterdam<sup>3</sup>. Nell’ambito lavorativo, sono così state vietate le discriminazioni in ragione di “razza”<sup>4</sup> e origine etnica<sup>5</sup>, orientamento sessuale, disabilità, età, religione e convinzioni personali<sup>6</sup>, ampliando il novero dei destinatari delle tutele, mentre soltanto per “razza” e origine etnica e genere il divieto è stato ampliato al di fuori del mercato del lavoro. Sono

<sup>1</sup> Art. 119 TCE (poi rinumerato in art. 141, oggi art. 157 TFUE) specificava come spettasse a ogni Stato membro il dovere di assicurare l’applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore. Inoltre, demandava al Parlamento europeo e al Consiglio, l’adozione di misure tali da assicurare l’applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale. Ammetteva poi misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l’esercizio di un’attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali.

<sup>2</sup> Si è soliti distinguere il Diritto antidiscriminatorio in due fasi, la prima fino all’anno 1999, la seconda dal 2000. Le c.d. Direttive “di prima generazione” sono state approvate dalla seconda metà degli anni ’70, per vietare le discriminazioni in ragione del genere, *rectius* del sesso, nell’ambito lavorativo: Dirr. 75/117 (sulla parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile) e 76/207 (sulla parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l’accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro). Sono poi seguite le Dirr. 86/378 (sulla parità di trattamento tra gli uomini e le donne nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale, mod. Dir. 96/97); 97/80 (sull’alleggerimento dell’onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso, mod. dalla Dir. 98/52); 86/613 (circa la parità e tutela delle madri nell’ambito del lavoro autonomo); 92/85 (sulle misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento); 96/34 e 97/75 (contenenti l’accordo quadro sul congedo parentale); 97/81 e 99/70 (sull’accordo quadro sul lavoro a tempo parziale e a tempo determinato). L’espressione Direttive “di seconda generazione” fa invece riferimento agli atti approvati successivamente all’anno 2000. Per un inquadramento complessivo, v. E. ELLIS, *EU Anti-discrimination law*, Oxford, 2005; M. BELL, *Anti-discrimination law and the European Union*, Oxford, 2002; M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007.

<sup>3</sup> Per meglio dire, con l’introduzione dell’art. 13 TCE, oggi art. 19 TFUE, è stata riconosciuta al Consiglio la facoltà di prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l’origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l’età o l’orientamento sessuale, con delibera all’unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo; sono peraltro fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell’ambito delle competenze da essi conferite all’Unione, sembrando dunque introdursi un elemento di mitigazione della pienezza dell’affermazione.

<sup>4</sup> Di norma, si usa porre la parola “razza” tra virgolette per enfatizzare la distanza rispetto al significato stigmatizzante che essa assume, posto che sono state scientificamente smentite le teorie che suddividono l’umanità in “razze”. Tuttavia, va ricordato che si tratta di una opzione lessicale che lo stesso legislatore europeo ha ritenuto di fare propria nella Dir. 2000/43, denominata appunto Direttiva “Razza”, precisando tuttavia, forse in termini contraddittori, che «L’Unione europea respinge le teorie che tentano di dimostrare l’esistenza di razze umane distinte. L’uso del termine “razza” nella presente direttiva non implica l’accettazione di siffatte teorie» (Considerando 6).

<sup>5</sup> Dir. 2000/43, c.d. “Razza”, di contrasto alle discriminazioni basate sulla razza e l’origine etnica che include nelle tutele anche la protezione sociale, l’assistenza sociale, l’istruzione.

<sup>6</sup> Dir. 2000/78, c.d. “Quadro”, sulla parità di trattamento in materia di occupazione e lavoro, in ragione di disabilità, orientamento sessuale, religione e convinzioni personali, età.

così stati interessati anche l'accesso a beni e servizi<sup>7</sup>, nonché l'istruzione e l'*housing*<sup>8</sup>, mentre non è ancora stata approvata la normativa riguardante le ulteriori caratteristiche personali<sup>9</sup>.

Le Direttive così approvate hanno sostanzialmente replicato le medesime definizioni di discriminazione<sup>10</sup>, le regole di natura processuale<sup>11</sup>, l'apparato sanzionatorio<sup>12</sup>, per i diversi ambiti e condizioni tutelate, andando a comporre una sorta di materia trasversale, definita appunto "Diritto antidiscriminatorio"<sup>13</sup>.

Se fino alla metà degli anni '2000, il quadro normativo appariva in rapida e costante evoluzione, un deciso arresto si è verificato dal 2006<sup>14</sup>, conformando così una tutela profondamente differenziata sulla base delle condizioni personali considerate e degli ambiti presi a riferimento, peraltro in uno scenario complessivo di sovrapposizione e confusione rispetto alle normative interne già presenti negli ordinamenti degli Stati membri<sup>15</sup>, rispetto a cui soltanto sporadicamente si è operato un coordinamento e una ricomposizione.

Per quanto riguarda il divieto di discriminazione nell'accesso a beni e servizi sanitari in ragione di "razza" ed etnia, occorre constatare come, pur trattandosi di ambiti che – rientrando nell'alveo del diritto fondamentale alla salute – non dovrebbero ammettere alcuna distinzione, vi è una accentuata difficoltà per le persone appartenenti a minoranze etniche o straniere, in specie nell'accesso alle cure<sup>16</sup>.

<sup>7</sup> Con le Dir. 2004/113 per il genere e 2000/43 per la "razza" e l'origine etnica.

<sup>8</sup> Con la Dir. 2000/43 per la sola "razza" e origine etnica.

<sup>9</sup> Da circa un decennio, è in gestazione l'atto che estenderebbe anche a queste condizioni i divieti presenti per genere e "razza" o origine etnica. COM(2008)426, Proposta di Direttiva sull'applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

<sup>10</sup> La nozione di discriminazione prevede una declinazione in forma diretta, indiretta, come molestie e per il solo genere come molestie sessuali, e da ultimo come ordine di discriminare. Le definizioni sono sostanzialmente replicate in ognuno degli atti.

<sup>11</sup> Si pensi alle regole in materia di inversione di onere probatorio, di azioni di natura collettiva, su cui v. *amplius* M. BARBERA (a cura di), *op. cit.*; A. LORENZETTI, *Il Diritto Antidiscriminatorio europeo: genesi ed evoluzione*, in B. PEZZINI (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole*, Bergamo, 2012.

<sup>12</sup> Ad esempio, si richiedono sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive.

<sup>13</sup> Tradizionalmente considerato rientrante nel Diritto del lavoro, più recentemente è stato ricondotto al Diritto pubblico e comparato, ma anche al Diritto privato o dell'Unione europea.

<sup>14</sup> Si tratta della Direttiva 2006/54/CE, relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, c.d. Direttiva "Rifusione", poiché in essa sono state per l'appunto rimesse tutte le normative sino ad allora approvate.

<sup>15</sup> Occorre infatti considerare che l'avvento del diritto antidiscriminatorio si è andato a innestare lungo i binari tracciati dalle legislazioni interne, già all'epoca copiose soprattutto per alcune condizioni o in alcuni ambiti. Per ciò che rileva ai fini del presente scritto, si consideri ad esempio la riforma del servizio sanitario nazionale, attuata con l. 833/1978, che valorizza la prospettiva dell'uguaglianza, nella definizione quale «complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzioni di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'uguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio».

<sup>16</sup> Questo è quanto mostrano gli studi in materia, tra cui *inter alia*, v. Progetto IISMAS «Servizi sanitari e discriminazione razziale. Strumenti e pratiche di prevenzione e contrasto della discriminazione razziale nell'accesso all'assistenza medica». A. MORRONE, A. SANNELLA, *Servizi sanitari e discriminazione razziale. Strumenti e pratiche di prevenzione e contrasto della discriminazione razziale nell'accesso all'assistenza medica*, in *Salute donna*, 16, 2007, 2-8. Anche nei contesti stranieri, le ricerche mostrano analogo andamento. V. ad

La questione appare particolarmente evidente rispetto alle persone rom, sinti e camminanti, realtà profondamente ghettizzate e socialmente isolate in ogni paese europeo<sup>17</sup> e che oggi vivono condizioni di salute – e in generale sociali – assai fragili<sup>18</sup>, spesso stentando a confrontarsi con meccanismi istituzionali, come nel caso della residenza e del possesso di documenti regolari<sup>19</sup> che grande rilevanza hanno nell'accesso alla salute anche nei termini di fruizione dell'assistenza di base.

Per quanto riguarda il divieto di discriminazione fondato sulla "razza" e l'etnia duplice è la collocazione sul piano normativo, essendo previsto sia nel Diritto antidiscriminatorio, e in specie nella Direttiva 43 del 2000, sia nel Testo unico per l'immigrazione, laddove si opera il riferimento a ogni comportamento che direttamente o indirettamente comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla "razza", il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni o le pratiche religiose e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica<sup>20</sup>.

Per quanto le prassi mostrino elementi di segno contrario, la normativa antidiscriminatoria oggi vigente afferma il divieto di discriminazione in ogni sua forma, senza consentire alcuna eccezione o individuare qualche fattore di giustificazione, generando tuttavia dubbi circa l'effettività delle tutele alla luce dell'assenza di contenzioso in materia.

Per le condizioni diverse da genere, "razza" ed etnia può essere di interesse richiamare rapidamente alcuni aspetti, sia quanto alla preesistente normazione interna che comunque garantiva ampiamente alcune condizioni personali, tra le quali la disabilità, sia per alcune novità che paiono profilarsi all'orizzonte in particolare quanto all'orientamento sessuale.

In prima battuta, occorre tuttavia precisare l'ambiguità di fondo che vi è nel trattare congiuntamente condizioni personali così differenti come orientamento sessuale, disabilità, età, religione o convinzioni personali, scelta comunque netta del legislatore europeo che ha ridonato i propri effetti sulla normativa di attuazione, generando una confusione considerevole (a livello teorico e di applicazione pratica) e una frammentazione degli atti normativi di recepimento.

---

esempio, gli studi effettuati negli Stati Uniti che mettono in evidenza pratiche discriminatorie tanto nell'accessibilità al servizio sanitario, tanto quanto alla qualità dei servizi erogati, ad esempio, circa la minore presenza di ambulatori medici e di farmacie nei quartieri abitati da minoranze etniche. R. BHOPAL, *Spectre of racism in health and health care: lessons from history and the United States*, in *BMJ*, 316, 1998, 1970; AT AHAMED ET AL., *Racial discrimination & health: Pathways & evidence*, in *Indian J Med Res*, 216, 2007, 318-327; R.S. BHOPAL, *Racism in health and healthy care in Europe: reality or mirage?*, in *European Journal of Public Health*, 17(3), 1999, 238-241; Institute of Medicine, *Unequal Treatment*, 2002; BA VIRNIG ET AL., *A matter of race: early- versus late-stage cancer diagnosis*, *Health Affairs*, 28(1), 2009, 160-168; RS COKER, *Racism in medicine: an agenda for change*, London, 2001; K. MCKENZIE, *Racism and health*, in *BMJ*, 2003, 326, 65-66.

<sup>17</sup> Va considerato come la stessa classificazione unitaria di queste etnie sia oggetto di contestazione. P. BONETTI, A. SIMONI, T. VITALI (a cura di), *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, Milano, 2011.

<sup>18</sup> WHO (World Health Organization, 2006). La Commissione europea ha riconosciuto per la prima volta la specificità della condizione rom, individuando le priorità in istruzione, lavoro, salute e *housing* (European Roma Summit Memorandum 08/559, 2008).

<sup>19</sup> Molte persone rom non sono registrate presso il Sistema sanitario nazionale, spesso a causa della mancanza di documenti e di una rilevata riluttanza da parte dei medici ad accettare pazienti rom, con un deciso condizionamento nell'accesso alla salute.

<sup>20</sup> Artt. 43 e 44, TUI. D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, Padova, 2008.

Per quanto riguarda il tema della religione o delle convinzioni personali, occorre ricordare la normativa che consente di rifiutare le cure in ragione di un credo religioso<sup>21</sup>, oltre alla possibilità di utilizzare le tutele predisposte in ragione della “razza” e dell’origine etnica, per la loro possibile e intuitiva assimilazione<sup>22</sup>.

Rispetto alla disabilità, l’avvento del diritto antidiscriminatorio si è innestato su un quadro interno di estesa tutela a vantaggio di una condizione che, più di ogni altra, chiama in causa la necessaria sanitarizzazione, sia se si abbia riguardo alla salute mentale, sia alla salute fisica. Nel silenzio del legislatore europeo, è stata dunque la normativa interna a tracciare un riferimento immediato per il contrasto alle discriminazioni fondate sulla disabilità nel contesto dell’accesso e della fornitura di beni e servizi sanitari<sup>23</sup>.

Rispetto all’età, il tema delle discriminazioni pare porsi come prevalentemente orientato a trattamenti specifici per la c.d. terza e quarta età, funzionali alla piena garanzia dei diritti sociali riconosciuta in Costituzione quale diritto fondamentale. In proposito, va tenuto conto del possibile slittamento delle questioni che riguardano un’età avanzata sulla disabilità, in particolare per quanto riguarda l’ambito assistenziale. Spesso infatti, a una età avanzata corrisponde la presenza di malattie croniche che provocano disabilità, per cui si tratta di nozioni che, sul piano pratico, possono intuitivamente tendere verso una sovrapposizione.

Residua la trattazione dell’orientamento sessuale e dei possibili casi di discriminazione nell’accesso e nella fornitura di beni e servizi di ambito sanitario che pure le prassi restituiscono come frequenti. Si pensi al divieto di donazione di sangue e allo stigma che deriva dall’essere considerati<sup>24</sup>, *tout court*, come soggetti a rischio in ragione di comportamenti sessuali che si suppongono “disordinati”<sup>25</sup>. Sono però da segnalare alcuni progetti che mettono a tema la specificità della salute delle persone omosessuali, tenendo conto della peculiarità di alcune patologie e della necessità di una risposta adeguata al bisogno<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Si pensi alle regole dei testimoni di Geova circa le trasfusioni di sangue.

<sup>22</sup> Per quanto siano condizioni normativamente regolate con atti diversi (“razza” e origine etnica, con la Dir. 2000/43 e religione, con la Dir. 2000/78), pare di potersi rilevare come si tratti di condizioni in parte sovrapponibili, posto che spesso le discriminazioni agite verso chi professa un culto ridondano spesso i propri effetti anche verso chi abbia una determinata origine etnica. Si pensi al caso dell’abbigliamento, in specie al divieto di indossare determinati abiti tipicamente propri di alcune confessioni religiose più comuni in alcune aree geografiche, che mostra la sostanziale intercambiabilità fra tutele in ragione di etnia e tutele in ragione della religione.

<sup>23</sup> Si pensi alla l. 104/92 che, all’art. 3, afferma come diritto della persona handicappata l’accesso alle prestazioni stabilite in suo favore in relazione alla natura e alla consistenza della minorazione, alla capacità complessiva individuale e alla efficacia delle terapie riabilitative. Ma si pensi ancor più alle l. 67/2006 che detta le «Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazione». Sulla salute mentale, v. S. Rossi, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015.

<sup>24</sup> V. Corte di giustizia, *Léger*, causa C-528/13, sentenza del 29 aprile 2015, sul tema del divieto di trasfusione e donazione di sangue per le persone omosessuali, su cui v. R. PETRUSO, *Omosessualità ed esclusione sociale nella donazione di sangue: divieti permanenti e divieti temporanei come fattore di discriminazione*, in *Europa e diritto privato*, 4, 2016, 1101-1131.

<sup>25</sup> Tali aspetti sono spesso segnalati nei rapporti sul quadro interno in materia.

<sup>26</sup> V. i progetti dell’Istituto Superiore di Sanità, reperibili sul sito <https://www.iss.it/> (ultima consultazione: 11/7/2019).

## 2. Le discriminazioni nell'ambito sanitario in ragione del genere

Per quanto riguarda il genere, il divieto di discriminazioni nel mercato dei consumi e nelle transazioni tra privati è contenuto nella Direttiva c.d. “Beni e Servizi”<sup>27</sup>, atto che si caratterizza per le numerose eccezioni, esenzioni e deroghe consentite<sup>28</sup>. Si pensi, ad esempio, alla espressa tutela della libertà di scelta del contraente quando non sia fondata sul sesso della controparte<sup>29</sup>, eccezione che mostra caratteri di ambiguità, sia per la sua portata generale, sia per l'assenza di un corrispondente richiamo per la “razza” e l'origine etnica. In presenza di una finalità legittima, perseguita con strumenti appropriati e necessari<sup>30</sup>, la Direttiva consente inoltre differenze di trattamento per quei beni o servizi che vengono offerti in via preferenziale o esclusiva a uno dei due sessi. A non risultare chiaro è tuttavia il confine che consente interpretazioni non verificabili e non rigorosamente motivate, ma tali da condurre, in ipotesi, a giustificare qualsiasi differenza di trattamento. Probabilmente per mitigare il potenziale effetto negativo di questa deroga, la Direttiva aveva previsto una sorta di elencazione – indicativa e non tassativa – delle finalità da considerarsi legittime, in nome delle quali sarebbe possibile consentire differenze di trattamento in ragione del genere, tra le quali non era però presente l'ambito dei servizi sanitari<sup>31</sup>. Sono stati piuttosto richiamati i servizi offerti con modalità differenziate in quanto volti a promuovere stili di vita corretti, tutelare la salute o incoraggiare una più equilibrata

<sup>27</sup> Si tratta della Direttiva 2004/113, su cui v. D. LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, in M. BARBERA (a cura di), *op. cit.*, 289 ss.; A. MCCOLGAN, *La directive relative aux biens et aux services: oeuf de vicaire ou quasi-bénédiction?*, in *Revue du droit européen de l'égalité des genres*, 1, 2009, <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=641&langId=it&moreDocuments=yes> (ultima consultazione: 11/7/2019).

<sup>28</sup> Ad esempio, erano esclusi ambiti pure strategici, come la tassazione e la comunicazione, così come le transazioni effettuate nell'area della vita privata e familiare. Per quanto riguarda le prestazioni finanziarie e assicurative era inizialmente consentito l'utilizzo del sesso per la costruzione dei diversi prodotti da offrire al pubblico, anche in assenza studi che indicassero come sensata questa distinzione. Sul tema, è poi intervenuta la Corte di giustizia ripristinando in questo specifico ambito la pienezza del divieto di discriminazione e introducendo un limite temporale alle deroghe al divieto di discriminazione nell'accesso a beni e servizi assicurativi e finanziari (*Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, C-236/09 del 1 marzo 2011, sull'art. 5, par. 2, secondo cui i fattori attuariali variabili in base al sesso potevano *direttamente* determinare differenze di trattamento)

<sup>29</sup> «Ogni persona gode della libertà contrattuale, inclusa la libertà di scegliere un contraente per una transazione. La persona che fornisce beni o servizi può avere vari motivi soggettivi per la scelta del contraente. Nella misura in cui la scelta del contraente non si basa sul sesso della persona, la presente direttiva non pregiudica la libertà di scelta del contraente» (Considerando 14).

<sup>30</sup> Art. 4, par. 5, Dir. 2004/113.

<sup>31</sup> Considerando 16. Su questo punto è intervenuto il *Network of National Experts* per offrire una piattaforma di riflessione: v. S. BURRI, A. MCCOLGAN, *Report on Sex segregated Services of 2008*, in [http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/2009sex-segregatedservices\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/2009sex-segregatedservices_en.pdf) (ultima consultazione: 11/7/2019); ID., *Sex Discrimination in the Access to and Supply of Goods and Services and the Transposition of Directive 2004/113/EC*, 2009, in <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=3695&langId=en> (ultima consultazione: 11/7/2019). Venivano infatti richiamati la protezione di vittime di violenza di genere (es., case rifugio); la promozione dell'uguaglianza di genere; il caso delle organizzazioni di volontariato riservate a uno dei due sessi; la tutela di scopi socialmente utili; la libertà di associazione; nonché l'organizzazione di attività sportive; la tutela del senso del pudore e della privacy; il timore delle molestie sessuali; il contrasto agli stereotipi di genere.

partecipazione di genere ad alcune attività<sup>32</sup>, ad esempio incentivando il coinvolgimento di quanti ne sarebbero esclusi per ragioni di natura culturale o religiosa che considerano non appropriato un contatto fra persone di sesso diverso<sup>33</sup>. Veniva inoltre richiamata la necessità di contrastare quelle differenze che implicitamente presuppongono diverse attitudini, bisogni, caratteri differenti fra uomini e donne, o realizzate in nome di generalizzazioni non corrispondenti ai servizi offerti ma che restituiscono una visione stereotipata tale da riflettere e al tempo stesso riprodurre le differenze<sup>34</sup>.

Di fatto, l'ambito sanitario rappresenta un caso in cui l'accesso e la fornitura di beni e servizi necessita di tenere conto delle differenze di genere, posta la rilevanza delle diversità corporee fra sesso maschile e sesso femminile. Non costituendo discriminazioni, si tratta piuttosto di differenze che integrano il pieno accesso ai diritti sociali, sia nel pensare a quelle condizioni, esclusivamente proprie del sesso femminile, che richiedono un'assistenza sanitaria specifica, o l'erogazione di servizi *ad hoc* non concepibili per utenti o fruitori di sesso maschile, sia ricordando come sono le stesse modalità organizzative dell'assistenza sanitaria a prevedere ricoveri in spazi separati in ragione del sesso dell'utenza<sup>35</sup>.

Una prospettiva di sicuro interesse in merito è offerta dalla medicina di genere che ha consentito di mettere a fuoco come la tradizionale impostazione di studi e pratiche effettuate sulla base di un corpo "neutro" dal punto di vista sessuato abbia significato lo schiacciamento delle specificità del corpo

---

<sup>32</sup> Così, ad esempio, non può essere ammesso l'accesso a discoteche o locali notturni con un prezzo diverso per le donne, così da incoraggiarne la presenza, poiché veicola un'idea reificante delle donne e del loro corpo, resi "oggetto" e "prodotti" che possono essere "fruiti" dai consumatori maschi, effettivi destinatari dell'offerta. Quando invece le differenze siano pensate per agevolare la partecipazione del sesso normalmente sottorappresentato in una determinata attività, dunque in chiave di riequilibrio, vi è una tendenziale legittimità. Si pensi alla diversità di prezzo per l'accesso a partite di calcio, strumentale a scardinare l'assetto mono-genere del calcio, o a prezzi agevolati per gli uomini nei corsi di puericoltura. È interessante il caso dei parcheggi "rosa" rispetto a cui vi è stata una valutazione di illegittimità quando previsti come più grandi e agevolati in ragione della supposta minore capacità delle donne alla guida e della loro maggiore propensione allo shopping, mentre da consentire se finalizzati alla riduzione del rischio di subire aggressioni a sfondo sessuale, ad esempio, quando collocati nei pressi delle uscite dei parcheggi o in prossimità di fonti di illuminazione. Nel caso delle associazioni riservate a uno dei due sessi, sono da ritenersi legittime le associazioni di donne, dalle quali gli uomini sono esclusi in nome dell'obiettivo di creare spazi sottratti alla dominazione maschile o anche per evitare il rischio di molestie o violenza, potendo generare occasioni di *network* e di *empowerment*, nonché per controbilanciare l'ineguale presenza delle donne nella società. Dove invece vi siano associazioni di soli uomini, maggiori perplessità genera l'idea di una sorta di "spazio riservato" al cui interno mantenere e rinforzare le strutture di potere che collocano le donne in una posizione ineguale (per quanto, nella decisione della Ireland's High Court *Equality Authority v Portmarnock Golf Club & Ors – The Equality Authority v Portmarnock Golf Club and Others* [2004 no. 1456SS] and *Cuddy and Keane v The Equality Authority, Ireland & Attorney General* [2003 7015P], è stata affermata la legittimità dell'accesso riservato ai soli uomini.

<sup>33</sup> Questo vale soprattutto per le attività che comportano la nudità (es. piscine o palestre monogenere).

<sup>34</sup> Gli studi rilevano come le bambine siano più tipicamente orientate verso attività di natura sedentaria, mentre i bambini verso attività che coinvolgono la forza fisica. Si pensi ancora a come spesso i cosmetici, ma ancor più i detersivi e gli alimenti siano considerati prodotti femminili.

<sup>35</sup> Si pensi a come in numerose Regioni siano previste visite gratuite preventive di patologie possibili soltanto per uno dei due sessi, come patologie oncologiche riguardanti organi soltanto femminili o soltanto maschili. Ma si pensi anche a come certe tipologie di visite, in quanto legate alla specificità dei corpi, siano riservate a persone dell'uno o dell'altro sesso.

femminile<sup>36</sup>. Ad essere assunto quale parametro di riferimento generalmente valido è stato infatti il corpo maschile, rispetto al quale il femminile è stato ritenuto “altro”, dunque quale eccezione. A questa impostazione, hanno corrisposto da un lato soluzioni concrete certamente non adeguate a corpi così anatomicamente e biologicamente diversi, con un deciso impatto sulla salute della donna, posto che ogni studio e ricerca si è fondato sull’unicità del corpo maschile, non sempre garantendo efficacia alle cure predisposte. In una prospettiva più teorica, ne è però anche derivata l’idea del femminile come qualcosa di “altro”<sup>37</sup> rispetto a una norma (solo presunta) riferita al maschile, implicitamente connotata da disvalore o comunque da minorità<sup>38</sup>, proprio in quanto eccezione, “anomalia”, rispetto alla regola<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Mentre inizialmente la medicina considerava la diversità fra uomo e donna soltanto rispetto all’apparato sessuale e riproduttivo, nel 1991, furono per la prima volta dimostrate – in specie rispetto alle cardiopatie – le differenze (a discapito sistematico delle donne) anche per altri organi e patologie, tali da produrre differenze in termini di trattamento clinico, di maggiore tempistica per giungere a una diagnosi, minore applicazione di terapie salvavita, tempi di ricovero più brevi (B. HEALEY, *The Jentl syndrome. New England Journal of Medicine*, 325, 1991, 274-275); F. SIGNANI, N. NATALINI, C. VAGNINI, *Minori Gender Variant: il ruolo che un’Azienda Sanitaria può (deve?) svolgere*, introduzione al Focus su *I minori gender variant: aspetti e punti di vista*, in corso di pubblicazione nella Rivista *Genlus*). Ne è seguito un approccio interdisciplinare e scientifico alla medicina che ha trovato spazio anche sul piano normativo. Infatti, nel contesto della delega al Governo in materia di sperimentazione clinica di medicinali nonché disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria del Ministero della salute (l. 11 gennaio 2018, n. 3), è stata prevista una disposizione *ad hoc*. L’art. 3 fa infatti riferimento alla «Applicazione e diffusione della medicina di genere nel Servizio sanitario nazionale», chiedendo una «diffusione della medicina di genere mediante divulgazione, formazione e indicazione di pratiche sanitarie che nella ricerca, nella prevenzione, nella diagnosi e nella cura tengano conto delle differenze derivanti dal genere, al fine di garantire la qualità e l’appropriatezza delle prestazioni erogate dal Servizio sanitario nazionale in modo omogeneo sul territorio nazionale». Si richiede inoltre che vengano garantiti «un approccio interdisciplinare tra le diverse aree mediche e le scienze umane che tenga conto delle differenze derivanti dal genere, al fine di garantire l’appropriatezza della ricerca, della prevenzione, della diagnosi e della cura»; la «promozione e [il] sostegno della ricerca biomedica, farmacologica e psico-sociale basata sulle differenze di genere»; la «promozione e [il] sostegno dell’insegnamento della medicina di genere, garantendo adeguati livelli di formazione e di aggiornamento del personale medico e sanitario»; la «promozione e [il] sostegno dell’informazione pubblica sulla salute e sulla gestione delle malattie, in un’ottica di differenza di genere». Al Ministro della salute è richiesta l’emanazione di raccomandazioni destinate agli Ordini e ai Collegi delle professioni sanitarie, alle società scientifiche e alle associazioni di operatori sanitari non iscritti a Ordini o Collegi, volte a promuovere l’applicazione della medicina di genere su tutto il territorio nazionale, prevedendo la predisposto di un Piano formativo nazionale per la medicina di genere, volto a garantire la conoscenza e l’applicazione dell’orientamento alle differenze di genere nella ricerca, nella prevenzione, nella diagnosi e nella cura, promuovendo specifici studi presso i corsi di laurea delle professioni sanitarie, nonché nell’ambito dei piani formativi delle aziende sanitarie con requisiti per l’accreditamento nell’educazione continua in medicina.

<sup>37</sup> È certo infatti che essere considerato “altro” da qualcosa o da qualcuno presuppone un approccio che non è soltanto descrittivo, ma si traduce in un meccanismo valutativo in cui una primazia è assegnata al termine assunto quale riferimento rispetto a quanto è caratterizzato da alterità. Sul punto, imprescindibili sono gli scritti di L. GIANFORMAGGIO, *L’eguaglianza e le norme*, in ID. (a cura di), *Scritti per Umberto Scarpelli*, Milano, 1997.

<sup>38</sup> L’espressione “minorità” viene in questa sede intesa nei termini di una minorità di considerazione da parte delle pratiche mediche, non invece nel profilo della minorità numerica, posto che le donne rappresentano circa la metà della popolazione.

<sup>39</sup> Si pensi a come la psichiatria e la psicologia abbiano sviluppato gli studi sull’isteria a partire dalla osservazione delle donne e considerandola quale stato soltanto femminile. Ma si pensi anche allo studio delle

Un caso che mette in luce il rilievo della diversità dei corpi coinvolti è rappresentato dalla contraccezione, ambito che si è criticamente atteggiato sia sul piano interno, sia sul piano sovranazionale. I monitoraggi hanno infatti evidenziato il frequente rifiuto, da parte del personale medico, di praticare interruzioni di gravidanza o di somministrare pillole abortive (cosiddetta RU486) in ragione dell'obiezione di coscienza e, da parte del personale farmaceutico, di vendere contraccettivi, in nome delle proprie convinzioni religiose<sup>40</sup>. Il contesto interno impone inoltre di ricordare come l'assistenza nell'accesso alla interruzione di gravidanza – prevista dalla legge di riferimento in nome della salute della donna nell'ambito riproduttivo e di una tutela sociale della maternità<sup>41</sup> – è spesso svolta da strutture non ideologicamente neutrali, i c.d. Centri di aiuto alla vita, traducendosi nei fatti in una barriera nell'accesso a un servizio<sup>42</sup>. In proposito, è dunque interessante domandarsi se il rifiuto di accedere a pratiche abortive o contraccettive possa integrare una discriminazione, che si verifica quando una persona è trattata meno favorevolmente di come sia, sia stata o sarebbe stata trattata una persona dell'altro sesso, in una situazione analoga<sup>43</sup>. Un primo problema pare emergere dalla configurazione del test di comparazione<sup>44</sup> che viene utilizzato per valutare l'analoga di situazione nella quale potrebbe trovarsi una persona dell'altro sesso. Posto che si tratta di beni e servizi rivolti soltanto alle donne e che soltanto sulle donne impattano nei termini di mancato accesso, non può che essere problematico mettere in relazione l'ambito della contraccezione e della riproduzione con un soggetto non di genere femminile. Neppure avrebbe senso supporre una prospettiva neutra e neutralizzante, intendendo un utente del servizio o un fruitore del bene a prescindere dalla sua specifica corporeità. Infatti, ciò sarebbe di per sé discriminatorio, poiché collocherebbe le donne, e sol-

---

numerose "sindromi" tipicamente riconducibili alle sole donne, in quanto ritenute devianti da comportamenti "normali" (*rectius*, maschili), come la sindrome/depressione *post partum*.

<sup>40</sup> B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in *Il governo del corpo*, S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ E P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, II, Milano, 2011, 1655-1687; F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014; 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 *Oss. AIC*, 1, 2017; ID., *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017. Si tratta infatti di azioni che soltanto una «ristrettissima categoria professionale dotata di particolari capacità tecniche (ostetrici e ginecologi)» può svolgere, finendo per condizionare lo stesso funzionamento della legge; così, A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. pub.*, Torino, X, 1995, 254.

<sup>41</sup> Come noto, infatti, la legge sulla interruzione volontaria di gravidanza (l. 194/1978) non delinea un diritto ad accedere a pratiche abortive, fissando una serie di condizioni.

<sup>42</sup> Questi profili sono stati rilevati anche nella *concurring opinion* di Petros Stangos, Vice presidente del Comitato economico e sociale, nella pronuncia contro l'Italia, per violazione dell'art. 11 della Carta Sociale Europea da parte della l. 194/78. Questi ha enfatizzato come sia la stessa struttura della legge a non porsi come ideologicamente neutrale, piuttosto tentando di far desistere – con quello che è stato definito come "sofisticato sistema di persuasione" – le donne dall'accedere a pratiche abortive.

<sup>43</sup> Queste sono le definizioni raccolte in ognuna delle singole direttive antidiscriminatorie.

<sup>44</sup> Si tratta del procedimento tipico del giudizio antidiscriminatorio che deve verificare, attraverso appunto una comparazione, se una persona è stata trattata in modo peggiore rispetto a quanto sia, sia stata o sarebbe stata trattata un'altra persona di sesso diverso (o comunque non portatrice delle caratteristiche tutelate dall'ordinamento euro-comunitario).

tanto le donne, in una posizione di potenziale svantaggio, posto che il medesimo rifiuto opposto nell'accesso a beni e servizi contraccettivi non avrebbe alcun impatto sugli uomini.

Anche la gravidanza rappresenta una vicenda di interesse quanto all'atteggiarsi del divieto di discriminazione sulla base del genere nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi in ambito sanitario, non soltanto perché, pur non essendo una patologia, richiede una costante assistenza sanitaria, non ipotizzabile rispetto a un corpo maschile, ma anche perché si tratta di una esperienza irriducibilmente legata al corpo femminile attraversato, anche fisicamente<sup>45</sup>, dalla riproduzione<sup>46</sup>. La difficoltà di ragionare attorno al divieto di discriminazione rispetto a un'esperienza soltanto femminile consente nuovamente di problematizzare il tessuto concettuale che dal diritto antidiscriminatorio e dal divieto di discriminazione deriva, posta la difficoltà di dimostrare che una persona sia trattata meno favorevolmente di come sia, sia stata o sarebbe stata trattata una persona dell'altro sesso, in una situazione analoga. Proprio per questa consapevolezza, le Direttive tracciano una automatica equiparazione di ogni trattamento peggiore in base alla maternità e alla gravidanza quale discriminazione di genere<sup>47</sup>, con una opzione peraltro non scevra da problematicità poiché veicola l'idea che si tratti di fasi della vita eccezionali, e in quanto tale, da tutelare, non invece quali esperienze fondative dell'umanità, proprie ed esclusive, sì del corpo femminile, ma integranti l'uguaglianza e la normalità dell'esperienza della riproduzione.

Simili considerazioni impongono di ricordare il rischio insito nella regola antidiscriminatoria quando assuma quale riferimento una persona neutra, spogliata del proprio genere, annullando così ogni specificità individuale e rendendo indifferenti le condizioni, anche corporee, di cui chiunque è portatore. Va infatti tenuto conto di come ciò significhi assumere quale parametro di riferimento il maschile, riflettendo (ma al tempo stesso riproducendo) un assetto diseguale, incapace non soltanto di mitigare le differenze individuali riconducibili alle specificità corporee femminili in quanto eccezione alla normalità, ma persino di nominarle. Emergono così alcuni elementi del giudizio antidiscriminatorio che appaiono non convincenti laddove soltanto in via limitata tiene conto dell'iniustizia del trattamento *ex se*, "accontentandosi" anche solo dell'annullamento della differenza sulla base di una condizione tutelata e dell'analogia del trattamento riservato a chi non sia portatore della medesima condizione.

L'ambito della contraccezione di emergenza è, sotto questo profilo, paradigmatico poiché a rendere inefficace il divieto di discriminazione sarebbe in ipotesi sufficiente il medesimo rifiuto opposto a un uomo, sul cui differente impatto appare superfluo spendere argomentazioni, alla luce della profonda

<sup>45</sup> B. PEZZINI, *Tra Corti e provette. Momenti di bio-diritto*, in *Genesi e struttura dei diritti*, in P. TINCANI (a cura di), Milano, 2009, 89-123.

<sup>46</sup> B. PEZZINI, *Nascere dal corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, 183-245.

<sup>47</sup> Secondo la Corte di Giustizia, sentenza 14 luglio 1994, causa C-32/93, *Webb*, in Racc., I-3267, posto che la gravidanza è connaturata all'essere donna, essendo una delle modalità attraverso cui si estrinseca questa dimensione identitaria, la mancata considerazione di questa differenza determina una lesione della dignità della donna e consente di dire che è discriminata pure in assenza del soggetto con cui compararla, risultando scorretto individuare il *tertium comparationis* in un soggetto di sesso maschile in stato di malattia. V. anche Corte di Giustizia, sentenza 30 giugno 1998, *Rentokil Ltd*, C-394/96, in Racc., 1998, 4185, riguardo alla non equiparabilità dello stato di malattia conseguente ad una gravidanza, allo stato di gravidanza. Sul punto v. C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2008, 122 ss.

diversità di effetti. Sotto tale aspetto, emerge la difficoltà della dimensione antidiscriminatoria nel cogliere il diverso posizionamento che le condizioni personali possono provocare<sup>48</sup>, pure se a fronte della medesima offerta di un bene e servizio.

In questa prospettiva, emerge la distanza rispetto alla dimensione costituzionale dell'uguaglianza, che è autonoma dall'assunzione di un *tertium comparationis*<sup>49</sup>, ossia una persona rispetto alla quale mettere a paragone il trattamento subito dalla vittima della discriminazione, ponendo al centro della valutazione il criterio della ragionevolezza della distinzione consentita.

Può addurre un elemento di riflessione la inattuazione, secondo alcuni perfino un "sabotaggio"<sup>50</sup> o quanto meno un debordamento<sup>51</sup>, della legislazione in materia di interruzione di gravidanza e accesso a farmaci contraccettivi<sup>52</sup>, cui non è tuttavia corrisposta una risposta giudiziaria adeguata, men che mai avanzata mediante il giudizio antidiscriminatorio<sup>53</sup>.

Appare interessante considerare se simili aspetti possano individuarsi quali potenziali barriere nell'accesso a un diritto sociale, alla salute in specie, di cui l'accesso all'interruzione di gravidanza rappresenta una delle modalità di attuazione nella garanzia alle donne della libertà di scelta sul proprio corpo<sup>54</sup>.

L'ulteriore elemento di cui tenere conto nel trattare di discriminazioni nell'accesso ai servizi sanitari riguarda l'impatto che ha l'autonomia regionale, posto che le disuguaglianze di genere sembrano ampliarsi in nome di una discrezionalità riconosciuta dall'art. 117 Cost., i cui confini con l'arbitrio tendono però a sfumare, ancor più a seguito del quadro prospettato dalla riforma nel senso del c.d. regionalismo differenziato. Si ricordino in tale senso le violazioni riconosciute dal Comitato Europeo

<sup>48</sup> M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. BARBERA (a cura di), *op. cit.* ha rilevato come sarebbe tuttavia incompatibile un trattamento paritario che generi una diversa posizione in base a una condizione. Così si è orientata la Corte di Giustizia, *Defrenne II*, causa 149/77, pt. 27, sentenza del 15 giugno 1978; *Corollor Pension Trustees LTD*, causa C-200/91, sentenza del 28 settembre 1994; e successivamente *Office national des pensions c. Emilienne Jonkman, Hélène Vercheval e Noëlle Permesaen c. Office national des pensions*, cause riunite C-231/06, C-232/06, C-233/06, sentenza del 31 giugno 2007; causa; *Kovalska*, causa C-33/89, punto 20, sentenza del 27 giugno 1990.

<sup>49</sup> Si tratta dell'elemento con il quale viene effettuata la comparazione nel giudizio antidiscriminatorio.

<sup>50</sup> P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Milano, 2007, 141.

<sup>51</sup> Parla di un "debordamento" dell'obiezione di coscienza dall'ambito dell'IVG anche alla contraccezione d'emergenza (c.d. pillola del giorno dopo) G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO E P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, 2009, 815 ss. Ritene invece che dovrebbe essere estesa a chiunque, ivi incluso il portantino che spinge il carrello su cui è la paziente verso la sala di operazioni in cui verrà praticato l'aborto, A.C. JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Milano, 1979, p. 28, n. 1.

<sup>52</sup> È in particolare l'aborto terapeutico a essere difficilmente accessibile, neppure figurando all'interno della relazione sullo stato di attuazione della l. 194.

<sup>53</sup> M. DI MASI, *Obiezione di coscienza e interruzione volontaria di gravidanza: il Consiglio d'Europa ammonisce l'Italia*, in *QG*, 19.6.2014, che rileva la tendenziale incompatibilità dei tempi della giurisdizione con la garanzia di accesso alla interruzione di gravidanza. A livello convenzionale, v. la decisione della Corte EDU del 2011, *R.R. v. Poland* (ricorso no. 27617/04), in cui lo Stato è stato condannato per violazione della CEDU, artt. 3 (trattamento inumano e degradante) e 8 (mancato rispetto della vita privata e familiare), senza però il riconoscimento della violazione dell'art. 14, ossia del divieto di discriminazione.

<sup>54</sup> V. la decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, *Internation Parenthood Federation European Network (IPPF EN) v. Italy* (n. 87/2012), 10 marzo 2014.

dei Diritti Sociali, della Carta Sociale Europea da parte dell'Italia<sup>55</sup>, quanto alle modalità organizzative dei servizi sanitari di assistenza sessuale e riproduttiva, poiché non garantiscono la disponibilità di personale medico e ausiliario non obiettore, anche in ragione della non determinatezza e determinabilità nella programmazione degli interventi sanitari. Il Comitato economico e sociale ha individuato un doppio livello di discriminazione, sia rispetto ai profili economico-territoriali dovuti al quadro differenziato sul piano interno<sup>56</sup> che provoca barriere per chi non abbia capacità finanziarie sufficienti per muoversi dalla propria area di residenza<sup>57</sup>, sia rispetto a qualsiasi altro fruitore o utente dei servizi sanitari per i quali l'obiezione di coscienza non è consentita. Non pare tuttavia condivisibile la totale assenza di considerazione circa il fatto che è soltanto la condizione femminile a patire di quei condizionamenti dovuti all'organizzazione sanitaria, non in generale qualsiasi utente che necessita di assistenza sanitaria per altri tipi di prestazione, diversamente posizionando gli utenti del sistema sanitario sulla base del genere.

La questione impone, inoltre, il tentativo di problematizzare se e fino a che punto la questione possa essere ricostruita nei termini di bilanciamento fra la tutela delle convinzioni religiose che attraverso l'obiezione di coscienza si manifestano e quelle relative alla libertà di accesso alle prestazioni sanitarie da parte di una donna, quale espressione della propria autonomia nelle scelte che riguardano il proprio corpo, e come effetto del divieto di discriminazione sulla base del genere nell'accesso a un servizio sanitario<sup>58</sup>.

Il tema dell'accesso a beni e servizi di natura sanitaria rispetto al genere chiede altresì una peculiare riflessione rispetto alla condizione delle persone transgeneri, ossia delle persone che, vivendo un disallineamento fra corpo e psiche, in ragione della condizione denominata Disforia di genere, si ritrovano ad attraversare una forte medicalizzazione non soltanto del percorso di transizione, ma dell'intera esistenza<sup>59</sup>.

Come noto, l'estensione delle tutele previste in ragione del genere anche per coloro che hanno subito una discriminazione in ragione del cambiamento di sesso era stata riconosciuta dapprima per via giurisprudenziale, e successivamente nella Direttiva Rifusione, dunque nel contesto lavorativo, sia pure in seno a un Considerando<sup>60</sup>. Tuttavia, pure a fronte del significativo quadro discriminatorio re-

<sup>55</sup> In specie, dell'art. 11, parte I (diritto alla salute) in combinato disposto con l'art. E, parte V (non-discriminazione) della Carta Sociale Europea (riveduta nel 1996), che recita «Ogni persona ha diritto di usufruire di tutte le misure che le consentano di godere del miglior stato di salute ottenibile».

<sup>56</sup> Si tratta delle ragioni che danno luogo al c.d. "turismo abortivo" più volte rimarcato da S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 56

<sup>57</sup> M. DI MASI, *op. cit.*

<sup>58</sup> B. LIBERALI, *Il diritto di obiezione di coscienza nella procreazione medicalmente assistita: quale configurazione a seguito delle decisioni della Corte costituzionale?*, in *forumcostituzionale.it*, 5 novembre 2015; S. RODOTÀ, *Perché laico*, Bari-Roma, 2009, 36.

<sup>59</sup> Sia consentito rinviare al mio *Diritti in transito*, Milano, 2013.

<sup>60</sup> *P. c. S e Cornwall County Council*, C-13/94, 30.4.1996, in cui la Corte di giustizia ha considerato le tutele in ragione del cambiamento di sesso come rientranti nelle tutele protette dalla Dir. 76/207, oggi rifiuta nella Dir. 2006/54, al cui Considerando 3, si afferma come «il campo d'applicazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne non possa essere limitato al divieto delle discriminazioni basate sul fatto che una persona appartenga all'uno o all'altro sesso. Tale principio, considerato il suo scopo e data la natura dei diritti che è inteso a salvaguardare, si applica anche alle discriminazioni derivanti da un cambiamento di sesso». V. il caso *K.B. v National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*, C-117/01, 7.1.2004.

stituito dagli studi in materia<sup>61</sup>, non si è rilevata una risposta giudiziaria sul piano interno se non in un isolato caso relativo all'ambito locativo<sup>62</sup>.

Tuttavia, proprio nel contesto sanitario, la condizione transgenere abbisogna di una peculiare attenzione, come testimoniato da alcune azioni in corso di realizzazione<sup>63</sup>. A giustificare un trattamento differenziato è infatti la peculiarità dei corpi trans che, in questo periodo storico, stanno ponendo alla medicina questioni e dubbi prima non considerati<sup>64</sup>.

In generale, vi sono alcune questioni che tracciano una difficoltà nell'accesso a beni e servizi sanitari, cui le prassi potrebbero efficacemente porre rimedio. Si pensi a come le strutture di ricovero e sanitarie siano organizzate sulla base della differenza di genere che determina la collocazione delle persone in transizione in un reparto sulla base della propria ascrizione di genere. Si pensi ancora a come recentemente sia stata rilevata una barriera nell'accesso alle cure ormonali, e dunque alla salute, in ragione del non riconoscimento della terapia prevista per un sesso a chi è anagraficamente del sesso opposto<sup>65</sup>. Il tema si presenta peraltro come peculiare nel contesto carcerario in cui le persone trans vengono a subire un impatto deteriore nei termini di accesso alle cure, sperimentando quella che può definirsi come una "doppia reclusione"<sup>66</sup>.

Considerato quanto la condizione trans necessiti delle strutture, di beni e di servizi sanitari per l'intero percorso e in generale per l'intera esistenza, posta la costante medicalizzazione<sup>67</sup>, una maggiore attenzione alle peculiarità dei corpi coinvolti appare certamente in linea con il principio personalista che il dettato costituzionale restituisce come centrale nella propria architettura.

---

<sup>61</sup> C. D'IPPOLITI, A. SCHUSTER, *Disorientamenti*, Roma, 2011; il rapporto di Arcigay dal titolo *Io sono, io lavoro* (<http://www.arcigay.it/io-sono-io-lavoro/>) e A. LORENZETTI, G. VIGGIANI, *Hard Work. LGBTI Persons in the Workplace in Italy*, Pisa, 2016. V. anche i dati sono forniti dall'Agenzia dell'Unione Europea per i Diritti Fondamentali (c.d. FRA); v. *Omofobia e Discriminazione a causa dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere negli Stati membri dell'Unione Europea: Parte II - La situazione Sociale*.

<sup>62</sup> Trib. Trento, ord. 31.7.2018.

<sup>63</sup> Ci si riferisce a quanto approntato dall'Istituto superiore di sanità che – nell'ambito del Centro di riferimento per la medicina di genere – sta attivando azioni formative e di ricerca *ad hoc*, disponibile sul sito <https://www.iss.it/> (ultima consultazione: 11/7/2019).

<sup>64</sup> Va infatti considerato come le persone che si sono sottoposte al percorso di rettificazione del sesso (anagrafico e anatomico) nei primi anni di applicazione della legge stanno giungendo in questo periodo alla terza età, chiedendo una considerazione della specificità di corpi transitati nell'altro genere.

<sup>65</sup> V. delibera dell'AIFA, ossia dell'Agenzia del Farmaco, 1327/2015: «Modifica del regime di fornitura di medicinali per uso umano a base di testosterone», che prevede la prescrizione – da parte di specialisti e non ripetibile – di ormoni maschili per maschi anagrafici e di ormoni femminili per donne anagrafiche.

<sup>66</sup> Sia consentito rinviare a A. LORENZETTI, *Carcere e transessualità: la doppia reclusione delle persone transgender*, in *Genius*, 1, 2017, 53-69; P. VALERIO, P. MARCASCIANO, C. BERTOLAZZI (a cura di), *Trasformare l'organizzazione dei luoghi di detenzione. Persone transgender e gender nonconforming tra diritti e identità*, Napoli, 2018.

<sup>67</sup> Le persone trans infatti sono "oggetto" di trattamenti medico-sanitari per l'intera esistenza, poiché al trattamento chirurgico di asportazione delle ghiandole responsabili della produzione ormonale segue la necessità di sottoporsi a una costante terapia sostitutiva.

### 3. L'accesso alla salute come un caso di discriminazione multipla: il caso delle donne migranti e delle donne rom

L'accesso a beni e servizi di natura sanitaria si mostra quale esempio paradigmatico di discriminazione multipla<sup>68</sup>, nel mostrare l'effetto della combinazione delle fragilità che derivano dal genere e della cittadinanza o dell'origine etnica<sup>69</sup>.

A testimoniare questa valutazione è la particolare "debolezza"<sup>70</sup> delle donne straniere e migranti<sup>71</sup> e delle donne di etnia rom, non a caso definito come "a Case for Gender Equality"<sup>72</sup>, alla luce dei dati che restituiscono una condizione di salute precaria e più incerta sia rispetto agli uomini della medesima origine<sup>73</sup>, sia rispetto alle donne autoctone<sup>74</sup>. Le ragioni risiedono in una serie di fattori conco-

<sup>68</sup> Riprendendo le riflessioni di K. CRENSHAW, *Demarginalising the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine*, in *Feminist Theory and Antiracist Policies. The University of Chicago Legal Forum*, 1989, 140, la discriminazione multipla è come un incrocio in cui un incidente può accadere per il transito di auto da numerose direzioni e talvolta da più di una di esse. È importante precisare come la dottrina abbia individuato diversi tipi di discriminazione in forma multipla, ossia la discriminazione multipla in senso stretto quando due o più condizioni a rischio di discriminazione agiscono separatamente; la discriminazione composta o additiva, quando una persona viene discriminata sulla base di due o più condizioni che agiscono congiuntamente; la discriminazione intersezionale, quando più condizioni personali operano simultaneamente e interagiscono in maniera indistinta. Sul tema, v. D. SCHIEK, *From European Union non-discrimination law towards multidimensional equality law for Europe*, in D. SCHIEK, V. CHEGE (a cura di) *European Union Non-Discrimination Law. Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, London-New York, 2009, 12–13; T. MAKONEN, *Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore*, Åbo Akademy University, 2002, 10–11, in [http://www.ilga-](http://www.ilga-eu-)

[eu-](http://www.ilga-eu-)  
[rope.org/content/download/24688/157174/version/1/file/multiple,+compound+and+intersectional+discrimination.pdf](http://www.ilga-eu-) (ultima consultazione: 11/7/2019); S. BURRI, D. SCHIEK, *Multiple Discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?*, European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2, in [http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/multiplediscriminationfinal7september2009\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/multiplediscriminationfinal7september2009_en.pdf) (ultima consultazione: 11/7/2019).

<sup>69</sup> Il divieto di discriminazione nell'ambito del c.d. Diritto antidiscriminatorio non è applicabile ai cittadini di paesi terzi, avendo valenza intracomunitaria. Nella consapevolezza che si tratta di una semplificazione bisognosa di una serie di precisazioni, va però tenuto conto di come vi sia una contiguità intuitiva fra le discriminazioni fondate sulla c.d. "razza" e quelle in ragione della cittadinanza, poiché spesso le persone discriminate in ragione della propria "razza" sono cittadini stranieri e viceversa.

<sup>70</sup> Molto andrebbe precisato circa la nozione giuridica di debolezza. Si vedano le riflessioni di L. AZZENA, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti "deboli". Spunti per una teoria della "debolezza"*, in C. CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2006, 36 ss., che riconosce come vi sia un ulteriore elemento di matrice extra giuridica che caratterizza la nozione di debolezza, ovvero il carattere etico, morale, ideologico, storico, sociale, filosofico, ma soprattutto politico. Sul tema, v. M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. Dir.*, 1, 1999, 25 ss.; P. CENDON, S. ROSSI (a cura di), *I nuovi danni alla persona. I soggetti deboli*, I, II, Roma, 2013.

<sup>71</sup> E. ELLIS, *op. cit.*; M. BELL, *op. cit.*

<sup>72</sup> V. Rapporto della Commissione europea Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, *Ethnic minority and Roma women in Europe. A case for gender equality?*, 2008, disponibile in <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4833&langId=en> (ultima consultazione: 11/7/2019).

<sup>73</sup> Per quanto riguarda i cittadini stranieri, v. <https://www.istat.it/it/archivio/stranieri> (ultima consultazione: 11/7/2019). Per quanto riguarda la condizione rom, è stata ad esempio rilevata l'assenza di cure e assistenza pre e post parto, come pure una significativa discriminazione all'esterno della comunità, anche attuata mediante pratiche di sterilizzazione forzata pure agite nel contesto della sanità pubblica di alcuni paesi: ECHR, V.C. v.

mitanti, tra cui certamente la tendenziale debolezza sociale e in generale una non adeguata esperienza del personale sanitario di fronte alle questioni culturali e religiose che le donne migranti e rom pongono, combinate con fattori di natura organizzativa e con l'assenza di informazioni disponibili nelle lingue straniere e di mediatori culturali o interpreti<sup>75</sup>.

Nella costruzione del test antidiscriminatorio, la particolare fragilità delle donne straniere e di etnia rom emerge con evidenza, posto che assumendo un uomo della medesima origine come *tertium comparationis*, e dunque provando a mostrare la discriminazione in ragione del genere, sarebbe probabilmente l'origine etnica a doversi individuare quale causa della discriminazione, dovendosi ritenere non sussistente la discriminazione sulla base del genere. La valutazione comparativa stenterebbe infatti a riconoscere il particolare svantaggio sperimentato rispetto agli uomini, in quanto donne e in quanto straniere o rom. Analogamente, assumere la condizione delle donne non straniere o non rom come *tertium comparationis* renderebbe impercettibile la peculiarità che deriva dalla combinazione delle due condizioni personali, poiché la ragione del trattamento potrebbe essere individuata nell'origine etnica, facendo sfumare la valenza discriminatoria di un atto o di un comportamento agito allo stesso modo nei confronti di una donna non straniera o non rom. Fondamentale appare dunque la messa a fuoco di come sia proprio l'effetto della combinazione fra origine etnica e genere a generare un effetto moltiplicatore della fragilità sociale che la considerazione delle condizioni, singolarmente prese, non consentirebbe di percepire e che il test antidiscriminatorio stenta a cogliere. Questo è infatti implicitamente basato su una (sola) condizione personale protetta, aspetto che impone di "scegliere" quale strumentario di tutele utilizzare, generando una difficoltà per chi viva una disparità di trattamento per la contemporanea presenza di più condizioni. La paradossale conseguenza è che, proprio in ragione della modalità di formulazione della regola antidiscriminatoria a partire da un individuo neutro, spogliato delle proprie caratteristiche personali, risulterà assai complesso attivare strumenti di protezione adeguati alla specificità del caso di fatto rendendo possibile un impatto diseguale per coloro che vivono all'incrocio di più caratteristiche personali a rischio di discriminazione.

In chiusura, vanno segnalate alcune normative di rango secondario che hanno generato una barriera nell'accesso a beni e servizi di natura sanitaria. Ci si riferisce alla legislazione regionale che ha vietato di entrare con il volto coperto in tutte le strutture regionali, ivi incluse le strutture sanitarie, con un impatto esiziale per le donne di religione islamica che indossano il velo. Posta la supposta esigenza che è alla base del divieto, ossia il contrasto al terrorismo c.d. di matrice islamica, è però importante interrogarsi sulla proporzionalità dello strumento utilizzato che, di fatto, preclude qualsiasi accesso a

---

*Slovakia*, Application no. 18968/07, 8.2.2012; *N.B. v. Slovakia*, Application no. 29518/10, 12.09.2012; and *I.G. and others v. Slovakia*, Application no. 15966/04, 29.04.2013. Il peggior stato di salute delle donne rom rappresenta una eccezione agli studi secondo i quali, di norma, migliori sono il benessere complessivo e l'aspettativa di vita per gli uomini.

<sup>74</sup> M. DOTTI, S. LUCI, *Donne in cammino. Salute e percorsi di cura di donne immigrate*, Milano, 2008; A. GENOVA, *Policy to tackle health inequalities in accessing health services for migrant women in Italy: a regional comparative analysis in Marche and Emilia Romagna*, in *Soc. dir.*, 1, 2014, 145.

<sup>75</sup> V. rapporto del Ministero della Salute, che conferma i dati emersi dal rapporto della Fundamental Rights Agency del 2013, *Inequalities and multiple discrimination in access to and quality of healthcare*, disponibile in [http://fra.europa.eu/sites/default/files/inequalities-discrimination-healthcare\\_en.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/inequalities-discrimination-healthcare_en.pdf) (ultima consultazione: 11/7/2019).

strutture ospedaliere obbligando le utenti che indossano il velo a scegliere fra il rispetto delle regole della propria confessione religiosa e la tutela della salute che, in quanto diritto fondamentale, non dovrebbe però entrare in bilanciamento con il credo<sup>76</sup>.

Il contesto giuridico pare spesso mostrarsi non adeguato a rimuovere e persino a cogliere la specifica fragilità delle donne migranti e delle donne di alcune etnie, paradossalmente, quasi rafforzandola, imponendo l'individuazione di eventuali strumenti di reazione, primo dei quali l'attivazione di buone pratiche e azioni positive<sup>77</sup>.

#### 4. Il diritto antidiscriminatorio e le sue tensioni irrisolte

L'ambito dell'offerta di beni e servizi sanitari in specie rispetto al genere si mostra di particolare interesse nel mettere in luce alcune caratteristiche del diritto antidiscriminatorio, a partire da quella che ne è l'origine. Inizialmente, il divieto di discriminazione era infatti pensato in una chiave economica, volta ad evitare barriere, anche potenziali, alla libera circolazione e agevolare la creazione di un mercato unico, evitando il *dumping* sociale, ossia uno svantaggio per le imprese di quegli Stati in cui la parità salariale fra lavoratori e lavoratrici generava un "aggravio" non esistente laddove la manodopera femminile aveva un costo minore. Per quanto si tratti di un aspetto attenuato o secondo taluno superato con l'approvazione della Carta di Nizza (2000) e del Trattato di Lisbona (2009)<sup>78</sup> che hanno riconosciuto una dimensione sociale al divieto di discriminazione, includendo anche il concetto di dignità<sup>79</sup>, la sua genesi pare tuttavia influenzare ancora l'intera riflessione sulla materia e i suoi effetti pratici. Basti pensare a come, ad esempio, la legislazione antidiscriminatoria potrebbe paradossalmente far ritenere non vigente il divieto nel caso di beni e servizi offerti a titolo gratuito, aspetto

<sup>76</sup> Sul punto è peraltro intervenuta anche una pronuncia che ha ribadito la correttezza della deliberazione n. X/4553 della Giunta regionale Lombarda del 10.12.2015, sul «rafforzamento delle misure di accesso e permanenza nelle sedi della giunta regionale e degli enti società facenti parte del sistema regionale» (Trib. Milano, 20 aprile 2017).

<sup>77</sup> Si pensi all'impatto che potrebbero avere anche semplici modalità organizzative come la presenza di personale medico sanitario di sesso femminile, o la previsione di servizi sanitari *ad hoc* per chi abbia una particolare provenienza o credo religioso, così da rispondere ai bisogni effettivi, o ancora la semplice separazione sulla base del genere dei beni e dei servizi sanitari consentirebbe di annullare le barriere per coloro che, in un contesto promiscuo, ne sarebbero escluse per ragioni culturali e religiose, riconducibili all'imbarazzo e al timore di molestie sessuali o di violenze o in generale poiché il contatto fra uomo e donna è ritenuto non appropriato. V. quanto sperimentato dalla Direzione Sanitaria dell'Azienda Unità Sanitaria Locale Città di Bologna. Centro per la salute delle donne straniere e dei loro bambini. Si pensi ancora alla possibilità di coinvolgere mediatori culturali, a corsi di formazione *ad hoc* per il personale sanitario o per chi provenga da minoranze religiose e/o culturali. Anche la creazione di studi sulla medicina delle migrazioni sarebbe di fondamentale apporto. S. GERACI, M. MARCECA, *La promozione della salute per gli stranieri: normativa nazionale sull'accesso ai servizi e politiche locali*, in *Atti della Conferenza nazionale "Migrazioni e salute" - Bari, 3-4 maggio 2002*, Lecce, 2002, 36-51.

<sup>78</sup> M. BARBERA, *op. cit.*

<sup>79</sup> Per un approfondimento, v. M. BARBERA, *op. cit.*; B. PEZZINI, A. LORENZETTI, *Il principio di parità tra uomo e donna nell'integrazione europea: costruzione del genere e costruzione dell'uguaglianza*, in P. GARGIULO (a cura di), *Politica e diritti sociali nell'Unione Europea. Quale modello sociale europeo?*, Napoli, 2011.

problematico posto che le discriminazioni appaiono ancor più odiose se collocate in un contesto di non onerosità del servizio<sup>80</sup>.

Inoltre, il divieto di discriminazione di matrice euro-unitaria è soddisfatto quando non vi siano differenze nel mercato dei consumi (ma parimenti accade in quello del lavoro) sulla base di una delle condizioni tassativamente elencate, pure in presenza di una ingiustizia e una ingiustizia del trattamento. Non pare dunque connotarsi come una affermazione generalmente valida e con clausole aperte in grado di respingere qualsiasi differenza di trattamento sulla base di una condizione personale ritenuta motivo di una discriminazione negli ambiti di vigenza del divieto. Al contrario, l'individuazione di un elenco di condizioni e di settori marca una netta separazione fra ciò che è incluso nelle tutele e ciò che ne è escluso. Questo aspetto genera alcune ambiguità, non soltanto per la frequente difficoltà nell'individuare i confini delle condizioni personali protette<sup>81</sup> e degli ambiti di vigenza del divieto<sup>82</sup>, ma anche perché comunque nessuna elencazione sarà mai esaustiva delle caratteristiche personali e dei contesti in cui una discriminazione può verificarsi, aprendo a un vuoto di tutele.

Peraltro, il diritto antidiscriminatorio pari quasi "accontentarsi" di una neutralizzazione delle differenze e di un trattamento formalmente paritario, non rilevando ad esempio l'anomalia di una debole e problematica attivazione degli strumenti preferenziali, come le azioni positive<sup>83</sup>, poco considerate negli atti di recepimento e profondamente condizionate (*rectius*, limitate) dalla Corte di giustizia<sup>84</sup>, in quanto forma di potenziale svantaggio per alcune condizioni. Ricordando come gli strumenti di "diritti

---

<sup>80</sup> Così pare trarsi dal riferimento, nel Considerando 11, all'art. 50 del Trattato, laddove, nella specifica di quali siano i beni e i servizi oggetto della disciplina, viene precisato che, per beni, dovrebbero intendersi «quelli disciplinati dalle disposizioni del trattato che istituisce la Comunità europea riguardanti la libera circolazione delle merci. [mentre] Per servizi si dovrebbero intendere quelli disciplinati dall'articolo 50 di tale trattato». Tuttavia, tale dizione potrebbe intendersi come riferita non a un costo del bene o del servizio oggetto della transazione per l'utenza, ma al suo valore economico, potendovi dunque rientrare anche beni e servizi offerti gratuitamente al pubblico.

<sup>81</sup> Si pensi alla difficoltà di tracciare un confine netto fra le tutele in ragione della disabilità o dell'età, o fra le tutele rientranti nella Direttiva "Razza" (Dir. 2000/43) e quelle riconducibili alla religione che pure spesso sono ad essa idealmente riconducibili.

<sup>82</sup> Si pensi a come, ad esempio, l'ambito della formazione professionale e dei servizi per l'impiego potrebbe in ipotesi rientrare sia nelle tutele offerte, rispetto al genere, dalla Direttiva Rifusione (Dir. 2006/54), sia nell'ambito della Direttiva Servizi (2004/113), intendendole come servizi.

<sup>83</sup> Tra la vasta letteratura in materia v. A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova, 2002; M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Napoli, 2008; O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, 2005.

<sup>84</sup> Nozione classica del diritto antidiscriminatorio e misura di "diritto diseguale", le azioni positive hanno trovato poca fortuna negli atti di recepimento e laddove attuate hanno incontrato il blocco della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, in quanto – attribuendo vantaggi alle donne – sono state considerate come generanti una discriminazione a danno degli uomini. V. Corte di giustizia, *Kalanke*, causa C-450/93, sentenza del 7 ottobre 1995; *Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalia*, causa C-409/95, sentenza del 11 novembre 1997; *Badeck*, causa C-158/97, sentenza del 28 marzo 2000; *Abrahamsson*, causa C-407/98, sentenza del 6 giugno 2000; *Briheche*, causa C-319/03, del 30 settembre 2004. L'interpretazione della giurisprudenza euro-unitaria ha subordinato l'ammissibilità delle azioni positive al fine specifico di ridurre le disparità esistenti, all'assenza di automatismi, alla proporzionalità delle misure rispetto allo scopo (nel senso che va preferito lo strumento meno invasivo); da notare che il riferimento al sesso sottorappresentato si evolve progressivamente nei termini di una neutralizzazione dei destinatari (in relazione al genere).

to diseguale” spiegano la propria forza proprio nell’inversione dello *status quo* che traccia una impari collocazione delle persone, la loro debole efficacia sul piano euro-unitario pare confermare come il diritto antidiscriminatorio stenti a comprendere l’attivazione di quei canoni che, rapportati sul piano costituzionale, sarebbero da intendersi come inveramento dell’uguaglianza sostanziale, proprio in quanto via di rimozione degli ostacoli che soltanto alcune condizioni personali fronteggiano. I divieti, peraltro, non sono formulati per evitare le differenze di trattamento verso coloro che vivono una condizione “minoritaria” numericamente (dunque ad esempio, per le persone disabili o per le persone con un orientamento sessuale omosessuale o bisessuale) o in termini di rappresentatività (come ad esempio, rispetto alle donne), agendo in termini “bidirezionali”, ossia essendo ipoteticamente applicabili anche a tutela delle condizioni considerate maggioritarie (in termini numerici o di potere).

Pur con l’obiettivo di fissare un principio di parità di trattamento in ragione di alcune condizioni personali e in alcuni ambiti, il diritto antidiscriminatorio mostra dunque un limitato impatto quanto all’obiettivo di ridurre lo squilibrio esistente in chiave di ripristino dell’uguaglianza. Nel suo “accontentarsi” della parità formale viene infatti a rendere indifferenti le condizioni personali tutelate, schiacciando la vittima di discriminazione verso una neutralizzazione identitaria, che finisce per spogliarla della sua corporeità. Neppure consente di percepire le precondizioni, gli impliciti, che grande impatto hanno sulle discriminazioni, se non generandole, certamente non impedendole, né consentendo di individuarle. Di fatto, tale aspetto non consente però di tenere conto di come non siano tutte le condizioni a posizionare diversamente le persone nel mercato dei consumi (o del lavoro), ma soltanto alcune rispetto alle quali dovrebbe essere valorizzato il potenziale di inversione dello *status quo*. Sembrano così delinearci alcuni caratteri della prospettiva antidiscriminatoria che appaiono limitanti soprattutto se posti in relazione con il principio di uguaglianza costituzionale che non presenta una elencazione, tassativa ed esaustiva, di condizioni personali, come pure di specifici ambiti e settori, rispetto a cui vige il divieto di un trattamento differenziato, così come non si fonda sulla necessità di *assumere* – quale *tertium comparationis* – una persona rispetto alla quale parametrare il trattamento subito dalla vittima della discriminazione, *assumendo* la ragionevolezza della distinzione come regola con cui valutare la differenza di trattamento.

Così, nella prospettiva antidiscriminatoria, l’offerta indifferenziata di un bene o un servizio, anche se stigmatizzante e iniqua, potrebbe ipoteticamente essere sufficiente a superare il test antidiscriminatorio, poiché non tratta in maniera differente sulla base delle caratteristiche protette e dunque garantisce una quanto meno formale parità di trattamento. Soltanto con difficoltà la regola antidiscriminatoria appare invece in grado di percepire quando una differenza di trattamento impatti direttamente o indirettamente soltanto su un sesso, o solo su una condizione personale, poiché a fronte di un trattamento formalmente paritario e in assenza di una comparazione e di una comparabilità con chi non sia portatore della medesima condizione, l’effetto discriminatorio pare quasi sfumare<sup>85</sup>. È vero che progressivamente la Corte di giustizia si è affrancata dal giudizio di comparabilità, ma l’astrazione dalla comparabilità con una vicenda concreta e una persona reale è stata sempre am-

<sup>85</sup> M. BARBERA, *op. cit.*, ha rilevato come sarebbe tuttavia incompatibile un trattamento paritario che generi una diversa posizione in base a una condizione. Tuttavia, per come sono formulate le disposizioni, si ritiene che la cecità alle condizioni di partenza che diversamente posizionano le persone stenti a essere riconosciuta dal diritto antidiscriminatorio.

messa in via eccezionale e introducendo la *fictio* della discriminazione ipotetica e potenziale, senza dunque del tutto sottrarsi ad essa.

Va pure considerato come le numerose eccezioni previste e alcune modalità redazionali degli atti di diritto antidiscriminatorio hanno propalato l'idea di un divieto la cui forza e vigenza non è assoluta, ma mitigata in ragione di altri controinteressi, come la libertà contrattuale che viene espressamente preservata rispetto al genere e in misura meno marcata rispetto alla "razza" e all'etnia. Sotto questo profilo, le operazioni di bilanciamento profilate dalla normativa quando, nel vietare una discriminazione di genere, tutela la libertà di scelta del contraente, sembrano implicitamente presupporre la comparabilità degli elementi che si confrontano (principio di non discriminazione *versus* libertà contrattuale), dunque la loro parità assiologica, aspetto che dovrebbe però essere considerato con estrema cautela<sup>86</sup>.

Un ulteriore carattere del diritto antidiscriminatorio che l'ambito dell'accesso a beni e servizi di natura sanitaria mette chiaramente in rilievo quale potenziale limite, in specie rispetto al genere, è rappresentato dall'intendere la maternità e la gravidanza come eccezioni alla parità, non invece quali esperienze caratterizzanti l'essere umano e la generazione, posto che si nasce esclusivamente da un corpo di donna<sup>87</sup>. La stessa assenza di problematizzazione dell'equiparare la gravidanza e la maternità a una discriminazione sulla base del sesso mostra la difficoltà di percepire lo slittamento concettuale fra il contrasto alle discriminazioni fra uomo e donna e l'equiparazione *tout court* di esperienze specificamente proprie del corpo femminile. Tale aspetto non dovrebbe forse sorprendere ricordando che il diritto antidiscriminatorio intende il genere e il sesso come *una* delle condizioni sulla base delle quali vietare le discriminazioni, al pari di "razza" e origine etnica, disabilità, età, orientamento sessuale, religione e convinzioni personali, senza tuttavia tener conto di alcuni aspetti che dovrebbero indurre a considerarli in modo profondamente diverso. In primo luogo, si deve constatare come soltanto rispetto alle discriminazioni di genere vi sia un fondamento nel diritto primario, delineando

<sup>86</sup> L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Napoli, 2011; D. LA ROCCA, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo: le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, 2008; D. MAFFEIS, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in *NLCC*, I, 2015; ID., *Il diritto antidiscriminatorio dei contratti*, in *NLCC*, 2010; ID., *Divieto di discriminazione*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *I principi "Acquis" del diritto comunitario dei contratti*, Torino, 2009; ID., *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2008, 401; ID., *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007; ID., voce *Discriminazione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Ann., Milano, 2011; M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, Napoli, 2008. In merito al bilanciamento fra libertà di impresa e principio di non discriminazione, v. Corte di Giustizia, *Samira Achbita & Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. G4S Secure Solutions NV*, causa C-157/15, sentenza del 14 marzo 2017; *Asma Bougnaoui & Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v. Micropole SA, già Micropole Univers SA*, causa C-188/15, sentenza del 14 marzo 2017. In quest'ultima, la Corte di Giustizia ricorda come la restrizione alla libertà di indossare il velo islamico fosse giustificata dal fatto che la lavoratrice era a contatto con i clienti e dalla proporzionalità rispetto all'obiettivo della Micropole di preservare la propria immagine, senza ledere le convinzioni personali dei suoi clienti. In *Achbita*, la Corte valorizza la libertà d'impresa che è integrata dalla volontà del datore di lavoro di mostrare ai suoi clienti un'immagine di neutralità politica, filosofica e religiosa nei rapporti con i clienti, la cui valutazione quale finalità legittima, perseguita con mezzi appropriati e necessari, è rimessa al giudice interno anche per escludere il particolare svantaggio che la farebbe divenire una discriminazione in forma indiretta.

<sup>87</sup> B. PEZZINI, *Nascere dal corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, 1, 183-245.

così una chiara gerarchia di protezione rispetto a tutte le altre condizioni le cui tutele sono consentite, ma non direttamente affermate nei Trattati<sup>88</sup>. Questa affermazione potrebbe essere temperata ricordando come la Carta di Nizza abbia operato una parificazione delle diverse condizioni personali rispetto alle quali è vietata ogni forma di discriminazione<sup>89</sup>; tuttavia, a sua volta, essa valorizza una primazia del sesso quale condizione tutelata laddove non semplicemente si limita ad affermare la vigenza di un principio ma dichiara – in una disposizione *ad hoc* – che la parità di genere «deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione», aprendo alla possibilità di misure preferenziali<sup>90</sup>. Così, analogamente, pure se la Corte di giustizia ha ritenuto il principio di non discriminazione contenuto nelle direttive come radicato nel diritto UE primario<sup>91</sup>, non sembra potersi argomentare la messa in discussione della primazia del sesso alla luce del differente fondamento nei Trattati.

Al di là del dato normativo, comunque significativo, pare di doversi ricordare come la differenza fra uomo e donna non possa essere ridotta a una qualsiasi caratteristica personale in grado di generare una impari collocazione nel mercato dei consumi (ma analogamente sarebbe rispetto al mercato del lavoro), posto che si tratta di una condizione che fonda l'esperienza relazionale e di vita di ogni individuo e della comunità. Uomini e donne, infatti, non vivono la società da una posizione paritaria, per cui l'introduzione di un divieto di discriminazione che neutralmente approcci le persone a prescindere dal genere finisce inevitabilmente per veicolare e rinforzare il quadro delle discriminazioni esistenti, rendendo invisibili le sovrastrutture, i presupposti, gli impliciti<sup>92</sup> che il diritto stesso riflette, ma al tempo stesso veicola e riproduce in un rapporto circolare<sup>93</sup>.

Questi aspetti non devono tuttavia far scivolare in secondo piano la constatazione di come il principio di non discriminazione di matrice euro-unitaria abbia certamente consentito di mettere a tema ambiti e condizioni soggettive che difficilmente avrebbero potuto trovare un riconoscimento giuridico e

<sup>88</sup> Infatti, per le condizioni diverse dal genere, le tutele sono apprestate soltanto a livello di diritto derivato, né l'art. 19 TFUE (ex art. 13 del TCE) impone un'azione di contrasto, soltanto riconoscendo al Consiglio la facoltà di prendere gli opportuni provvedimenti di contrasto alle discriminazioni in ragione delle diverse condizioni tutelate.

<sup>89</sup> Art. 21, rubricato «Non discriminazione» secondo cui «È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

<sup>90</sup> Art. 23, rubricato «Parità tra uomini e donne».

<sup>91</sup> V. Corte di giustizia, *Mangold*, causa C-144/04, sentenza del 22 novembre 2005; *Kücükdeveci*, causa C-555/07, sentenza del 19 gennaio 2010. Il giudice di Lussemburgo afferma che il principio di non discriminazione in ragione dell'età costituisce un principio generale dell'Unione, comune alle tradizioni degli Stati membri, sancito all'art. 21 della Carta di Nizza e concretizzato nella direttiva 2000/78. Si vedano anche le due pronunce *Achbita*, causa C-157/15 e *Bougnou*, causa C-188/15, cit., sulla base della religione.

<sup>92</sup> B. PEZZINI, *Implicito ed esplicito nel rapporto circolare fra genere e diritto*, in L. MORRA, B. PASA (a cura di), *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Torino, 2015, 202-234.

<sup>93</sup> Ha evidenziato il rapporto di circolarità fra genere e diritto, B. PEZZINI (a cura di), *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, Bergamo, 2012, il cui sottotitolo significativamente ricorda come *il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*. L'autrice ha messo in rilievo l'influenza che sul diritto hanno le dinamiche di potere, di cui sono allo stesso tempo la causa.

una tutela in alcuni ordinamenti<sup>94</sup>. In generale, esso ha rappresentato, e rappresenta, un passaggio comunque significativo nell'evoluzione del diritto dell'Unione verso una dimensione sociale, ponendosi quale strumento di tutela sino ad allora inedito attuato mediante una serie di istituti e fattispecie, quali ad esempio l'attenuazione dell'onere probatorio, la legittimazione attiva da parte delle associazioni rappresentative dell'interesse leso, la previsione di strumenti e percorsi giudiziari *ad hoc*. Ciononostante, permane la sensazione del suo essere incentrato sulla proibizione della discriminazione e sulla sanzione che ne consegue, molto più debolmente potendo però porsi quale strumento di ridefinizione degli spazi che hanno reso possibile la vicenda discriminatoria e dunque di inclusione di chi da quegli spazi era precedentemente escluso. Parimenti, il divieto di discriminazione non sembra interrogarsi, né problematizzare le condizioni (o le pre-condizioni) che hanno posto le basi perché la discriminazione e il pregiudizio che ne è alla fonte si verificassero. Esso si mostra efficace nella rimozione della discriminazione verso una certa persona, in un determinato momento e per una particolare condizione, senza però orientarsi verso un complessivo ripensamento delle ragioni che sono alla base dell'atto o del comportamento discriminatorio, dunque di quell'assetto gerarchico che ha reso possibili quelle discriminazioni e di cui sono al tempo stesso l'effetto in un rapporto di circolarità e mutua influenza. Il divieto di discriminazione lascia infatti immutato il quadro di insieme, intatta restando la possibilità che siano sempre e comunque possibili ulteriori discriminazioni verso la stessa persona, verso altre persone, per le medesime o per altre condizioni personali, o in altri luoghi e per altre ragioni<sup>95</sup>. L'effetto del non imporre, e del non ipotizzare neppure, la modifica di quelle condizioni o precondizioni che hanno reso possibile la discriminazione, al contrario limitandosi a opporsi al suo protrarsi e al suo verificarsi, si pone come caratteristica del divieto di discriminazione i cui effetti paiono però limitare le tutele. Infatti, la garanzia dell'uguaglianza pare presupporre una ridefinizione nel loro complesso dei contesti in cui le persone abitano, senza arrestarsi all'obiettivo di evitare o eliminare le discriminazioni. Piuttosto, dovrebbe porsi quale finalità il ripensamento delle strutture di potere sulla base delle quali le persone sono discriminate in quanto codificate come appartenenti al parametro assunto come riferimento o quale eccezione a esso, provocando una diversità di collocazione, con un effetto sulla pienezza di diritti e garanzie individuali. Così, se il maschile viene assunto quale parametro di riferimento, implicitamente qualificato come "superiore", rispetto al femminile che è "altro" da esso, inesorabilmente marcato da un segno di subordinazione e inferiorità<sup>96</sup>, a doversi mettere in discussione sarà l'immaginario simbolico che ne risulta, con la conseguente opportunità di ripensare le esistenti gerarchie in chiave di ripristino dell'uguaglianza, o quanto meno di presa d'atto delle esistenti gerarchie in chiave di problematizzazione e decostruzione. Nello specifico contesto dell'accesso a beni e servizi di natura sanitaria, occorre peraltro tenere conto di come si tratti di un diritto fondamentale strettamente connesso all'inveramento dell'uguaglianza nella sua dimensione sostanziale. Da ultimo, essendo coinvolto l'ambito della riproduzione, è da considerare

<sup>94</sup> Si pensi alle tutele in ragione dell'orientamento sessuale che in alcuni Stati membri di impronta più marcatamente tradizionalista non avrebbero probabilmente trovato spazio nel dibattito pubblico.

<sup>95</sup> B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (cur.), *op. cit.*, 1150 ss.

<sup>96</sup> Infatti, inquadrare le tutele per una condizione personale in quanto "altro da" marca di un segno di implicita minorità l'elemento di valutazione che viene parametrato rispetto alla condizione assunta quale riferimento universale.

pure il convitato di pietra che consiste nel rischio di esautorare la donna dalla libertà su scelte che sul proprio corpo insistono, laddove il riferimento sia un individuo neutro, spogliato della sua corporeità, elemento che induce a circondare di cautele l'intera riflessione.

In proposito, è interessante ricordare le letture che hanno valorizzato l'uguaglianza quale diritto alla differenza o alla diversità<sup>97</sup>, il cui potenziale non emerge soltanto quanto al contrasto delle discriminazioni esistenti, ma anche di quell'orizzonte simbolico che evocano e da cui sono prodotte. Valorizzare il diritto alla diversità certamente consentirebbe di dare maggiore enfasi alle misure preferenziali<sup>98</sup> per ridurre o rimuovere l'impatto negativo che il genere ha nell'accesso a beni e servizi di ambito sanitario. Potrebbe ad esempio prendersi atto della necessità che, in ragione del genere e verso il solo genere femminile, possano essere attuate misure promozionali o azioni positive che riconoscano la necessaria specificità, anche per l'intreccio del genere con altre condizioni. Senza il rischio che si prefiguri una *reverse discrimination*<sup>99</sup>, il bisogno di proteggere la diversità e la specificità del genere femminile dovrebbe condurre ad ammettere, anzi incentivare, il ricorso a offerte di beni e servizi specificamente pensati in ragione del genere. Similmente rispetto alle altre condizioni tutelate che – laddove bisognose del superamento di uno *status quo* di subordinazione – potrebbero giovare dell'azione dei meccanismi preferenziali.

Occorre però rilevare come neppure questa prospettiva consenta di superare appieno l'impatto della neutralità antidiscriminatoria, che continuerebbe comunque ad assumere alcune condizioni come parametro di riferimento, tutelando gli altri elementi del binomio (femminile, rispetto al maschile; disabile, rispetto a abile; omosessuale, rispetto a eterosessuale) in ragione della loro "differenza", senza percepire il portato performativo (e non soltanto descrittivo) sotteso a questa operazione, poiché tutelare una persona in quanto "diversa da" significa implicitamente assumere una condizione come parametro di riferimento.

Contestando gli elementi di fragilità della prospettiva antidiscriminatoria<sup>100</sup> e facendo propria la riflessione attorno al "dilemma della differenza" che grande peso ha rispetto all'accesso a diritti sociali<sup>101</sup>, la dottrina ha così ipotizzato un principio di antisubordinazione di genere individuando le sue ra-

<sup>97</sup> S. NICCOLAI, *Differenze come cose e come valutazioni*, in F. CERRONE, M. VOLPI (a cura di), *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Napoli, 2007; I. RUGGIU, *La diversità culturale come bene pubblico tra Europa e Stati costituzionali*, in R. CERCHI, G. LOY (a cura di), *Rom e Sinti in Italia. Tra stereotipi e diritti negati*, Roma, 2009, 97 ss.; ID., *Effettività del diritto e protezione delle minoranze. Per un principio costituzionale della diversità*, in *Polemos*, I, 2009, 27 ss.; ID., *Diversity as a public good? Cultural identity in Legal Narratives*, in S. NICCOLAI, I. RUGGIU (a cura di), *Dignity in change Exploring the Constitutional Potential of EU Gender and Antidiscrimination Law*, Firenze, 2010, 151-184; ID., *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2012.

<sup>98</sup> È solo possibile in questa sede ricordare L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, 2005.

<sup>99</sup> Si parla di *reverse discrimination* in relazione all'effetto delle misure preferenziali, azioni positive, attivate in chiave di ripristino dell'uguaglianza sostanziale, cui segue l'effetto di produrre discriminazioni verso la condizione maggioritaria.

<sup>100</sup> B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, cit.; M.A. BARRÈRE UNZUETA, *Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo, Il principio di uguaglianza di donne e uomini come strategia per una rilettura giuridica*, in *Diritti delle donne tra particolarismo e universalismo*, in *Ragion pratica*, 23, 2004, 364.

<sup>101</sup> M. MINOW, *Learning to live with the Dilemma of Difference: Bilingual and Special Education*, in *Law and Contemporary Problems*, 48, 2, 1984; ID., *Making all the difference. Inclusion, exclusion, and American law*, Ithaca-

dici nella Costituzione. A partire dalla lettura delle disposizioni in materia di uguaglianza (art. 3), di lavoro e donna lavoratrice (art. 37), di famiglia (artt. 29 e ss.), di diritti politici e accesso alle cariche pubbliche (artt. 49, 51, 117, co. 6), è stata valorizzata l'intenzione *delle e dei* costituenti di trasformare e invertire il "senso" delle relazioni di genere e l'assetto profondamente gerarchizzato e gerarchizzante pre-esistente che l'ordinamento giuridico rifletteva, ma al tempo stesso riproduceva. L'ordine sociale rispetto a cui la Costituzione si pone in netta discontinuità riteneva infatti "naturale", e dunque legittimo, un assetto diseguale in ragione del genere e la disparità spesso assunta quale giustificazione per ulteriori differenze discriminatorie introdotte (o mantenute) per legge<sup>102</sup>.

A caratterizzare il principio di antisubordinazione di genere è la capacità di rendere visibili le relazioni di potere nella misura in cui producono un assetto gerarchico, riflesso dal genere e di cui il genere è – in un rapporto circolare – esso stesso riflesso<sup>103</sup>. L'antisubordinazione non mira però soltanto a evitare le discriminazioni, o meglio non si "accontenta" di un'assenza di discriminazioni, piuttosto puntando a rendere visibili i presupposti che le hanno rese possibili, rimuovendole o comunque in primo luogo nominandole e riconoscendole come illegittime.

Attraverso le lenti dell'antisubordinazione di genere pare nitidamente emergere la distanza fra una differenza di trattamento legittima e una discriminazione di genere nell'accesso a beni e servizi sanitari, in primo luogo poiché rende necessaria una riflessione sulle ragioni che ne sono alla base. Sarà così possibile percepire quando è la specificità somatica, biologica, cromosomica a determinare una diversità nell'accesso a beni e servizi o quando ciò appaia l'acritico precipitato di una pretesa naturalizzazione di condizioni socialmente determinate per cui si assume la necessità di trattare uomini e donne allo stesso modo, a prescindere dall'ascrizione sessuata. Illegittime saranno dunque da considerarsi le differenze che riflettano o veicolino stereotipi, una visione uomo/donna come sfere separate con diverse attitudini e competenze ipostatizzate e ascritte a un ordine naturale immutabile, come pure una reificazione dei corpi femminili. Saranno invece da ritenersi legittime le differenze radicate nella specificità dei corpi o comunque funzionali al contrasto della disuguaglianza e degli stereotipi che ne sono spesso la causa, dunque al pieno invero dell'uguaglianza, senza che possa generarsi una *reverse discrimination* verso gli uomini. Rimuovere un assetto fortemente condizionato dai tradizionali ruoli di genere e promuovere il pieno accesso alla sfera pubblica da parte del genere sotto rappresentato certamente integra l'uguaglianza piuttosto che violarla *anche se* (o meglio, *proprio in quanto*) attuata sotto forma di un trattamento differenziato. Infatti, si tratta di azioni che possono contribuire al processo di ridefinizione delle relazioni di potere fondate sul genere, nel rendere visibili le diverse modalità in cui donne e uomini diversamente abitano gli spazi pubblici. Il rischio di lasciare spazio a derive essenzialiste può efficacemente essere controbilanciato restituendo centralità alla differenza di genere laddove per la persona si traduca in una gabbia al cui interno le possibilità, le ambizioni, i desideri individuali vengano a essere oppressi o condizionati per ragioni di natura sociale, condizionando la piena espressione del principio personalista. L'antisubordinazione infatti consente di "leggere" quando una differenza è generata da una proiezione sociale dell'essere uomo

London, 1990; D. MORONDO TARAMUNDI, *Il dilemma della differenza nella teoria femminista del diritto*, Pesaro, 2004.

<sup>102</sup> B. PEZZINI, *Costruzione del genere e Costituzione*, in ID., (a cura di), *Genere e diritto*, cit., 37 ss.

<sup>103</sup> B. PEZZINI (a cura di), *Genere e diritto*, cit.

o dell'essere donna, e dunque rischia di porsi quale discriminazione, e quando invece è funzionale a una pari garanzia nell'accesso a un diritto sociale che attua l'uguaglianza di genere. Ripensate quali possibilità bidirezionali, alcune caratteristiche che, associate al femminile, restano inesorabilmente "segnate" dalla minorità, come ad esempio, l'ambito della cura, potrebbero probabilmente divenire veramente universali, contribuendo a una costruzione di un paradigma egualitario.

Inoltre, posto che la costruzione del genere costituisce un processo necessariamente mutevole, dinamico e negoziabile, il principio di antisubordinazione ammette che i generi possano essere ridefiniti, evitando il rischio che le caratteristiche associate all'essere uomo o donna in un certo momento e in un certo contesto si cristallizzino in una lettura statica che tende a leggere come "naturale" quanto è invece frutto di una convenzione sociale<sup>104</sup>, generando una essenzializzazione che può porsi come barriera alla piena espansione del principio personalista.

Va così marcata con nettezza la posizione che tende a sovrapporre la lettura dell'uguaglianza in una chiave di antisubordinazione come proiettata al superamento del genere o alla sua neutralizzazione, poiché essa piuttosto problematizza l'operazione che legge come un destino inesorabilmente condizionato dall'ascrizione di genere alcune ambizioni personali e personali percorsi di vita, penalizzando le vicende che vorrebbero discostarsi da quanto socialmente prescritto.

Per quanto la prospettiva dell'antisubordinazione sia stata elaborata rispetto alle differenze di genere e specificamente riguardi l'aspetto relazionale uomo/donna, alcune argomentazioni paiono consentire l'estensione della riflessione anche per le altre condizioni previste dalle tutele antidiscriminatorie. Non si tratta però di traslare *sic et simpliciter* quanto elaborato rispetto alla differenza di genere anche alle altre condizioni, operazione certamente azzardata e contraria alla specificità che la sola prospettiva di genere assume. Piuttosto, si intende valorizzare il principio di antisubordinazione nella misura in cui obbliga a fare i conti con i criptotipi<sup>105</sup>, con le categorie che implicitamente il diritto assume quali vere e proprie lenti attraverso le quali osserva – spesso inconsapevolmente – i binomi oppositivi su cui il diritto antidiscriminatorio è costruito, nell'assumere quale parametro di riferimento la condizione maggioritaria (numericamente o nei termini di accesso al potere).

Questo approccio consentirebbe di valorizzare la relazione fra gli elementi oppositivi del binomio (maggioranza/minoranza) su cui la tutela è costruita, consentendo di verificare quando una differenza di trattamento in ragione di una condizione personale sia l'effetto di una deriva essenzialista o quando invece venga intesa per evitare un trattamento che, apparentemente neutro, in realtà veicola quei meccanismi di oppressione delle diversità di cui le persone sono irriducibilmente portatrici, proprio perché cieco alle differenze.

Ad essere veicolata dalla prospettiva antidiscriminatoria è, infatti, la costruzione gerarchica che l'ordinamento, implicitamente, ma inesorabilmente, manifesta con una portata che è al tempo stesso descrittiva e performativa. Infatti, la dimensione antidiscriminatoria conferma e legittima – in un processo comparativo – l'identificazione di una condizione come universale riferimento rispetto a cui

<sup>104</sup> B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, cit., p. 1159.

<sup>105</sup> R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1, 1991, 1-34; ID., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, 39, 2, 1991, 43-401, spec. 384.

mettere a confronto il trattamento subito, individuando la diversa condizione come “altro”, come “differente” dal parametro assunto a riferimento, implicitamente connotandolo di disvalore<sup>106</sup>. Al contrario, l'antisubordinazione potrebbe assumere la condizione personale che produce una differenza, come centrale, senza cedere al rischio di azzerare le specificità individuali, né di neutralizzare le differenze così da garantire il medesimo trattamento, e ancora senza cedere al rischio di derive essenzialiste che possono condizionare, penalizzando, chi intraprenda percorsi considerati non socialmente adeguati o appropriati. In tal modo, la dimensione antisubordinatoria non pretende il superamento delle differenze, soltanto rendendo visibili quei meccanismi che – nell'assumerle come ovvie al punto da non doversi neppure problematizzare – posizionano in modo differente, *rectius* peggiore, alcune persone in virtù di proprie condizioni personali.

Se dunque anche l'accesso a beni e servizi sembra confermare i caratteri del diritto antidiscriminatorio che paiono porsi quali limiti poiché, imponendo un appiattimento delle specificità individuali, indeboliscono le tutele piuttosto che garantirle, la dimensione dell'antisubordinazione pare invece potenziare le tutele che, nel garantire le specificità individuali, non soltanto valorizzino la dimensione relazionale, obbligando a un confronto in tal senso, ma pure rendano visibili le differenze che si traducono in discriminazioni, ripensando gli spazi che le hanno rese possibili e consentendo di nominarle.

---

<sup>106</sup> M.A. BARRÈRE UNZUETA, *op. cit.*; L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, cit.



## Il diritto alla salute a quarant'anni dall'istituzione del servizio sanitario nazionale: le criticità strutturali di un diritto sociale

Barbara Pezzini\*

THE RIGHT TO HEALTHCARE 40 YEARS AFTER THE CREATION OF THE NATIONAL HEALTHCARE SERVICE:  
STRUCTURAL CRITICALITIES OF A SOCIAL RIGHT

ABSTRACT: The article aims at reflecting on some critical issues emerging from the observation of the 40 years long implementation of the law 833/1978, looking at them as a result of the complex process of turning constitutional social rights, from *lex* (duties and aims of the state) into *iura* (real individual rights). Different topics are taken into account: the shifting of decision-making process from parliament to government and from politics to technology; the possibility to ensure equity and democratic quality in the relationship between needs and resources; the original quality of participatory provisions as means of a patient's active responsibility in his/her relationship with the doctor; the constitutional foundation of self-determination in the relationship between the doctor and the patient, facing the physician's conscientious objection.

KEYWORDS: Constitutional right to health; national health service; therapeutic self-determination; medical assistance in dying; conscientious objection

SOMMARIO: 1. Struttura e garanzia costituzionale del diritto sociale alla salute: *lex* e *ius* in dialettica nell'art. 32 cost. – 2. Le forme del processo decisionale sull'attuazione del diritto sociale alla salute: il ruolo del legislatore e le sue criticità – 3. I contenuti del processo decisionale: fabbisogno e risorse – 4. Tra dimensione collettiva e dimensione individuale: la qualità originaria della partecipazione – 5. La relazione terapeutica come contesto e come forma della garanzia dell'autodeterminazione – 6. Criticità nella relazione terapeutica: l'obiezione di coscienza del medico.

### 1. Struttura e garanzia costituzionale del diritto sociale alla salute: *lex* e *ius* in dialettica nell'art. 32 Cost.

**Q**uando, per interrogare le vicende quarantennali del diritto costituzionale alla salute nella sua dimensione di diritto sociale, si prova a ragionare sulle forme dell'eguaglianza in sanità, si incrociano tutti i nodi che attengono all'assunzione del diritto alla salute come pro-

---

\* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Bergamo E-Mail: [barbara.pezzini@unibg.it](mailto:barbara.pezzini@unibg.it). Contributo sottoposto a referaggio da parte del Comitato Scientifico.

totipo di un diritto sociale costituzionalmente costruito e garantito come diritto soggettivo<sup>1</sup>. Ed in questa luce vanno anche considerati gli snodi di un lungo percorso di attuazione, che prende le mosse dalla ricorrenza del quarantennale della legge 833/1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale. Vi è, infatti, nel diritto costituzionale alla salute una sorta di criticità intrinsecamente connessa alla sua stessa struttura costituzionale di diritto sociale che, come tale, continua ad essere di complessa, e non compiutamente risolta, definizione<sup>2</sup>. Una criticità che, risalendo alle matrici dello stato sociale<sup>3</sup>, affonda le sue radici nei processi di trasformazione dei diritti sociali da *lex* a *iura*, nel passaggio dalla *costituzionalizzazione* del perseguimento del benessere della popolazione come dovere e finalità dello stato (*lex*) alla *costituzionalizzazione* della garanzia delle effettività dell'accesso e del godimento effettivo da parte di ciascuno dei beni essenziali ad una vita degna (in termini di *ius*).

Per cogliere la portata della trasformazione e insieme la radice della criticità guardando alla struttura del diritto alla salute ex art. 32 Cost., muoviamo da una definizione preliminare: una costituzione assume i diritti sociali come oggetto rilevante quando formula norme che individuano beni essenziali per l'esistenza individuale, sui quali si proietta un interesse individuale, e li rende oggetto di una tutela specifica che implica l'individuazione di un qualche comportamento dovuto per la soddisfazione degli interessi relativi al bene<sup>4</sup>. Ed ecco emergere i due poli del problema, i due corni tra i quali oscilla ogni definizione: i diritti sociali sono norme di diritto oggettivo di rango costituzionale, *lex* dal punto di vista della costituzione, nella misura in cui richiedono norme di principio che individuano finalità pubbliche relativamente a determinati beni; ma sono anche *iura*, dal momento che i beni tutelati corrispondono e sono riferibili ad interessi, primari e fondamentali, degli individui.

Quali sono, allora, le implicazioni della definizione costituzionale della salute in termini di fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività oggetto di tutela da parte della Repubblica (art. 32 Cost.)?

Innanzitutto: a) il rango costituzionale del bene protetto che, assunto come oggetto rilevante del diritto costituzionale, non può essere degradato; dalla formulazione normativa discende anche: b) il riconoscimento di uno specifico interesse individuale sul bene, in quanto la selezione dei beni costituzionalmente tutelati è espressione della essenzialità che è stata loro attribuita in relazione alle condizioni dell'esistenza individuale; insieme: c) alla indispensabilità di misure attuative, necessariamente implicate nella doverosità della protezione, che postula l'individuazione di un qualche comportamento dovuto per la soddisfazione degli interessi relativi al bene. Il rapporto tra bene e interesse indivi-

<sup>1</sup> Come hanno consapevolmente fatto tutte le relazioni presentate nell'ambito del colloquio *Il diritto alla salute tra equità e sostenibilità. Colloquio sulle forme dell'eguaglianza in sanità*, svoltosi il 14 dicembre 2018 presso l'università di Bergamo, qui proposte nella loro forma successivamente rielaborata ed arricchita.

<sup>2</sup> Specificamente su questa criticità B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001, 1. Un'ampia ricostruzione complessiva in M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, Torino, 2013.

<sup>3</sup> Il volume 46, 2017 della rivista *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, interamente dedicato al tema "Giuristi e Stato sociale", riprende il tema dello stato sociale e delle interpretazioni giuridiche dei suoi istituti; della svolta cruciale impressa dal rapporto Beveridge ha trattato nel colloquio l'intervento di L. Busatta.

<sup>4</sup> Non può sfuggire che in questa definizione – incentrata sull'individuazione di beni essenziali per gli individui e socialmente protetti – è già implicito un catalogo essenziale dei diritti sociali, nel quale la *salute* compare imprescindibilmente, accanto al lavoro, all'abitazione, all'assistenza e previdenza sociale e all'istruzione.

duale risulta direttamente incorporato nella definizione, nella misura in cui il secondo consente la selezione del primo e ne definisce il rilievo costituzionale; il nesso tra le misure attuative e l'interesse individuale risiede nel fatto che l'attuazione pretesa dalla doverosità normativa si rivolge alla soddisfazione dell'interesse individuale, nel senso specifico di essere volta primariamente a *creare le qualificazioni giuridiche necessarie perché l'interesse si configuri nella sua modalità primaria e più completa*, come quel vero e proprio *diritto soggettivo* di cui parla la disposizione costituzionale.

E, tuttavia, l'attuazione è costituzionalmente indispensabile, ma è anche relativamente autonoma dalla costituzione, dalla quale, implicando una selezione dinamica e squisitamente politica, non può essere definita una volta per tutte e staticamente; l'attuazione del diritto costituzionale si compie attraverso misure di rango sub-costituzionale, che hanno però con la costituzione un rapporto che, lungi dall'essere occasionale o relativo, è peculiarmente qualificato. In ciò *lex* e *ius* sono le due facce di una stessa medaglia: da un lato, la necessaria attenzione all'interesse individuale costruisce il diritto sociale come un vero diritto soggettivo (come *ius*); dall'altro, l'indispensabilità dell'attuazione e la sua relativa autonomia costituzionale si presentano come vincolo oggettivo della *lex*. Il diritto alla salute implica un mandato costituzionale di protezione sociale che è realizzabile solo attraverso l'esercizio di potestà politiche, che a loro volta implicano il dispiegarsi di poteri decisionali tipicamente pubblici, che concorrono a definire il contenuto del diritto con le determinazioni di volontà che provengono dal soggetto titolare del bene costituzionalmente garantito, dal soggetto, cioè, per il quale il bene rappresenta un elemento essenziale per lo svolgimento e lo sviluppo della personalità individuale.

In questa dimensione sopravvive la dialettica di *lex* e *ius* che, per certi versi, era sembrata sfumare e quasi scomparire con il passaggio dalle costituzioni del primo novecento a quelle che seguono la seconda guerra mondiale. Nella fase "*organica*" della costituzionalizzazione dei diritti sociali – di cui la costituzione di Weimar (1919) è stata il prototipo – il loro riconoscimento nei testi normativi e costituzionali avviene tramite la costruzione in termini di "*compiti per il legislatore*"<sup>5</sup>: il catalogo dei diritti sociali è declinato come un *catalogo dei doveri dello Stato*, genericamente rivolti alla comunità; non si riconoscono obblighi esigibili da soggetti determinati e individuali, neppure quando le disposizioni utilizzano espressamente il termine "*diritti*". L'ambiguità che ne consegue impone di *relativizzare* la portata dell'espressione, nel senso che non si tratterebbe comunque di "*diritti*" nello stesso senso e della stessa portata degli altri. Manca, in questa fase, una più precisa identificazione del soggetto titolare del diritto sociale e, insieme, della strumentazione che consentirebbe allo stesso di portare a compimento la pretesa rispetto alla quale lo Stato è stato configurato come un obbligato, potenziando quegli strumenti – *in primis* interpretativi – che renderebbero la categoria dei diritti sociali pienamente assimilabile agli altri diritti costituzionalmente garantiti: resta, infatti, nell'ombra l'interesse all'adempimento dei doveri pubblici che pure le norme costituzionali hanno affermato. Di conseguenza, la conformazione dei contenuti del diritto sociale è unilateralmente determinata dal sogget-

<sup>5</sup> B. PEZZINI, *op. cit.*, cap. II, nella dimensione temporale dei diritti sociali distingue quattro fasi (riduzionistica, organica, personalistico-solidarista ed identitaria-relazionale), riconducendo alla fase organica, nell'esperienza italiana, anche la Carta del lavoro fascista, base delle politiche sociali del regime, che, a differenza della Costituzione di Weimar, che coniuga la tutela sociale alla rappresentanza politica, introduce una tutela sociale senza rappresentanza degli interessi.

to passivo dell'obbligazione, che non è il soggetto del cui bisogno, del cui interesse o della cui utilità ci si sta occupando; al contrario, quest'ultimo soggetto non ha poteri decisionali o di conformazione del contenuto: le norme di riconoscimento dei diritti sociali sono norme *uni-direzionali*, non *bi-direzionali*<sup>6</sup>.

La discontinuità rispetto a questa fase è segnata, per la costituzione italiana, dall'impatto del principio fondamentale del personalismo, che conduce ad una consapevole assunzione del pluralismo come irriducibilità delle personalità individuali nel quadro della solidarietà sociale (art. 2 Cost.). Non appare più sufficiente, come nella fase tra le due guerre mondiali, costituzionalizzare una funzione di integrazione costituzionale che assegni allo stato il potere di definire con le proprie manifestazioni di volontà gli interessi sociali ed il compito di realizzarli per mezzo della propria azione: al di là delle difficoltà di controllare l'esercizio di potere discrezionali da parte degli organi dello stato e dei rischi di una declinazione autoritaria delle funzioni statali<sup>7</sup>, ciò che si è dimostrato inadeguato in tale concezione è l'idea stessa che il bene socialmente protetto possa essere espresso con una sintesi superiore – e sostanzialmente esterna ed eteronoma rispetto – agli individui ai quali concretamente si riferisce. Intesa come riconoscimento di un bene fondamentale per lo sviluppo della personalità di ciascuno, ed in questa accezione introdotta formalmente nella costituzione, la tutela della salute (e degli altri diritti sociali) viene ad essere primariamente incardinata con riferimento all'autonomia individuale: il diretto rapporto tra la persona ed il bene resta in primo piano, non può essere relegato nella sfera pre-giuridica della politica, ma va concretizzato in ognuna delle relazioni intersoggettive nelle quali abbia un rilievo sostanziale. Di conseguenza, della funzione pubblica rivolta alla tutela dei (beni qualificati come) diritti sociali, che resta naturalmente postulata perché possa darsi una tutela effettiva, si coglie l'aspetto strumentale e funzionale all'autonomia individuale: essa viene ancorata alla capacità di soddisfare l'autonomia individuale, acquisendo uno strumento giuridico per apprezzare e misurare la doverosità, che in precedenza restava confinata sul piano etico-politico, irrilevante al diritto costituzionale.

Nelle costituzioni di impronta personalistico-solidarista resta preservato uno spazio alla *politica*, ricondotto però ad una cornice giuridica che ne chiarisce la natura ed il carattere vincolato nel fine e parametrabile rispetto allo scopo intrinseco (mentre nella versione organica della fase precedente lo spazio politico restava una dimensione contrapposta ed estranea al diritto).

Nel processo decisionale entra la persona, con tutte le sue possibili determinazioni rispetto al bene che acquistano rilievo e debbono trovare una garanzia: per quanto condizionate dalle decisioni pubbliche, non possono essere interamente assorbite da queste.

Le garanzie costituzionali dei diritti sociali servono, insieme, a *riconoscere* e a *delimitare* lo spazio della politica, creando una dimensione sostanziale garantita alla politicità delle scelte del legislatore, in

<sup>6</sup> Affermare che A ha il dovere di tenere un certo comportamento è ben diverso dal riconoscere che A ha un obbligo nei confronti di B: sul punto v. F.P. VERTOVA, *Cittadinanza liberale, identità collettive, diritti sociali*, in D. ZOLO (a cura di) *La cittadinanza*, Roma-Bari, 1994, 181, che richiama espressamente l'insegnamento di N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 51-61.

<sup>7</sup> Ben leggibile nella componente sociale dell'ordinamento fascista; F. TARONI, *Prima e dopo quel difficile dicembre 1978*, in *Corti supreme e salute*, 3, 2018, 532, fa anche osservare come la "selva mutualistica" precedente l'istituzione del servizio sanitario nazionale come strumento specifico dell'attuazione dell'art. 32 Cost. avesse tratto le sue origini dalle proposizioni XXVII e XXVIII della Carta del lavoro del 1927.

un rapporto *complesso, dinamico e circolare*: la libertà dei fini che sarebbe propria della sfera politica è limitata dalla garanzia *costituzionale* di un interesse sociale del soggetto (un interesse personale in ordine ad un bene determinato della vita che risulta *sociale* in quanto oggetto di tutela nelle relazioni del soggetto); la selettività politica si riepande, però, nella fase dell'attuazione legislativa, nella misura in cui la mediazione legislativa è intrinsecamente necessaria al diritto sociale perché appartiene strutturalmente alla sfera della politica operare distinzioni e selezioni, determinare priorità e bilanciamenti nel complesso delle relazioni sociali nel quale l'interesse si manifesta, attribuendo e distribuendo gli obblighi corrispondenti alla soddisfazione dell'interesse. È sul piano della politica che vanno compiute, infatti, le operazioni di ponderazione e di scelta indispensabili per la definizione del diritto soggettivo, anche se le garanzie costituzionali inducono una riduzione della complessità politica del processo decisionale, definendo in via preventiva alcune delle condizioni più significative della tutela giuridica della salute, che rappresentano *contenuti* del "bene comune".

È in tale complessità strutturale del diritto costituzionale alla salute che hanno radice i nodi critici e problematici con i quali si misura l'attuazione: la necessità della mediazione del legislatore (in un processo che rappresenta le condizioni formali essenziali della decisione sul bene); la complessità della decisione sulle risorse finanziarie ed organizzative che sostanziano l'effettività del diritto; l'equilibrio tra dimensione collettiva e individuale; gli spazi di autodeterminazione individuale. Nodi che ne esprimono la fisiologia di funzionamento, prima ancora che le possibili patologie.

In questa chiave, le criticità che sono emerse nel percorso di attuazione costituzionale, in particolare nei quarant'anni dalla legge istitutiva del servizio sanitario nazionale, mostrano nel concreto le peculiarità della struttura costituzionale del diritto alla salute, spingendo a riflettere sugli snodi temporali e sui passaggi più significativi che segnano il contesto e le forme in cui si compie il complesso processo decisionale relativo all'attuazione del diritto alla salute.

## 2. Le forme del processo decisionale sull'attuazione del diritto sociale alla salute: il ruolo del legislatore e le sue criticità

Forme e contenuti dei processi decisionali che appartengono strutturalmente – nel senso visto – alla garanzia del diritto alla salute si trovano immersi in un ordinamento costituzionale con il quale si confrontano e dal quale ricevono significato, nel complesso del quale contribuiscono a dare espressione alla funzione di creazione e legittimazione del potere propria della Costituzione. Forme e contenuti delle decisioni sostanziano, infatti, l'esercizio della sovranità popolare, come radicata nei principi della catena normativa che lega le disposizioni di apertura della Costituzione repubblicana: democrazia (fondata sul lavoro), personalismo ed uguaglianza (formale e sostanziale). Ed è, innanzitutto, il parlamento a strutturare e dare legittimazione al potere *democratico*, sia attraverso le forme di esercizio della democrazia rappresentativa nella funzione legislativa, sia attraverso i contenuti che definiscono le condizioni fondamentali ed irrinunciabili dell'esistenza collettiva (nel segno, appunto, dello svolgimento della personalità di ciascuno nella sfera delle relazioni, della solidarietà, dell'uguaglianza sostanziale e della piena partecipazione).

In questa prospettiva, sono significativamente mutate, nel corso dei quarant'anni, le forme dell'esercizio della sovranità democratica, contribuendo a indebolire – o quantomeno ad allontanare

dall'ambito della produzione normativa in materia sanitaria – la funzione di legittimazione democratica.

Nella stagione avviata con la costruzione del servizio sanitario nazionale universalistico, globale e finanziato dalla fiscalità generale (l. 833/1978), il legislatore era stato pienamente protagonista<sup>8</sup>: sia nel senso sostanziale, della produzione di contenuti che decidono in modo forte l'attuazione della funzione costituzionale di garanzia della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività<sup>9</sup>; sia nel senso formale, della centralità del *parlamento* nell'esercizio della funzione legislativa, che garantisce, proprio nella specificità dei suoi procedimenti, l'ampiezza del dibattito e del confronto, la piena visibilità e trasparenza dei processi decisionali e, con esse, il dispiegarsi della funzione propriamente rappresentativa<sup>10</sup>. Del 1978 sono, infatti, sia la legge n. 833, *Istituzione del servizio sanitario nazionale*<sup>11</sup>, sia le leggi, di poco anteriori, n. 180, *Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*<sup>12</sup>, e 194, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*<sup>13</sup>, che hanno complessivamente contribuito a definire il quadro ordinamentale del sistema sanitario ispirato alla solidarietà sociale ed al riconoscimento della dimensione soggettiva del diritto alla salute. Le successive stagioni di riforma (in taluni casi *controriforma*<sup>14</sup>) del sistema sanitario hanno, invece, fatto ampiamente ricorso alla forma della produzione legislativa delegata<sup>15</sup> ed alla decretazione d'urgenza<sup>16</sup>, determinando un sostanziale allentamento della rilevanza che la definizione politica dello stato del processo di attuazione del diritto sociale alla salute assume

<sup>8</sup> Lo sottolinea la relazione di I. Ciolli.

<sup>9</sup> F. TARONI, *op. cit.*, 532, parla di un vero e proprio "salto di paradigma" rispetto al passato.

<sup>10</sup> La discussione della legge 833 avviene nel contesto del IV governo Andreotti, della non sfiducia, monocoloro democristiano con l'appoggio esterno di tutti i partiti del c.d. arco costituzionale, compreso il partito comunista (superamento della *conventio ad excludendum*); il testo della legge fu il frutto di un intenso lavoro parlamentare di rielaborazione e fusione di progetti parlamentari e di fonte governativa (con riferimento non solo al disegno presentato dalla ministra in carica Tina Anselmi, ma anche alla proposta elaborata quattro anni prima da Vittorino Colombo): v. S. LUZI, *Salute e sanità nell'Italia repubblicana*, Roma, 2004, 300 ss.

<sup>11</sup> Su quella stagione politica torna, da ultimo, F. TARONI, *op. cit.*

<sup>12</sup> Dichiaratamente anticipatrice di contenuti della successiva 833, come risulta dalla previsione del suo art. 11, co. 2 («gli art. 1-9 ... restano in vigore fino alla data di entrata in vigore della legge istitutiva del ssn»); lo stralcio degli articoli relativi ai trattamenti sanitari dal progetto complessivo della riforma fu disposto per evitare il referendum contro la l. 36/1904, *Riguardante disposizioni sui manicomi e sugli alienati*, che era stato dichiarato ammissibile dalla sent. 16 del febbraio 1978: v. S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015, 205.

<sup>13</sup> B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in *Il governo del corpo*, tomo II, *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, 1655.

<sup>14</sup> La qualificazione in termini di controriforma è stata usata polemicamente soprattutto a proposito dell'impianto originario della riforma della riforma sanitaria del 1992, su cui v. oltre par. 3, in particolare da A. MATTIONI, *Le quattro riforme Una lettura sinottica di snodi istituzionali fondamentali*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Bologna, 2009, 280.

<sup>15</sup> In particolare, con la legge di delegazione 421/1992, attuata dai d. lgs. 502/1992 e 517/1993, su cui v. il par. successivo; nonché successivamente con la legge di delegazione 419/1998, attuata dal d. lgs. 229/1999. Con specifici richiami alle problematiche della legislazione per delega in sanità, si veda, F. SORRENTINO, *Legalità e delegificazione*, in C. PINELLI (a cura di) *AMMINISTRAZIONE e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Milano, 2000, 20.

<sup>16</sup> Il d.-l. 158/2012, convertito nella l. 189/2012 che, comunque, richiede per la sua attuazione l'adozione di ulteriori decreti attuativi e di accordi politico-finanziari tra governo e regioni, che spostano ulteriormente l'asse della produzione normativa sul solo potere esecutivo.

nei confronti della legittimazione democratica dell'esercizio del potere. Non si tratta solo di rilevare anche in questo campo la dislocazione del potere dal Legislativo all'Esecutivo che, nel contesto dei processi di integrazione sovranazionale e dell'impatto della crisi economica, caratterizza in via generale la dinamica della forma di governo<sup>17</sup>; riducendo il ruolo della rappresentanza parlamentare, questi processi mostrano anche come la definizione delle grandi opzioni in materia sanitaria, nella misura in cui si allontana dalla sede parlamentare classicamente propria della legittimazione politica per concentrarsi nella sede governativa, si rivolga piuttosto ad una legittimazione di tipo non politico, tecnico-scientifica.

Ne consegue un rimescolamento delle funzioni – diversamente discrezionali<sup>18</sup> – legislativa, amministrativa e tecnico-scientifica che il diritto alla salute incrocia.

La mediazione legislativa è tipicamente propria del diritto sociale, nella misura in cui appartiene strutturalmente alla sfera della politica operare distinzioni e selezioni (la decisione politica seleziona i mezzi di tutela della salute attraverso un bilanciamento proporzionato che tenga conto dei molteplici parametri in gioco, dalla gravità e diffusione delle patologie, ai costi diretti ed indiretti di farmaci e terapie, all'efficacia terapeutica ed alle modalità di somministrazione, ecc.); nel contempo, gli aspetti della disciplina riguardanti l'organizzazione del servizio non possono che essere integrati dall'esercizio di poteri amministrativi discrezionali, che, a loro volta, ponderano gli interessi in gioco. L'una e gli altri implicano valutazioni di carattere tecnico – medico, farmaceutico, epidemiologico – che né il legislatore, né l'amministrazione possono compiere direttamente e sono rimesse a sedi adeguate di apprezzamento tecnico. La discrezionalità *c.d. tecnica* non comporta ponderazione di interessi o valutazione di opportunità, ma introduce un momento conoscitivo; comporta ricognizione, apprezzamento e valutazione di dati di fatto, secondo operazioni che debbono essere verificabili e logicamente e congruamente motivate (esatte rispetto ai parametri assunti); costituisce manifestazione di giudizio e non espressione di volontà; è caratterizzata dalla opinabilità, particolarmente in presenza di una pluralità di valutazioni alternative (quando esistenti). Anche se la necessità di distinguere e delimitare precisamente il confine delle determinazioni che, in quanto espressione di *giudizi di scienza*, si distinguono dalle *valutazioni politiche o amministrative*, che importano una comparazione e selezione di interessi, non deve far passare in secondo piano il fatto che ogni fase ed ogni aspetto del processo decisionale relativo alla definizione ed all'organizzazione degli strumenti di tutela della salute si confronta con corposi interessi, di comunità scientifiche ed industriali, di gruppi e categorie professionali. Lo spazio discrezionale di azione e di determinazione presente in tutte queste attività non è semplicemente disegnato da un confine che protegge da interferenze esterne le decisioni e le azioni che in esso si compiono, quanto piuttosto diretto da una comune *funzione di tutela della salute* che è, insieme, politica, amministrativa e tecnico-scientifica: le decisioni legislative ed amministrative di

---

<sup>17</sup> E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017, con ampi riferimenti bibliografici; ma anche il fascicolo 3, 2017, della rivista *Osservatorio sulle fonti*, interamente dedicato al tema *Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa*.

<sup>18</sup> Le diverse dimensioni della discrezionalità sono approfondite da B. PEZZINI *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, corti e salute*, Padova, 2007, 211.

ponderazione di interessi sono indirizzate finalisticamente da uno scopo<sup>19</sup> al quale debbono essere coerenti e strumentali anche le valutazioni tecnico-scientifiche (i giudizi di scienza). Il termine ed il concetto di *discrezionalità* alludono<sup>20</sup> alla specificità di ciascuno di questi tre ambiti, entro il quale trovano applicazione regole e canoni tipici, propri di quelle particolari categorie di azioni e determinazioni, non fungibili e tendenzialmente riservati. La discrezionalità pone in evidenza un aspetto di autonomia (intesa come libertà di scelta) e, insieme, la sottoposizione ad un parametro: nel rapporto tra le diverse funzioni, la *discrezionalità* marca e definisce la reciproca indipendenza, segnando un limite; nell'esercizio della singola funzione sta a significare che la determinazione – sia essa di volontà (legislativa e amministrativa), sia di giudizio (della componente medico-sanitaria) – deve rispondere ad un vincolo di coerenza e adeguatezza al proprio specifico parametro.

Risultano chiare, allora, nell'osservazione delle dinamiche che hanno caratterizzato le forme dei processi decisionali relativi all'attuazione del diritto alla salute, le criticità connesse alla tendenziale sostituzione dei processi di *ponderazione e selezione degli interessi* – quali possono essere garantite da un integrale ricorso alle procedure più rigorosamente parlamentari – ad opera di processi decisionali *fondati su motivazioni di natura tecnica* (medico-sanitaria, economica, aziendalistica), il cui baricentro si sposta decisamente nella sede governativa. Quando la discrezionalità tecnica, evocando un mero apprezzamento tecnico di evidenze, si sovrappone alla discrezionalità politico-legislativa, quasi sostituendola, si perdono trasparenza e democraticità dei procedimenti decisionali; la coscienza della intrinseca strumentalità della valutazione tecnica rispetto alla decisione politica si offusca, accrescendo la difficoltà di considerarne adeguatamente gli aspetti problematici (si pensi, in particolare, alla difficoltà di attivare i meccanismi della responsabilità politica per decisioni che, in realtà, operando selezioni di molteplici interessi, la dovrebbero generare).

Né tale *deficit* di responsabilizzazione politica può trovare, a mio parere, sufficiente compensazione nel fatto che, nell'area in cui si definiscono le micro-opzioni e le scelte individuali, si possa specularmente osservare l'incremento delle pretese di controllo e verificabilità, con la connessa attivazione di

<sup>19</sup> Il riconoscimento di *funzioni legislative specializzate* (norme costituzionali di principio vincolate ad una specifica finalità dalle quali scaturiscono attività legislative in esecuzione di obiettivi costituzionali) richiede di andare oltre la dimensione puramente negativa della discrezionalità legislativa (come richiamata dall'art. 28 della l. 87/1953, che rimanda alla qualificazione di un'attività che sarebbe insindacabile per la sua qualità politica), per rilevare i vincoli che la Costituzione fa insistere sull'attività legislativa e ricercare gli strumenti che ne possano garantire la precettività: così già L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 1964, 325. Non viene, quindi, in questione se la funzione legislativa possa essere unitariamente intesa in quanto funzione discrezionale, bensì il fatto che la Costituzione la configuri entro "spazi" discrezionali, non solo definiti da limiti negativi ma indirizzati positivamente da scopi; la *discrezionalità* individua e caratterizza quelle aree in cui la norma costituzionale, fissando un principio e assumendo come costituzionalmente rilevante un fine specifico, limita la politicità dei fini. Ciò impone un vincolo al legislatore mettendo in luce la *funzione programmatica* dei principi: in sede di attuazione legislativa delle norme costituzionali, la legislazione deve essere adeguata al conseguimento del fine costituzionale e deve renderlo operante; d'altra parte, in sede di applicazione giudiziale, per restituire precettività alle norme programmatiche, anche la Corte costituzionale si trova nella necessità di esaminare alla luce di tali finalità l'attività legislativa che si compie nell'area delle relazioni definite da quel fine.

<sup>20</sup> "Alludere" nel senso che il termine viene impiegato con una ambiguità semantica che corrisponde ad una insufficiente determinatezza concettuale: A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 40, 1986, 795.

meccanismi di responsabilità in sede giurisdizionale. Si tratta di meccanismi il cui operare rende, con tutta evidenza, le sedi del controllo giudiziario di tutti gli ambiti della discrezionalità luoghi privilegiati e quasi esclusivi di osservazione del “farsi” del contenuto del diritto alla salute, ma che non riescono a compensare e controbilanciare i processi di appannamento della responsabilità decisionale e di indebolimento degli strumenti che ne consentono l'attivazione.

### 3. I contenuti del processo decisionale: fabbisogno e risorse

L'attribuzione dei diritti sociali primari è di per sé essenzialmente universalistica: in base al principio fondamentale di uguaglianza sostanziale le norme costituzionali di tutela sociale individuano situazioni protette in chiave strumentale rispetto al dispiegamento della individualità di ogni persona ai fini di una piena partecipazione politica, economica e sociale; di conseguenza, la condizione di svantaggio, individuale o di gruppo, e la condizione di bisogno di volta in volta prese in considerazione nella formulazione delle disposizioni di costituzionalizzazione specifica forniscono il riferimento non per l'attribuzione soggettiva e la titolarità del diritto, bensì per qualificare le azioni volte a rimuovere ostacoli. Di conseguenza, la previsione di definizioni più specifiche e circoscritte a determinati beneficiari – come nell'art. 32, co. 2, a proposito della somministrazione di cure gratuite agli indigenti – non ha la funzione di delimitare la titolarità del diritto, ma di sottrarre al legislatore la disponibilità di ordinare diversamente le priorità di attuazione in relazione ai beneficiari, rendendo le norme immediatamente e direttamente applicabili<sup>21</sup>.

Universalismo e gratuità (sostanziale, anche se non necessariamente integrale), pur essendo due attributi differenti del diritto sociale alla salute, stanno insieme nella nozione di diritto sociale e nella dimensione politica dello stato sociale. Ciò in quanto sono la capacità di tenerli insieme e la misura di una loro declinazione mutua e reciproca a definire la qualità dello stato sociale.

Perciò, riprendendo la prospettiva che guarda alla funzione di legittimazione attraverso i contenuti, non si può trascurare, come snodo cruciale della vicenda quarantennale di attuazione, il problema del governo del rapporto tra le prestazioni da garantire e le risorse disponibili: tema che qualifica strutturalmente il carattere – approssimativamente definito – “finanziariamente condizionato” di ogni diritto sociale<sup>22</sup>.

La norma che costruisce il diritto sociale costituzionale alla salute postula indubbiamente l'insufficienza del mercato a soddisfare le esigenze individuali di tutela della salute, per la divaricazione tra risorse individuali disponibili e costi delle prestazioni sanitarie (condizione che la disposizione costituzionale prende in considerazione tramite la garanzia di cure gratuite agli indigenti, ferma la necessità di intendere l'indigenza come condizione relativa al costo delle cure e non come condizione

---

<sup>21</sup> In altri termini, se le norme costituzionali sui diritti sociali sono generalmente configurate come *programmi di scopo*, queste più specifiche disposizioni in favore di beneficiari privilegiati pongono *programmi condizionali*: la distinzione di N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, Bari, 1977, 159 ss., tra programmi di scopo e programmi condizionali (i primi che usano un effetto assunto come invariante quale regola per la selezione dei comportamenti in grado di produrlo, i secondi che definiscono una determinata causa che produce una azione determinata ogni qualvolta si presenti) è applicata ai principi del diritto da S. BARTOLE, *Principi del diritto (dir. cost.)*, Enc. dir., 1986, 518.

<sup>22</sup> Specificamente su questo profilo, nonché in generale, v. L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, Torino, 2018.

astrattamente riferita a parametri di ricchezza); insieme, però, afferma anche l'inadeguatezza *qualitativa* di un'organizzazione esclusivamente mercatizzata del settore sanitario, che frantumerebbe le posizioni individuali impedendone una visione ed una gestione complessive all'altezza dell'interesse collettivo fondamentale. In questo senso il diritto alla salute è ben più un diritto di prestazione pubblica (diritto civico di prestazione): la determinazione di forme organizzative specifiche per l'erogazione dei beni alternative al mercato corrisponde, da un lato, ad un *programma condizionale* in riferimento all'indigenza relativa, che presuppone la valutazione di una rilevante convenienza nella erogazione diretta di una prestazione specifica, ed incorpora, dall'altro, una valutazione ulteriore sull'inadeguatezza qualitativa, riferita cioè alla stessa natura del bene.

È la rilevanza collettiva che presuppone e giustifica l'intervento pubblico sull'assetto organizzativo del mercato, e contemporaneamente costruisce il limite delle scelte di attuazione in materia; la discrezionalità nell'organizzare i mezzi dell'assistenza sanitaria è fondata sull'interesse collettivo alla salute, per la tutela del quale è consentito ridurre gli spazi di autonomia del singolo individuo, nella misura in cui ciò corrisponde a scelte che consentono di soddisfare più efficacemente l'interesse di più soggetti<sup>23</sup>. Il singolo viene, tuttavia, contemporaneamente sostenuto dall'interesse collettivo, nel senso che il quadro di solidarietà specifica in cui si trova collocato gli garantisce l'effettivo accesso alle cure necessarie: da questo punto di vista, la discrezionalità delle scelte di organizzazione sanitaria (in senso lato) non solo si arresta di fronte alla necessità di garantire a ciascuno la concreta possibilità di disporre degli strumenti di cura indispensabili (limite esterno negativo), ma resta comunque costantemente sottoposta al vaglio della ragionevolezza intrinseca con riferimento all'esigenza di garantire l'effettività delle cure.

Applicata al diritto costituzionale alla salute, la formula tratteggiata del *diritto finanziariamente condizionato*<sup>24</sup> appare semplicistica e fuorviante, rivelando tutta la sua ambiguità al confronto con la natura *fondamentale* del diritto<sup>25</sup>. Il diritto sociale alla salute non può essere concepito come un diritto diversamente o maggiormente condizionato finanziariamente rispetto ad ogni altro diritto la cui at-

<sup>23</sup> La limitazione di facoltà e di potenzialità astrattamente riconducibili al diritto soggettivo individuale del destinatario del servizio deve essere giustificata dall'adeguatezza delle scelte organizzative del servizio (v. ad es. Corte cost. 175/1982, 173/1987 e 355/1993).

<sup>24</sup> Che la stessa Corte costituzionale usa, si veda ad es. nella sent. 248/2011, al punto 6.1 *Cons. dir.*: «Questa conclusione è conforme, del resto, alla configurazione del diritto alle prestazioni sanitarie come 'finanziariamente condizionato', giacché "l'esigenza di assicurare la universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata, e si scontra ancora attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario" (ex multis, sentenza n. 111 del 2005)». La letteratura in materia è amplissima: da ultimo S. BARBARESCHI, *Tecniche argomentative della Corte costituzionale e tutela dei diritti sociali condizionati. Riflessione a partire dal diritto alla salute*, federalismi.it, 20.06.2018.

<sup>25</sup> Criticamente sulla formula del diritto finanziariamente condizionato, B. PEZZINI, *Diritto alla salute e diritto all'assistenza tra tensione all'uniformità e logiche della differenziazione*, in R. BALDUZZI, G. DI GASPARE, (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del titolo V*, Milano, 2002, 99. Come osserva anche G. RIVOSACCHI, *La decisione di bilancio nella riflessione di Paolo De Ioanna*, in *forumcostituzionale.it*, 23 gennaio 2019, dopo anni di giurisprudenza costituzionale sui diritti finanziariamente condizionati, anche la sent. 275/2016 offre al punto n. 11 *Cons. dir.* «un'affermazione molto netta e impegnativa» dichiarando espressamente che «è la garanzia dei diritti incompressibili [da intendersi come nucleo incompressibile] ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione».

tuazione richiede, evidentemente, erogazioni di spesa: esso è certamente *condizionato all'attuazione del legislatore*, il quale, a sua volta, nel suo agire, non può prescindere dai vincoli finanziari nell'esercizio della sua discrezionalità, ma per il quale l'*equilibrio finanziario* – per quanta rilevanza abbia acquisito anche in riferimento alla riforma costituzionale dell'art. 81 Cost.<sup>26</sup> – *non costituisce uno scopo autosufficiente e irrelato*. L'equilibrio di bilancio si riferisce al quadro complessivo nel quale si compiono le decisioni necessarie allo svolgimento delle funzioni pubbliche costituzionalmente dovute, annualmente definito dalle procedure della programmazione economico-finanziaria e dalla legge di bilancio; nel quadro della funzione di tutela della salute ex art. 32 Cost., l'equilibrio finanziario rappresenta solo una sorta di *finalità di terzo grado*, da giustificare nella sua coerenza alla *finalità secondaria* dell'efficienza, che, a sua volta, è strumentale alla realizzazione della prestazione dovuta per la *tutela della salute* (la *finalità diretta e primaria*<sup>27</sup>). La formula del diritto finanziariamente condizionato non può, quindi, essere intesa nel senso che spetti, in ultima analisi, alla decisione finanziaria definire il contenuto delle prestazioni, quindi del diritto, mentre è vero esattamente il contrario: le prestazioni per l'attuazione del diritto sono dovute in quanto tali (sono essenziali) e sul legislatore insiste il preciso dovere di garantirne in condizioni di efficacia ed efficienza gestionale le risorse finanziarie necessarie, sotto il controllo della giurisprudenza costituzionale. Conformemente alla natura di *norma di principio* propria dell'art. 32 cost., come delle altre norme costituzionali sui diritti sociali – la cui attuazione si realizza attraverso *un insieme di norme* tutte ugualmente (quanto al fondamento e allo scopo) e diversamente (quanto al contenuto specifico) *ricavabili dal principio* – la giurisprudenza costituzionale confronta la legislazione primaria con parametri derivati dalla norma costituzionale, che valutano la sua *attitudine a conseguire il fine incorporato* (la norma costituzionale di principio più che essere parametro in sé produce parametri per il giudizio). La *consistenza dell'attuazione legislativa* richiede un giudizio di secondo grado sulla *congruenza, sufficienza, adeguatezza* delle scelte del legislatore rispetto alla realizzazione del fine prescritto<sup>28</sup>; da notare che, essendo l'autonomia del legislatore indirizzata teleologicamente all'attuazione del principio, il controllo della discrezionalità, pur restando di secondo grado, cresce di pari passo con l'attività di attuazione legislativa, nella misura in cui muta la dimensione quantitativa dell'oggetto, che consente di paragonare i gradi e le forme dell'attuazione, apprezzando anche la coerenza interna e diacronica della legislazione<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Anche in questo caso la letteratura di riferimento è amplissima: v. A. MORRONE (a cura di), *La Costituzione finanziaria*, Torino, 2015; O. CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza indipendenza della banca centrale pareggio di bilancio*, Napoli, 2016; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, 2015, 1673.

<sup>27</sup> Lo dice in altro modo M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di M. Mazziotti Celso*, II, Padova, 1995, 125, rimarcando come si tratti di un "bilanciamento ineguale".

<sup>28</sup> M. LUCIANI, *Laterna Magika. I diritti "finanziariamente condizionati"*, in *Riv. Corte Conti*, 2018, 1-2, 2018, 661, ritornando sull'ambiguità del concetto nella giurisprudenza, sottolinea che il bilanciamento spetta al legislatore, mentre alla «*giurisdizione compete (...) l'apprezzamento della sua coerenza interna, della sua completezza*».

<sup>29</sup> La giurisprudenza costituzionale individua, quindi, i contenuti del diritto alla salute in una prospettiva relativa e "storizzata" dal processo di attuazione, ricorrendo a tre strategie, differenti ma concorrenti: l'applicazione del principio costituzionale di uguaglianza, il bilanciamento di situazioni costituzionalmente protette e la definizione diretta del carattere *fondamentale* del diritto alla salute; per l'analisi particolareggiata dei tre

Su questo sfondo si coglie meglio una criticità strutturale e ricorrente dell'attuazione del diritto sociale alla salute, relativa ai processi decisionali che strutturano il rapporto tra fabbisogno e risorse<sup>30</sup>: se la previsione oggi vigente (introdotta dal d. lgs. 229/1999 nell'art. 1, 3° comma del d. lgs. 502/1992), che stabilisce chiaramente un legame di contestualità tra il reperimento delle risorse finanziarie destinate al servizio sanitario nazionale e l'individuazione dei livelli essenziali uniformi di assistenza da questo garantiti, può considerarsi costituzionalmente conforme, di dubbia costituzionalità risultava, invece, la versione imposta dalla *controriforma* del 1992, che intendeva definire i livelli (solo) uniformi di assistenza sanitaria *in rapporto al volume delle risorse a disposizione*<sup>31</sup>.

La grande innovazione del sistema universalistico e globale disegnato dalla riforma sanitaria del 1978, rispetto alla precedente frammentazione del sistema di tutela della salute nella dimensione mutualistica, si ispirava ad una concezione *classica* di stato sociale, finanziato da risorse pubbliche e volto a fornire prestazioni e servizi in grado di rispondere alla domanda di salute complessivamente rilevata; in questa visione il servizio sanitario si era venuto a configurare, sulla base del rilevamento dei bisogni, come funzione pubblica a tutela di un diritto soggettivo che ha gli attributi dell'universalità e della gratuità. Ne restavano, però, irrisolti i nodi del finanziamento: nei primi anni ottanta, all'indomani della riforma, la contribuzione obbligatoria copriva non più del 70% della spesa, mentre le procedure di programmazione previste dalla legge 833 non erano state in grado di decollare<sup>32</sup>, rendendo evidente la criticità finanziaria del sistema (o quantomeno le carenze della fase di attuazione della legge 833).

---

modelli v. B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politiche della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in C. E. GALLO, B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, 1; nonché B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit. Una ricognizione recente della giurisprudenza in materia in S. BARBARESCHI, *op. cit.*

<sup>30</sup> Nodo irrisolto e vero punto critico della riforma del 1978: F. TARONI, *op. cit.*

<sup>31</sup> Rendendo la determinazione delle risorse da destinare alla funzione di tutela della salute la *variabile indipendente* cui subordinare l'individuazione dei livelli di assistenza, come già osservato nel par. 2, v. nt. 14. Quanto alla valutazione della giurisprudenza costituzionale, la sentenza 355/1993 esclude che si possa intendere l'articolo impugnato nel senso di una *totale* dipendenza degli interventi pubblici in materia sanitaria dalle esigenze finanziarie di bilancio, osservando che il decreto delegato non si sarebbe limitato a mantenere la prescrizione contenuta nella legge delega relativa alla coerenza delle prestazioni assicurate con l'entità del finanziamento stabilito per il servizio sanitario nazionale, ma avrebbe altresì imposto di rapportare i livelli di assistenza agli obiettivi di tutela della salute individuati a livello internazionale, oltreché di prevedere livelli di assistenza che siano comunque garantiti a tutti i cittadini. Dei tre elementi, però, solo il vincolo della coerenza tra i livelli di assistenza ed il finanziamento assicurato appariva realmente consistente, determinando seri problemi che la Corte costituzionale avrebbe mostrato di sottovalutare: così G. MOR, *Il riordino della sanità nella crisi dello stato sociale e della costituzione materiale*, in *Le Regioni*, 4, 1994, 959; per un bilancio meno critico R. NANIA, *Il diritto alla salute tra attuazione e sostenibilità*, in M. SESTA (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2014, 32, che, richiamando la sent. n. 445/1990, osserva che la Corte costituzionale ha già chiaramente affermato che il canone del bilanciamento con le risorse non è mai tale da consentire che la tutela della salute sia degradabile al rango meramente legislativo.

<sup>32</sup> Osserva A. MARTINO, *Art. 1*, in *La nuova sanità*, con il coordinamento di F. Roversi Monaco, Rimini, 1995, 274, che la programmazione sanitaria e ospedaliera nella legge istitutiva del s.s.n. avrebbe dovuto collegarsi temporalmente e finalisticamente con una programmazione economica nazionale, invero praticamente inesistente nella realtà della dimensione attuativa, come aveva dimostrato la mancata attuazione del primo

A tali criticità si propone di rispondere il *riordino* del servizio sanitario nazionale secondo le linee delineate dalla legge di delegazione del 23 ottobre n. 421/1992 ed attuate dal d. lgs. 502/1992<sup>33</sup>. La sua portata si rivela subito, tuttavia, decisamente più incisiva, mirando ad agire sul modello in quanto tale e non solo su alcuni dei suoi caratteri organizzativi, ripensandone le scelte di fondo in una direzione affatto estranea allo schema dello stato sociale ed ai pilastri della universalità e della gratuità (piuttosto guardando al modello tedesco o addirittura a quello statunitense<sup>34</sup>).

Se si considera l'impianto iniziale e originario della riforma, senza considerare la parziale correzione del 1993 ed il ridimensionamento del 1999, il d. lgs. 502/1992, ammettendo un'uscita parziale di alcune categorie di utenti dal servizio nazionale, si proponeva apertamente di potenziare la concorrenza tra le diverse strutture pubbliche e tra queste e quelle private<sup>35</sup>, con l'effetto di rimodellare anche la natura delle prestazioni del servizio sanitario in un'ottica ben diversa da quella della riforma del 1978, riconfigurandole come attività amministrativa a contenuto essenzialmente tecnico per la fornitura di prestazioni e servizi di carattere sanitario, sulla base di un fabbisogno finanziario precostituito, con oneri diversi per le diverse categorie di utenti. L'adesione a forme differenziate di erogazione – comportando, ai sensi dell'art. 9 del d. lgs. 502<sup>36</sup>, la rinuncia alle corrispondenti prestazioni in forma

---

programma economico nazionale (l. 685/1967); d'altra parte, anche successivamente alla riforma, la legge 595/1985 si era limitata all'organizzazione della rete ospedaliera e si dovrà attendere il 1993 per l'approvazione del piano sanitario nazionale.

<sup>33</sup> Il riordino del 1992 era stato, in realtà, preceduto da una serie di provvedimenti che già avevano significativamente mutato il modello originario della legge 833/1978: ne fa una ricostruzione in particolare dettaglio R. IANNOTTA, *Unità sanitarie locali I) Organizzazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994; v. anche D. CHIASSI *La riforma del sistema sanitario*, in *Boll. inf. cost. parl.*, 1995, 331.

<sup>34</sup> G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pub.*, 1, 2002, 87, rileva «deliberate volontà di decretare il fallimento della riforma del 1978»; analogamente A. MARTINO, *op. cit.*, 25; D. CHIASSI, *op. cit.*, 337, rievoca anche lo scontro politico intorno al disegno di legge De Lorenzo, presentato nella legislatura precedente, che, proponendo il ripensamento del modello sanitario ed aprendo a logiche concorrenziali di mercato, aveva alimentato il timore di una volontà di liquidazione del sistema pubblico in favore della privatizzazione del mercato della salute.

<sup>35</sup> G. MOR, *op. cit.*, 971. La costituzione non scioglie esplicitamente l'interrogativo, riservato alla discrezionalità del legislatore, circa la necessità dell'esistenza di un apparato pubblico per l'erogazione delle prestazioni di tutela della salute; tuttavia, il legislatore deve concretamente configurare un modello di *funzione di tutela della salute* che soddisfi il diritto individuale e l'interesse collettivo, in particolare anche inventando modelli per il riparto dei ruoli e delle competenze degli operatori pubblici e privati. La pluralità dei modelli corrisponde alla relatività e variabilità nel tempo delle scelte rispetto alle forme strutturali ed organizzative della erogazione di prestazioni sanitarie, fermo restando che la funzione statale in materia impone una potestà di controllo e conformativa dell'attività privata in campo sanitario, tanto più ampia e penetrante quanto meno estesa risulti la sfera della gestione pubblica diretta del servizio sanitario; per contro, il limite ad una astratta ipotesi di riserva o di collettivizzazione del servizio sanitario – in quanto servizio pubblico essenziale – risiederebbe solo nella necessità di tutela adeguata della libertà di scelta da parte del soggetto rispetto al medico, al luogo, alle modalità della cura (si pensi al problema delle cd. medicine alternative o naturali). La giurisprudenza costituzionale non ritiene necessario garantire una alternativa tra pubblico e privato nella misura in cui il servizio sanitario è organizzato nella prevalenza del servizio pubblico e comunque per quei profili in cui la libertà del singolo è incisa solo indirettamente (sent. 293/1997): per il privato sussiste allora una mera garanzia di esistenza nella misura in cui la libertà di scelta deve potersi rivolgere ad esso, sia pure a sue spese.

<sup>36</sup> Che taluno ha letto riduttivamente, cogliendone una dimensione prevalentemente organizzativa, volta alla sostituzione di un modello caratterizzato dalla tipicità delle forme di gestione con uno meno uniforme: v. M.

diretta e ordinaria per il periodo della sperimentazione e la possibilità di soggetti erogatori alternativi ai presidi del servizio nazionale – avrebbe, infatti, creato una demarcazione tra soggetti fruitori del SSN e soggetti fruitori di un sistema parallelo, facendo venire meno la destinatarietà universale, carattere essenziale della legge istitutiva del servizio nazionale, capace contestualmente di garantire unità al sistema ed uguaglianza ai soggetti destinatari<sup>37</sup>.

Ciò che appare originariamente nel disegno del 1992 non è, dunque, un mero riordino, ma costituisce, per l'intenzione e per gli effetti, una vera e propria "riforma della riforma" sanitaria (la *seconda* dell'Italia repubblicana); destinata, tuttavia, ad essere presto ridimensionata dal decreto correttivo 517/1993, che, in questo quadro, conta come *terza* riforma<sup>38</sup>. Anche se solo con la *quarta* riforma<sup>39</sup> si potrà tornare, nel 1999, alla affermazione piena di una funzione pubblica di tutela della salute spiegata a sostegno del diritto ad una fruizione universale, sostenuta e resa plausibile dalla riconosciuta *contestualità* tra l'individuazione delle risorse finanziarie destinate al servizio sanitario nazionale e l'individuazione dei livelli essenziali uniformi di assistenza da questo garantiti<sup>40</sup>.

#### 4. Tra dimensione collettiva e dimensione individuale: la qualità originaria della partecipazione

Alcune delle riflessioni presentate nel colloquio bergamasco a proposito dell'interpretazione dei dati epidemiologici e delle evidenze statistiche per misurare l'equità nel sistema sanitario ed interpretar-

CLARICH, *Società mista a capitale pubblico e privato: un possibile modello nella sanità?* in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, I, 223.

<sup>37</sup> A. MATTIONI, *op. cit.*, 281, osserva che la previsione strutturale di soggetti erogatori in alternativa ai presidi del SSN rompe il principio della universalità della fruizione.

<sup>38</sup> R. BALDUZZI, *Le 'sperimentazioni gestionali' tra devoluzione di competenze e 'fuoriuscita di sistema'*, in *Quad. reg.*, 2, 2004, 535, sottolinea quanto sia rilevante la riconfigurazione dell'istituto delle sperimentazioni gestionali come strumento di un miglioramento procedurale e organizzativo che non intende intaccare le linee maestre del sistema, come avrebbe, invece, consentito di fare il decreto 502.

<sup>39</sup> Decreto legislativo 229/99 *Norme per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale, a norma dell'articolo 1 della legge 30 novembre 1998, n. 419*. A proposito del "contare le riforme", v. B. PEZZINI, *Il riordino del 1992 (un sistema sanitario universale, nonostante il riordino del 1992)*, in *Corti supreme e salute*, 3, 2018, 551.

<sup>40</sup> Nell'apprezzamento della discrezionalità del legislatore la giurisprudenza costituzionale si limita ad *sindacato esterno*, volto ad escludere la *irragionevolezza intrinseca* delle misure di politica sanitaria e delle valutazioni che compongono il bilanciamento di valori costituzionali con la tutela della salute: si veda, per esempio, la sentenza 111/2005, che testualmente afferma che solo tale evenienza giustificerebbe l'intervento sulla norma da parte della Corte in applicazione del parametro di uguaglianza, negando che sia irragionevole da parte della Regione Puglia l'aver assunto, per il bilancio del 2003, i volumi delle prestazioni sanitarie erogate nel 1998 (quantità delle prestazioni e spesa complessiva) come limite ai fini della remunerazione per intero a valori aggiornati delle prestazioni rese dalle strutture sanitarie pubbliche e private (limite dopo il quale scatta la remunerazione con le regressioni tariffarie stabilite dalla giunta regionale); la sentenza argomenta non solo la necessità, a monte, di un bilanciamento tra le esigenze di universalità e completezza del sistema sanitario e la limitatezza delle risorse in concreto destinabili in bilancio a tale finalità, ma anche, nello specifico, la coerenza e congruità del riferimento al 1998, in quanto anno nel quale le prestazioni di specialistica ambulatoriale alle quali si fa riferimento hanno potuto esplicarsi senza limiti.

ne forme e contenuti nella relazione di cura<sup>41</sup> sollecitano a recuperare almeno la memoria delle qualità migliori della *partecipazione* nella legge 833/1978.

Nella sua originaria ispirazione - ben diversamente dalla sola invadenza partitica - era, infatti, ben presente anche la coscienza della necessità di attivare processi di "alfabetizzazione" sanitaria e di presa in carico diretta di una responsabilità attiva nella relazione di cura (sulla quale si tornerà nel paragrafo successivo).

Prendo a prestito l'esempio citato da Francesco Taroni<sup>42</sup>, che ha recentemente ricordato come, nella stagione politica che ha visto l'approvazione della legge di riforma sanitaria, fra i vari fermenti sociali che costituivano il terreno di affermazione di una nuova domanda sociale di salute come diritto vi fossero non solo i comitati per la salute in fabbrica, ma anche quei collettivi femministi ai quali si deve la scoperta e la diffusione del libro *Noi e il nostro corpo. Scritto dalle donne per le donne*, manuale di medicina pratica scritto dal Boston Women's Health Book Collective<sup>43</sup>; in questo richiamo<sup>44</sup> Taroni rimarca il segno di un'attiva partecipazione ai processi di promozione dei luoghi e delle forme più adeguate della tutela della salute (nelle fabbriche, come nei quartieri), in cui la dimensione individuale e quella collettiva si intrecciavano senza risultare separabili l'una dall'altra, capaci di promuovere dal basso non solo rivendicazioni e modelli (*best practices*), ma persino l'apertura alla circolazione di esperienze internazionali. Le attività che si svolgevano all'interno di "consultori pubblici autogestiti"<sup>45</sup> per promuovere la conoscenza e rendere effettivo l'accesso alla contraccezione, in una vera e propria pratica di volontariato femminista a fianco di medici ginecologi ed ostetriche altrettanto volontari/e, erano, infatti, espressione di una cultura della partecipazione che proponeva una visione attiva della "salute della donna" e della "salute riproduttiva" in particolare<sup>46</sup>: sollecitando l'attivazione e la con-

<sup>41</sup> Rispettivamente da A. Rosano e S. Tomelleri.

<sup>42</sup> F. TARONI, *op. cit.*, 538.

<sup>43</sup> Titolo originale: *Our Bodies, Ourselves*, New York, 1971, traduzione italiana Milano, 1974.

<sup>44</sup> Un richiamo che fa risuonare la personale esperienza di una partecipazione alla pratica del Consultorio autogestito del quartiere di Loreto della città di Bergamo, sulla quale v. R. GAY, B. PEZZINI, *Esperienze di gruppi femministi a Bergamo*, in A. CALABRÒ, L. GRASSO (cur.), *Dal movimento femminista al femminismo diffuso*, Milano, 1985, 457.

<sup>45</sup> Esperienze che anticipavano l'attuazione della legge 405/1975 per l'istituzione dei consultori pubblici, praticandone gli obiettivi in forme auto-organizzate, talvolta, come in particolare nell'esperienza bergamasca, addirittura consentite, o comunque rese possibili, da amministrazioni pubbliche che, mettendo a disposizione spazi pubblici idonei, ne avallavano l'esistenza e ne riconoscevano la funzione, la capacità di rispondere ad una esigenza concreta: sulla vicenda v. in particolare C. JOURDAN, *Insieme contro. Esperienze dei consultori femministi*, Milano, 1976.

<sup>46</sup> Espressione con la quale si fa riferimento non tanto all'esistenza di un ambito della medicina che ha da sempre considerato la diversità fra uomo e donna rispetto all'apparato sessuale e riproduttivo (ostetricia e ginecologia), ma soprattutto all'importanza socialmente e politicamente rivendicata, a partire dai movimenti femministi, dell'impegno per promuovere attivamente la salute sessuale e riproduttiva della popolazione femminile, garantendo le condizioni necessarie ed assumendo il punto di vista per cui la medicina riproduttiva non si limita a curare ma è altresì strumento di auto-determinazione. Nel contesto dell'OMS l'attenzione alla "salute riproduttiva" compare esplicitamente nella Conferenze del Cairo del 1994 (cap. VII): secondo la definizione dell'OMS, la salute sessuale e riproduttiva comprende lo stato di benessere fisico, mentale e sociale, correlato al sistema riproduttivo e alle sue funzioni, il che implica che le donne e gli uomini devono essere in grado di condurre una vita sessuale responsabile, soddisfacente e sicura e che devono avere la capacità di riprodursi e la libertà di decidere se, quando e quanto possono farlo. I *diritti riproduttivi* si basano sul riconoscimento del diritto fondamentale di coppie e individui di decidere liberamente e responsabilmente il

sapevolezza di ogni donna-paziente intorno ai propri bisogni di prestazioni medico-sanitarie per il controllo della propria fecondità e per l'esercizio effettivo di scelte di maternità responsabile; offrendo la possibilità di sperimentare pratiche di vera e propria alleanza terapeutica nella relazione medico-paziente; garantendo la formazione e la presenza continuativa di una rete sociale intorno alle singole situazioni di domanda e offerta di prestazioni di tipo sanitario. Una cultura politica alta della partecipazione<sup>47</sup> che, intrecciandosi alla cultura politica espressa dai movimenti femministi, mostra sul campo il rapporto circolare tra genere e salute e la reciproca influenza dei fattori di genere nella tutela della salute e della medicina nella costruzione del genere<sup>48</sup>; restituendo la consapevolezza che, nel misurare bisogni, condizioni e prestazioni nel campo della salute, il sesso non rileva solo come fattore biologico individuale, ma ha una dimensione sociale (il sistema il sesso/genere è una dimensione sociale).

Si tratta di rintracciare e conservare la consapevolezza di come simili esperienze offrirono un modello virtuoso di integrazione socio-sanitaria, che avrebbe dovuto essere percepito ed adeguatamente valorizzato proprio da quegli organi di derivazione politica previsti per la gestione del sistema sanitario dalla legge 833/1978, che per questo erano stati individuati dalla legge al livello territoriale di massima prossimità alla cittadinanza.

Certo, le forme della partecipazione disegnate dalla riforma si sono presto rivelate inadeguate ad un simile scopo<sup>49</sup>, ma di una simile dimensione virtuosa della partecipazione oggi sembra essersi persa persino la memoria, sovrastata dalla reazione innescata dalla crescente sfiducia nella capacità dei partiti di esprimere altro che occupazione di potere e dal conseguente affidamento al modello aziendalistico e tecnocratico (realizzato in particolare nella riforma del 1992<sup>50</sup>). Trascurando il fatto che il progressivo smantellamento delle istanze politico rappresentative ha determinato, però, anche una

numero e i tempi e delle gravidanze, di avere le informazioni e mezzi per farlo, e il diritto di raggiungere i più alti standard di salute sessuale e riproduttiva. Con la IV Conferenza mondiale sulle donne, Pechino, 1995, ancora più esplicitamente viene riconosciuto il diritto della donna al controllo della salute, del corpo, della sessualità e della procreazione: il paragrafo 96 del Programma di Azione afferma che «*I diritti umani delle donne includono il diritto ad avere il controllo e a decidere liberamente e responsabilmente circa la propria sessualità, inclusa la salute sessuale e riproduttiva, senza coercizione, discriminazione e violenza*».

<sup>47</sup> In senso ampio, che non appiattisce la partecipazione politica alla mera dimensione partitica, né alla sola dimensione istituzionale.

<sup>48</sup> Sulla odierna consapevolezza della “medicina di genere” si veda *Il genere come determinante di salute. Lo sviluppo della medicina di genere per garantire equità e appropriatezza della cura*, in *Quaderni del Ministero della Salute*, 26, aprile 2016, 3.

<sup>49</sup> Descrive con particolare efficacia la reazione di rigetto contro la politicizzazione selvaggia che era stata il frutto, non necessariamente obbligato, della l. 833/1978, interrogandosi in proposito e collocandola entro un quadro più ampio di crisi dello stato sociale, G. MOR, *op. cit.*, 957. Per una diversa visuale delle dinamiche degenerative che contribuiscono a smarrire le virtù delle forme originarie di partecipazione collettiva: M.L. BOCCIA, *Uguaglianza/differenza, la rottura politica del femminismo*, in Centro per la Riforma dello Stato, 24 aprile 2019, <https://www.centroriformastato.it/uguaglianza-differenza-la-rottura-politica-del-femminismo> (ultima consultazione 17.6.2019), che parla di una pratica retorica dell'uguaglianza che, producendo una rimozione attiva delle differenze, riassorbite nel «noi» collettivo indifferenziato, avrebbe favorito uno «*spostamento della politica verso concezioni e pratiche più tradizionali*».

<sup>50</sup> Sui limiti della aziendalizzazione si è soffermato in particolare S. Tomelleri. M. CLARICH, *Le nuove aziende sanitarie tra ente pubblico e impresa*, in *Ragiusan*, 1993, 8, non aveva mancato di osservare che il modello tecnocratico ispirava il d.lgs. 502 “in modo forse fin troppo esasperato”.

progressiva perdita della capacità di esprimere, nei modelli organizzativi e di gestione del servizio, la indispensabile interazione tra dimensione individuale e collettiva della salute, che rappresenta, invece, uno dei fattori cruciali ai fini della stessa possibilità di garantire una effettiva soddisfazione del diritto sociale<sup>51</sup>.

## 5. La relazione terapeutica come contesto e come forma della garanzia dell'autodeterminazione

Il processo che vede emergere la dimensione individuale del diritto alla salute quasi a scapito di quella collettiva, in una sorta di relazione inversa e speculare all'attenuarsi della partecipazione ed all'appannarsi della centralità del parlamento come sede decisionale, richiede che una riflessione sull'itinerario quarantennale di attuazione dell'art. 32 cost. presti attenzione anche alla dimensione di autodeterminazione e libertà che è presente nella figura complessa del diritto costituzionale alla salute<sup>52</sup>, ed in particolare all'inquadramento che di tale dimensione ha offerto la giurisprudenza costituzionale nella cornice della relazione tra gli articoli 32 e 13 Cost.

Nel testo della Costituzione gli articoli 13 e 32 condividono la collocazione nella *Parte prima*, l'uno ad aprire il primo titolo, *Rapporti civili*, dichiarando solennemente l'inviolabilità della libertà personale, articolandone le garanzie nei confronti di ogni forma di detenzione, ispezione, perquisizione e, comunque, di qualsiasi altra restrizione ed espressamente punendo ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà; l'altro al cuore del secondo titolo, *Rapporti etico-sociali*, impegnando la Repubblica intera a tutelare la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, proteggendo dalla imposizione di trattamenti sanitari obbligatori con una riserva di legge assoluta<sup>53</sup> e con l'esplicito richiamo dei limiti imposti dal rispetto della persona umana. La diversa collocazione trova corrispondenza nella diversità delle tecniche di garanzia costituzionale impiegate a tutela di un "classicissimo" diritto di libertà e di una situazione giuridica complessa come il diritto alla salute: nel primo sono irrinunciabili riserva di legge e di giurisdizione, nel secondo si intrecciano le forme di garanzia delle prestazioni positive che soddisfano la dimensione di diritto sociale del diritto alla salute e quelle pretese negative, di astensione, che tutelano la salute dalle aggressioni esterne.

<sup>51</sup> Di cui oggi parliamo, ad esempio, rilevando l'incidenza del "fattore gruppale" descritto da A. Rosano.

<sup>52</sup> La ricostruzione del diritto alla salute come figura giuridica complessa, comunemente accettata pur nella consapevolezza delle differenti interpretazioni delle singole fattispecie ad essa riconducibili (si veda D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana: profili sistematici*, Milano, 2002, 7), è specificamente proposta da B. PEZZINI, *il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 23.

<sup>53</sup> La riserva è intesa come relativa da una parte autorevole della dottrina, v. S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1979, 901; M. LUCIANI, *Salute, I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, 10; ma si ritengono preferibili le ricostruzioni che ne sottolineano, al contrario, la necessaria assolutezza in base alla qualità di stretta e fondamentale ineranza del bene salute alla persona ed alla distinzione dalle generiche prestazioni personali ex art. 23 Cost.: D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2015, p. 48; ma già B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 28; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 385, che la rileva come assoluta e rinforzata dal limite del rispetto della persona umana; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011, 526.

Le due norme hanno certamente in comune il *focus* nei confronti della dimensione materiale, fisica, della corporeità della persona<sup>54</sup>: il corpo protetto dalle restrizioni *esterne* (dalla riduzione del suo spazio di disponibilità e movimento: art. 13) e dall'*invasione interna*, dalla possibilità di penetrarne i confini, di infrangerne le barriere (nella misura in cui il trattamento sanitario incide *entro* la corporeità, operando sui suoi meccanismi di funzionamento: art. 32, II). Tenendo ben presente, però, anche che il corpo presupposto da ogni diritto è l'unità inscindibile corpo-e-mente costitutiva della persona<sup>55</sup>, e che la nozione dinamica di salute veicolata dall'OMS spinge la dimensione della salute a coincidere con la dimensione del vissuto della persona<sup>56</sup>, intrecciando ulteriormente i fili del diritto alla salute e della libertà personale.

Ed è proprio guardando alla dimensione materiale della corporeità – così intrinsecamente costitutiva, per ciascuno e ciascuna<sup>57</sup> di noi, dell'identità personale ed incorporata da entrambe le norme – che emerge la dimensione costituzionale della auto-determinazione personale.

Le limitazioni e le garanzie che attraverso gli articoli 13 e 32 Cost. proteggono la persona dalla imposizione di decisioni altrui (etero-determinazione) sulla disponibilità esterna e interna del proprio corpo fondano e disegnano la sfera di auto-determinazione personale costituzionalmente garantita; che vediamo emergere, innanzitutto, come auto-determinazione *passiva*, ma che, nel quadro dei principi fondamentali del personalismo<sup>58</sup>, non può che acquisire immediatamente anche significato e spessore di auto-determinazione *attiva*, cioè di condizione per la possibilità stessa del libero sviluppo (la dimensione della libertà materiale del corpo, della libertà del movimento nello spazio relazionale è la premessa indispensabile della stessa possibilità di autonomia personale). L'auto-determinazione della persona viene, dunque, costituzionalmente articolata dalla relazione tra gli articoli 32 e 13 nella cornice del personalismo, secondo un intreccio che è stato colto dalle riflessioni della dottrina<sup>59</sup> ed è ampiamente attestato dalla giurisprudenza costituzionale<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, 2007.

<sup>55</sup> P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo, Il governo del corpo*, tomo I, *Trattato di biodiritto* cit., 140.

<sup>56</sup> S. ROSSI, *op. cit.*, 108.

<sup>57</sup> Si è già segnalata nel par. precedente la necessità di un'attenzione specifica alla dimensione di genere della corporeità, corrispondente al rilievo della differenziazione sessuale come elemento costitutivo dell'identità personale e da sempre a fondamento di una specifica disciplina giuridica: su questo v. anche L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2006.

<sup>58</sup> Che ricaviamo innanzitutto dall'art. 2, ma anche dal secondo comma dell'art. 3 Cost.: L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, 2018, 192, nt. 61.

<sup>59</sup> Ricostruite da S. ROSSI, *op. cit.*

<sup>60</sup> Capostipite riconosciuta la sent. 438/2008, che indica a fondamento della imprescindibile necessità del consenso informato (inteso come «l'espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico») gli articoli 2, 13 e 32 Cost.; mentre il richiamo dell'art. 2 collega il consenso informato alle radici del personalismo, integrandolo nel tessuto dei diritti fondamentali, il richiamo del 13 estende la dimensione attiva della *libertà di scegliere* consapevolmente qualsiasi cura alla quale sottoporsi, oltre la dimensione difensiva del rifiuto (*libertà dall'obbligo* di determinati trattamenti sanitari). La sent. 253/2009, a sua volta, propone il consenso informato in "funzione di sintesi" tra diritto all'autodeterminazione e diritto alla salute, mentre la più recente e discussa ordinanza 207/2018, di cui si tratta in questo stesso paragrafo, parla di «la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.» (9 Cons. dir.).

Nel quadro della relazione medico-paziente e, più nello specifico, del consenso informato<sup>61</sup>, gli articoli 2, 13 e 32 Cost. offrono un intreccio virtuoso al servizio dell'auto-determinazione della persona per quanto riguarda le scelte relative alla salute, anche se ritengo di poter osservare che l'art. 32 Cost. fornisce già da solo la condizione necessaria e sufficiente alla pretesa di consenso espresso ad ogni trattamento sanitario, nel rispetto delle condizioni del secondo comma che definiscono i limiti in cui il soggetto titolare del bene salute e del relativo diritto individuale può essere sottoposto ad una etero-determinazione relativa alla propria salute (detto altrimenti, i limiti entro i quali è ammissibile un dovere di curarsi). Nell'art. 32 Cost. il riconoscimento costituzionale dell'*autodeterminazione* del singolo rispetto alla realizzazione dell'obiettivo di garanzia della salute si radica, infatti, innanzitutto nella essenziale e fondamentale coincidenza del diritto individuale e dell'interesse collettivo: il soddisfacimento dell'interesse individuale sul bene protetto è garantito dalle autonome determinazioni di volontà di ciascun soggetto, che restano l'unica *misura* possibile per la definizione delle scelte concrete in ordine al *come*, al *quando* ed, in ultima istanza, al *se* adottare trattamenti sanitari di prevenzione, cura, riabilitazione (i trattamenti sanitari vanno intesi come i *mezzi* per raggiungere l'obiettivo). Gli stessi limiti che circondano nel secondo comma della disposizione costituzionale l'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori, ed eventualmente coercitivi, subordinati ad una riserva di legge ed alla garanzia sostanziale del rispetto della dignità umana, rendono evidente lo spazio essenziale riservato all'autonomia individuale; esclusa ogni funzionalizzazione, i trattamenti sanitari non possono essere imposti al singolo per soddisfare in modo diretto il generale interesse della collettività ad essere composta di individui nelle migliori condizioni di salute possibili, ma solo quando ciò sia richiesto dalla necessità di tutela dell'interesse individuale di altri membri della collettività a preservare e difendere la *propria* salute, che potrebbe subire pregiudizio a causa delle autonome determinazioni di un singolo in ordine a determinati trattamenti. L'*interesse collettivo*, a sua volta, riassume, innanzitutto, gli interessi individuali alla salute potenzialmente in conflitto con l'autodeterminazione del singolo: un determinato trattamento viene così a rappresentare, in certe circostanze, il *mezzo indiretto* di tutela della salute di una platea di soggetti (i quali, non essendo direttamente coinvolti dal trattamento, benché ne traggano uno specifico giovamento, risultano privi del potere di assumere determinazioni in ordine ad esso), pur restando, *contemporaneamente*, il *mezzo diretto* di tutela della salute del soggetto specifico al quale è rivolto (che, in quanto destinatario diretto, dovrebbe astrattamente disporre della libertà di scelta). L'interesse collettivo così inteso è riassuntivo di una pluralità di posi-

<sup>61</sup> Si sottolinea la necessità che il consenso informato non vada inteso come un atto, ma come un processo volto a consentire una consapevole volizione: F. PIZZOLATO, *Autodeterminazione e relazionalità nella tutela della salute*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2018, 439; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *rivistaresponsabilitamedica.it*, 31.1.2018, 2-3; la stessa qualificazione del consenso come "informato" ne postula il carattere e la dimensione relazionale: R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, 12. Si veda anche l'art. 1.8 della l. 219/2017: "il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura". Sulla «*inderogabile esigenza di fornire al singolo un'informazione corretta e comprensibile*» a garanzia della «*effettiva possibilità di uno svolgimento corretto e compiuto del procedimento di formazione della volontà*» di sottoporsi a un trattamento terapeutico v. già B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 42.

zioni individuali indirettamente incise e giustifica l'attribuzione al legislatore di poteri decisionali in nome e per conto dei terzi, che ne sono privi<sup>62</sup>.

In ogni caso, *tre unità* presidiano la sfera di autodeterminazione personale rispetto alla salute, in quanto elementi al contempo imprescindibili e sufficienti a garantirla, condizionando la stessa ricostruzione del rapporto tra medico e paziente: l'unità essenziale corpo/mente del titolare del diritto, l'inscindibilità del bene dalla persona del titolare e l'unitarietà della salute individuale e collettiva.

Ne consegue che il tema dell'autonomia individuale non va declinato, rispetto alla salute, solo nei termini della costruzione di una *sfera individuale riservata*, vale a dire nell'assenza di vincoli esterni al soggetto rispetto alle cure che lo riguardano (diversi dalle condizioni in cui sono costituzionalmente legittimi trattamenti sanitari obbligatori); ma anche sul piano delle garanzie di effettività, cioè in quanto realizzazione delle *condizioni in cui l'autodeterminazione del soggetto nella relazione di cura sia possibile*<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> Nella giurisprudenza costituzionale si veda la sentenza 258/1994: «Al riguardo si è avuto anche di recente occasione di ribadire come la norma del citato art. 32 postuli il necessario temperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto negativo di non assoggettabilità a trattamenti sanitari non richiesti od accettati) con il coesistente e reciproco diritto di ciascun individuo (sentenza 1994 n. 218) e con la salute della collettività (sentenza 1990 n. 307)», che riassume e richiama i precedenti in cui viene, rispettivamente, evidenziata la necessità che un trattamento «sia diretto non solo a migliorare o 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» (sent. 307/1990) e la configurazione di un «dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri. Le simmetriche posizioni dei singoli si temperano ulteriormente con gli interessi essenziali della comunità, che possono richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa, o prevedere la soggezione di essa ad oneri particolari. Situazioni di questo tipo sono evidenti nel caso delle malattie infettive e contagiose, la cui diffusione sia collegata a comportamenti della persona, che è tenuta in questa evenienza ad adottare responsabilmente le condotte e le cautele necessarie per impedire la trasmissione del morbo. L'interesse comune alla salute collettiva e l'esigenza della preventiva protezione dei terzi consentono in questo caso, e talvolta rendono obbligatori, accertamenti sanitari legislativamente previsti, diretti a stabilire se chi è chiamato a svolgere determinate attività, nelle quali sussiste un serio rischio di contagio, sia affetto da una malattia trasmissibile in occasione ed in ragione dell'esercizio delle attività stesse» (218/1994).

<sup>63</sup> Ragionando in termini di condizioni effettive di autodeterminazione diviene possibile superare le difficoltà di inquadramento della disciplina dei TSO prevista dalla legge 180/1978 per il caso di malattia psichica e trasfusa nella 833 (su cui vedi ampiamente S. Rossi, *op. cit.*), che impongono un dovere di trattamento sanitario in assenza di un interesse collettivo / altrui alla salute nel senso generalmente richiesto dall'art. 32. Se il presupposto del TSO per malattia psichica risiede nel fatto che le condizioni di alterazione e scompenso compromettono la possibilità del soggetto di auto-determinarsi in ordine ad un qualsiasi percorso terapeutico (e quindi la possibilità di entrare attivamente in una relazione terapeutica) e che, nel contempo, le caratteristiche di intervento e trattamento sono finalizzate a permettergli di recuperare una condizione di autodeterminazione possibile, a venire in gioco, di fronte al sistema delle norme costituzionali, non sono solo i limiti imposti dall'art. 13 al sacrificio della libertà personale, ma anche e soprattutto le garanzie di effettività della autodeterminazione nelle particolari condizioni di quel malato: solo nella misura in cui la riconquista di una capacità di autodeterminazione del soggetto nella relazione terapeutica sarà avvenuta, sarà possibile che le garanzie che ordinariamente presidiano detta relazione e la sfera di autodeterminazione nella cura da parte di ogni malato agiscano con effettività, consentendo, una volta cessato il TSO, di tornare ad agire nell'ambito in

La definizione delle condizioni di *effettività* dell'autodeterminazione in ordine alla cura riguarda una pluralità di aspetti: richiede, da un lato, la effettiva disponibilità di mezzi, spesso complessi, di strutture organizzative e di prestazioni personali; ma concerne anche, dall'altro, l'appropriatezza delle cure in ordine alle migliori condizioni di salute possibile (secondo l'ampia definizione dell'OMS), che sono necessariamente *relative* al soggetto (non solo "rimuovendo" la malattia, ma conservando nel tempo la miglior qualità di vita compatibile con le effettive condizioni di salute).

I soggetti essenziali della relazione terapeutica sono il titolare del bene salute individuale (*il malato*), con un potere di autodeterminazione diretto e non eliminabile sulle decisioni di cura, ed il soggetto che necessariamente coopera attraverso le sue conoscenze tecniche alla formazione della decisione, fornendo un apporto tecnico-specialistico indispensabile perché la decisione possa essere qualificata come "terapeutica" (*il medico*<sup>64</sup>). Il malato è protagonista essenziale, portatore di un'autonomia che può essere limitata, circoscritta, diversamente incisa, ma certo non completamente soppressa; il medico è, a sua volta, soggetto parimenti necessario, tuttavia non in quanto titolare del bene – la salute – sul quale si esercita la scelta, bensì in *funzione strumentale* al formarsi del processo di decisione del malato ed al compimento delle attività terapeutiche conseguenti alle scelte compiute. Nel rapporto medico-paziente, questo significa che il medico ha la funzione essenziale di proporre al paziente come curarsi e di somministrare cure e trattamenti entro il quadro di una stretta relazione con il paziente: la sua sfera di azione e la relativa autonomia nella relazione terapeutica trovano fondamento e garanzia nella protezione costituzionale dell'autonomia scientifica (ex art. 33 cost.).

Le decisioni del medico implicano una sua specifica responsabilità tecnica, in particolare in ordine alla valutazione dell'efficacia della cura; ed ancora, gli aspetti relativi alla qualità della cura non possono che essere apprezzati, da parte dello stesso medico, in un rapporto strettissimo e individualizzato con il paziente, la cui soggettività rappresenta addirittura la misura di taluni elementi. Per quanto, invece, attiene agli aspetti sociali delle decisioni sulle cure, poiché l'imprescindibile analisi dei costi delle prestazioni da erogare al complesso della popolazione sfocia in una determinazione delle priorità, si tratta dell'esercizio di una funzione essenzialmente politica, i cui requisiti essenziali debbono essere l'intelligibilità e la trasparenza del processo decisionale, entro la dimensione e la cornice della responsabilità politica.

Accostato all'art. 32 Cost., l'art. 13 – anche se inteso *ad adiuvandum*<sup>65</sup> – ha, comunque, contribuito a rendere visibile l'ampiezza della sfera di auto-determinazione del paziente costituzionalmente tutela-

---

cui l'autodeterminazione è presidiata in via ordinaria dall'art. 32 Cost.; solo "la libertà è terapeutica", e quindi solo in condizioni di autodeterminazione si instaura pienamente la relazione terapeutica, mentre la fase – limitata e circoscritta – della coazione si giustifica nella stretta misura in cui risulta strumentalmente indispensabile per garantire l'effettività dell'autodeterminazione (a costruire la possibilità di una piena relazione terapeutica).

<sup>64</sup> Anche la giurisprudenza costituzionale ribadisce che «*in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e responsabilità del medico che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali*»: così da ultimo nella sent. 169/2017, con richiamo anche delle sent. n. 338/2003, 282/2002 e 151/2009.

<sup>65</sup> R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 6, 2008, 4963, per i quali il consenso informato può essere spiegato come punto di sintesi fra le diverse posizioni giuridiche soggettive tutelate dall'art. 32 Cost., senza necessariamente richiamare l'art. 13 Cost.; così anche G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario*

ta, che è (diventata riconoscibile ed è stata) riconosciuta effettivamente come forte contrappeso, nel bilanciamento, con l'autonoma responsabilità di cura propria del medico, fondata sulla tutela della sua autonomia scientifica (art. 33 Cost.<sup>66</sup>).

Recentemente, nella cornice di una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'assise di Milano in riferimento al reato di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.<sup>67</sup>), la giurisprudenza costituzionale sembra essersi spinta sino a ricoprire con l'ombrello dell'autodeterminazione la scelta delle terapie finalizzate a liberare dalle sofferenze<sup>68</sup>: nei contenuti dell'ordinanza 207/2018 – e ferma restando la necessità di verificarne la tenuta in considerazione del successivo provvedimento che la Corte costituzionale adotterà in chiusura della discussione ulteriore prevista nella udienza di rinvio del 24 settembre 2019 – sembra però di intravedere sul punto specifico dell'*autodeterminazione in materia di salute* un salto ed una discontinuità rispetto ai precedenti, che renderebbe difficile la ricostruzione del richiamo dell'art. 13 Cost. come semplicemente *ad adiuvandum* rispetto all'art. 32.

Stabilendo che – sia pure nelle circostanze limitate in cui il soggetto agevolato sia persona che si trovi «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli» – richiedere un atto medico che attivamente determini il momento della morte (pretesa ad un comportamento attualmente punito dall'art. 580 c.p.<sup>69</sup>) equivalga a richiedere l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e la conte-

secondo l'art. 32, co. 2, cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita, in *Dir. pub.*, 1, 2008, 91-92; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 665; C. TRIPODINA, *Art. 32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, diretto da S. Bartole e R. Bin, Padova, 2008, 329.

<sup>66</sup> Profilo particolarmente oggetto di ampia analisi ricostruttiva da parte di A. CARMINATI, *Libertà di cura e autonomia del medico*, Bari, 2018. In giurisprudenza, la sent. 282/2002 parla di un diritto fondamentale della persona malata «ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica».

<sup>67</sup> Sull'ampissimo dibattito suscitato dal cosiddetto "caso Cappato", ai cui profili sostanziali si aggiunge l'interesse suscitato dalla novità sperimentata dalla Corte costituzionale di una decisione di sostanziale messa in mora del legislatore, si vedano: su quest'ultima pronuncia e sull'ampia discussione cui ha già dato vita si possono vedere almeno il *Forum – Sull'ordinanza Cappato, in attesa della pronuncia che verrà*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2019; gli interventi al *Seminario annuale 2019 di Quaderni costituzionali, Dopo l'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?* pubblicati su *forumcostituzionale.it*; 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 di altri"*, in questa *Rivista*, 3, 2018, 139 e S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in questa *Rivista*, 3, 2018, 153; D. NAPOLI, *Il caso Cappato – DJ Fabo e le colonne d'Ercole del fine vita. Dal diritto a lasciarsi morire al diritto a morire con dignità*, in questa *Rivista*, 3, 2017, 355. Nonché gli interventi presentati nel corso del seminario preventivo organizzato dall'università di Bologna il 12 ottobre 2018, e pubblicati da *forumcostituzionale.it*: A. MORRONE (a cura di), *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2018/10/caso-cappato-amici-curiae.pdf> (6.6.2019).

<sup>68</sup> Ordinanza CC 207/2018 «la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.» (9 *Cons. dir.*)

<sup>69</sup> Al punto 9 *Cons. dir.*, la Corte costituzionale osserva che «La legislazione oggi in vigore non consente, invece, al medico che ne sia richiesto di mettere a disposizione del paziente che versa nelle condizioni sopra descritte trattamenti diretti, non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte. In tal modo, si costringe

stuale sottoposizione a sedazione profonda continua (sulla base dell'esercizio di una autodeterminazione in relazione alla propria salute oggi specificamente assistita dalle garanzie della legge 219/2017, ma di per sé direttamente fondato sull'art. 32 Cost.<sup>70</sup>), la Corte costituzionale ci pone di fronte ad uno slittamento sinora inedito tra *letting die* e *killing*<sup>71</sup>, superando una linea di demarcazione ad oggi saldamente presidiata dall'obbligo deontologico espresso nell'art. 17 del codice di deontologia medica<sup>72</sup>, richiamato specificamente dall'art. 1 della l. 219/2017.

Tanto più che l'utilizzo della legge 219 come *tertium comparationis* non viene fatto semplicemente operare, entro il perimetro della rilevanza della questione di costituzionalità, ai fini di un'interpretazione costituzionalmente conformata dell'art. 580 c.p.<sup>73</sup> (che escluda che, nella condotta di chi abbia accompagnato in macchina il malato in quelle particolari condizioni in un paese straniero ove gli è stato possibile realizzare l'intento suicidiario, sia ragionevolmente configurabile un aiuto al suicidio<sup>74</sup>), ma spinge la Corte ad ipotizzare – con un ulteriore slittamento – la doverosità costituzionale di un intervento legislativo<sup>75</sup> che, pur nell'indispensabile esercizio di delicati bilanciamenti

---

*il paziente a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care».*

<sup>70</sup> B. PEZZINI, *Diritto costituzionale alla salute, trattamento sanitario, cure palliative: spunti di riflessione sulla relazione terapeutica*, in E. STRADELLA (a cura di), *Diritto alla salute e alla vita buona nel confine tra il vivere e il morire. Riflessioni interdisciplinari*, Pisa, 2011, 177.

<sup>71</sup> Lo rilevano in molti, si veda in particolare M. SALAZAR, «Morire sì, non essere aggrediti dalla morte». *Considerazioni sull'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale, paper al Seminario "Dopo l'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?"*, Bologna, 27 maggio 2019, in corso di pubblicazione su *Quaderni costituzionali*.

<sup>72</sup> L'art. 17 del codice di deontologia medica, rubricato *Atti finalizzati a provocare la morte*, afferma che «Il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocarne la morte». Si vedano peraltro P.F. BRESCIANI, *Il lungo anno dell'art. 580 cod.pen.: l'art. 17 Codice Deontologia Medica può precludere la partecipazione del medico ai suicidi assistiti?*, in *forumcostituzionale.it*, 2 maggio 2019; E. PULICE, *Autonomia e responsabilità medica: la scelta deontologicamente (dis)orientata*, in questa *Rivista*, 1, 2019.

<sup>73</sup> Sempre nel punto 9 *Cons. dir.*: «non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale».

<sup>74</sup> Obiettivo in sé conseguibile con una pluralità di mezzi: innanzitutto, sarebbe stato alla portata dei giudici milanesi – sia seguendo l'interpretazione delle corti di merito citate nella stessa ordinanza di rimessione (corte d'assise di Messina, tribunale di Vicenza, Corte d'appello di Venezia), sia rilevando l'interruzione del nesso di causalità tra aiuto prestato da Cappato e atto suicidiario, essendo il mero accesso alla clinica dove il trattamento è stato possibile un presupposto necessario ma non sufficiente, dal momento che, da un lato, è stato indispensabile l'intervento attivo di chi ha messo a disposizione il farmaco letale e, dall'altro, F. A. avrebbe potuto non solo non essere ritenuto idoneo, ma mutare idea sino all'ultimo momento –; in secondo luogo, potrebbe essere raggiunto dalla Corte costituzionale con una pluralità di dispositivi, come la dottrina ha ben evidenziato: v. A. MORRONE, *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, in *Id.* (a cura di), *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, cit.

<sup>75</sup> «10.– Al riscontrato *vulnus* ai principi sopra indicati, questa Corte ritiene, peraltro, di non poter porre rimedio, almeno allo stato, a traverso la mera estromissione dall'ambito applicativo della disposizione penale delle ipotesi in cui l'aiuto venga prestato nei confronti di soggetti che versino nelle condizioni appena descritte. Una simile soluzione lascerebbe, infatti, del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi».

ti costituzionali affidati alla responsabilità del legislatore<sup>76</sup>, garantisca una “tutela del malato” intesa come diritto ad ottenere la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte, in quanto ritenuto perfettamente simmetrico alla già riconosciuta possibilità di “liberarsi delle proprie sofferenze” attraverso una sedazione profonda continua e correlativo rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale. In tal modo viene anche messa in ombra la distinzione delle sfere soggettive coinvolte e degli effetti che in tali sfere ricadono sui soggetti individuati: passando dalla considerazione del soggetto che spontaneamente presta aiuto all'altrui proposito suicidario, già indipendentemente maturato, a quella del soggetto irreversibilmente malato e intollerabilmente sofferente e delle sue pretese verso altri<sup>77</sup> (al netto di ogni considerazione sulla differenza tra riconoscimento di uno spazio fattuale di libertà personale possibile e riconoscimento di un vero e proprio diritto *al quale corrisponda l'affermazione di una doverosità del comportamento altrui*<sup>78</sup>).

La Corte costituzionale interviene così in uno spazio costituzionale non compiutamente definito, tra un *diritto di morire* che non c'è – che non si configura come costituzionalmente protetto ed autonomamente rilevante – ed un *dovere di vivere* ugualmente non compatibile con la Costituzione. Se anche nessuna norma della Costituzione consente di configurare un diritto di morire che proietti la piena disponibilità individuale del bene della vita fino al riconoscimento della pretesa di esigere comportamenti conformi da parte di altri soggetti (vale a dire, assistenza e collaborazione al suicidio), il libero sviluppo della persona protetto dall'art. 2 Cost. e la piena dignità riconosciuta dall'art. 3 Cost. ad ogni essere umano impongono il massimo rispetto della persona anche *nell'attraversamento del confine tra la vita e la morte*. E per quanto l'ordinamento costituzionale tenda nel suo complesso a privilegiare la vita ed orienti la solidarietà all'esistenza in vita del soggetto, lo può fare solo in forme che non comportino la compressione dei diritti di libertà e di scelta e senza autorizzare la sostituzione di determinazioni eteronome all'autonomia del soggetto, quindi con misure indirette di indirizzo e incentivo, non già configurando coercizioni o obblighi; nessun *dovere di vivere*, che sarebbe fondabile solo su valori distinti e pretesi superiori alla (autocoscienza della) persona in sé considerata; i doveri

---

Rimettendo al legislatore la responsabilità di scegliere entro un ventaglio di opzioni discrezionali (prima tra tutte la scelta tra intervenire sull'art. 580 c.p. e la legge 219/2017), l'ordinanza precisa comunque al punto 11 *“ferma restando l'esigenza di assicurare la tutela del malato nei limiti indicati dalla presente pronuncia”*.

<sup>76</sup> Tra le molteplici opzioni evocate esplicitamente nella pronuncia: le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, la disciplina del relativo “processo 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; nonché l'esigenza di adottare opportune cautele affinché il coinvolgimento in un percorso di cure palliative resti un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente: così, però, mostrando di non ritenere, in realtà, perfettamente equivalenti le opzioni in precedenza presentate come simmetriche dell'interruzione di trattamenti di sostegno vitale con sedazione profonda e terapia del dolore e della somministrazione di farmaco atto a provocare rapidamente la morte.

<sup>77</sup> Distinzione rilevata già da M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *penalecontemporaneo.it*, 15 marzo 2017, cui rimane fermamente contrario A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in M. RONCO (a cura di), *Il “diritto di essere uccisi: verso la morte del diritto?”* Torino, 2019, 7.

<sup>78</sup> Sul punto, tra gli altri, v. A. MORRONE, *op. cit.*, 9.

di solidarietà dell'art. 2 cost., infatti, sono correlativi, non superiori ai diritti fondamentali della persona.

Vi è, dunque, uno spazio costituzionale aperto, dove c'è posto per riconoscere un fondamento costituzionale al diritto *di morire con dignità*<sup>79</sup>, il cui contenuto riguarda pretese di autodeterminazione relative alla possibilità di conformare le modalità della propria morte, che hanno fondamento nel principio personalistico e che, per quanto qui interessa, possono trovare protezione *in connessione* con la tutela della salute, nella misura in cui alla sfera del diritto costituzionale alla salute si può ricondurre il diritto di determinare a quali trattamenti sottoporsi e quali rifiutare, *anche e specificamente* quando il rifiuto o l'interruzione significhi accettare l'esito fatale del sopraggiungere della morte (rifiuto o interruzione di trattamenti salvavita); in questo caso, infatti, nell'ambito della relazione terapeutica diventano prestazione alternativa<sup>80</sup> ai trattamenti salvavita rifiutati dall'interessato le cure palliative (sedazione profonda e terapia del dolore), che il medico può e deve<sup>81</sup> somministrare per assistere il paziente nel *processo del morire*, accompagnandolo verso un esito inevitabile; cure palliative che rappresentano ciò che viene fatto per garantire che, anche nella fase tra il rifiuto dei trattamenti salvavita ed il momento della morte – appunto nel *processo del morire* –, la cooperazione del medico in uno stretto dialogo con il paziente assicuri a quest'ultimo la migliore condizione di salute (relativa<sup>82</sup>) possibile. Ma quando – in esito a quel doppio slittamento sopra osservato dell'argomentazione della Corte costituzionale (che, da un lato, assimila l'accompagnamento nel processo spontaneo del morire alla somministrazione di un trattamento che determina direttamente la morte; e che, dall'altro, in forza di tale assimilazione non solo ritiene irragionevole la punizione dell'aiuto al suicidio quando prestato in determinate condizioni, ma impone il riconoscimento di un diritto ad ottenere un aiuto medico qualificato al suicidio) – la prestazione alternativa (alle cure salvavita rifiutate o interrotte) consiste in un trattamento che induce la morte, si può dubitare che ci si trovi ancora entro il quadro della *relazione terapeutica*.

<sup>79</sup> P. CENDON, *I malati terminali e i loro diritti*, Milano, 2003.

<sup>80</sup> G. BALDINI, *La legge 219/2017 tra molte luci e qualche ombra*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2017, 33.

<sup>81</sup> L'ordinanza 207/2018 ribadisce al punto 10 *Cons. dir.* che «Dovrebbe essere valutata, infine, l'esigenza di adottare opportune cautele affinché – anche nell'applicazione pratica della futura disciplina – l'opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza – in accordo con l'impegno assunto dallo Stato con la citata legge n. 38 del 2010 – sì da porlo in condizione di vivere con intensità e in modo dignitoso la parte restante della propria esistenza. Il coinvolgimento in un percorso di cure palliative dovrebbe costituire, infatti, un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente».

<sup>82</sup> La condizione di pazienti affetti da malattie caratterizzate da un'inarrestabile evoluzione e da una prognosi infausta che non rispondono a trattamenti specifici rivolti alla prospettiva della rimozione della malattia ci appare una *situazione-limite*, nella misura in cui scinde i due aspetti che di norma si presentano congiunti: da un lato, la proiezione della cura alla "guarigione" e alla rimozione della malattia e, dall'altro, la qualità della vita che, in assenza di prospettiva di guarigione, si configura come "relativa". È importante, tuttavia, sottolineare che l'espressione "relativa" non deve essere intesa come una qualificazione riduttiva, come se la qualità della vita che potesse dirsi, al contrario, "assoluta" in assenza della malattia (e *solo* in assenza di malattia); sta, piuttosto, ad indicarne lo stretto rapporto con il soggetto malato, l'*individualizzazione*, con riferimento sia alle prospettive di guarigione e, comunque, di evoluzione della malattia, sia ai bisogni ed alle preferenze individuali del malato, tanto più in assenza di prospettive di guarigione.

Da questo punto di vista, l'ordinanza 207/2018 non sembra, di conseguenza, potersi leggere in una mera continuità con i precedenti, risultando piuttosto propriamente fondativa di un'autonoma dimensione dell'autodeterminazione *tout-court*, per la quale invoca, infatti, anche la dignità nell'accezione sostanzialmente soggettiva (nella misura in cui fa riferimento a «un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale» sostenendo che in tal modo si imporrebbe al malato «in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive (art. 3 Cost.: parametro, quest'ultimo, peraltro non evocato dal giudice a quo in rapporto alla questione principale, ma comunque sia rilevante quale fondamento della tutela della dignità umana)»).

## 6. Criticità nella relazione terapeutica: l'obiezione di coscienza del medico

Tornando, invece, alla riflessione più generale sulla relazione terapeutica<sup>83</sup>, fra i tanti aspetti emersi nell'arco di tempo quarantennale qui oggetto di riflessione merita specifica considerazione il tema della obiezione di coscienza, in particolare sollecitato dalla problematica configurazione della obiezione del personale medico-sanitario prevista dalla legge sull'IVG, che l'attuazione quarantennale della legge restituisce come una pratica divenuta *di massa*<sup>84</sup>.

Lo scopo è quello di richiamarne la particolare criticità in ordine alla dimensione organizzativa dell'effettività del diritto alla salute, ma anche di proporre una lettura critica che ne evidenzi la intrinseca ambiguità – se non proprio contraddittorietà – rispetto alla configurazione strutturale del diritto alla salute che si è inteso in questo contributo rappresentare il più coerentemente possibile.

La dimensione problematica assunta dalla obiezione di coscienza disciplinata dalla legge 194/1978, ben rimarcata da diverse recenti problematizzazioni<sup>85</sup> e dalle considerazioni espresse in due decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, nel 2014<sup>86</sup> e nel 2016<sup>87</sup>, rimanda alla necessità di ripensare il rapporto tra autodeterminazione, salute e dimensione sessuata del corpo, nella misura in cui, entro il

<sup>83</sup> In particolare dopo l'approvazione della legge 219/2017, su cui si vedano, da ultimo, questa *Rivista*, 1, 2018, e M. FOGLIA (cur.), *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, Pisa, 2019.

<sup>84</sup> Il tema dell'obiezione di coscienza in ambito medico verrà conclusivamente ripreso in connessione all'ipotesi della necessità di una sua futura regolamentazione come suggerita dall'ordinanza 207/2019 (10 *Cons. dir.*).

<sup>85</sup> Recentemente I. DOMENICI, *Obiezione di coscienza e aborto: prospettive comparate*, in questa *Rivista*, 3, 2018, 19; L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità del ssn. Obiezione di coscienza e garanzia dei servizi per le interruzioni volontarie di gravidanza*, in *Riv. AIC*, 3, 2017; 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 *Riv. AIC*, 2, 2017; F. GRANDI, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, in *Ist. fed.*, 1, 2015, 89; A. PIOGGIA, *L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici*, *ivi*, 121.

<sup>86</sup> Reclamo coll. n. 87 del 2012 presentato da *International Planned Parenthood Federation European Network*.

<sup>87</sup> Reclamo coll 91/2013 presentato da *Confederazione Italiana Generale del Lavoro*.

*sex-gender system*, emerge “una *deminutio* dell'autodeterminazione delle donne” prodotta storicamente da norme che ne disciplinano il corpo, la sessualità, l'attitudine riproduttiva<sup>88</sup>.

Alla metà degli anni settanta, il riferimento alla tutela della salute era stato in grado di fornire un saldo fondamento costituzionale alla garanzia della salute riproduttiva delle donne<sup>89</sup> – a partire dalla sentenza costituzionale 27/1975 che ha consentito il superamento della repressione penale dell'interruzione volontaria della gravidanza e fornito un modello di legittimazione costituzionale alla legge che dal 1978 la disciplina; successivamente, però, la spinta propulsiva inizialmente fornita dal riconoscimento del carattere fondamentale ed espansivo del diritto fondamentale alla salute non è stata integrata con un analogo riconoscimento della dimensione dell'autodeterminazione personale in materia di riproduzione<sup>90</sup>. La sentenza 27/1975, *pietra miliare* nella costruzione dei rapporti di genere che accompagna la legislazione sui consultori (l. 405/1975) e precede quella sull'aborto (l. 194/1978), ha avuto l'effetto di costituzionalizzare un modello dell'interruzione volontaria di gravidanza fondato sulla, e giustificato dalla, necessità di tutela della salute della madre, entrato nel dibattito del tempo con la forza di una soluzione costituzionalmente imposta e, almeno in certa misura, sottratta alla discussione. Nucleo centrale e lascito più duraturo dell'argomentazione è il riconoscimento dell'*asimmetria* tra la tutela costituzionale del concepito e quella della salute della madre, che entra nel bilanciamento come posizione costituzionale non comprimibile. La specificità della esperienza femminile della gravidanza, che pure emerge, resta dissimulata da un'argomentazione contenuta entro il perimetro del diritto soggettivo alla salute<sup>91</sup>, che anche la giurisprudenza costituzionale successiva consolida: avallando gli elementi della normativa imperniati sulla necessità di trattare la gravidanza e aborto come esperienze della vita esemplari della diversità tra i sessi e, conseguentemente, come luogo di necessario riconoscimento giuridico dell'*asimmetria di genere*<sup>92</sup>, ma solo per quanto risulta coerente e possibile nel quadro di una tutela costituzionale che si misura con l'autodeterminazione della donna *in materia di salute riproduttiva*, non certo ispirata dal riconoscimento della autodeterminazione femminile *tout-court*<sup>93</sup>. Gli spazi in cui in concreto si esercitano forme di autodeterminazione femminile restano spazi in ordine alla salute, piuttosto che alla condizione di genere. La tutela della salute ha, pertanto, occupato lo spazio di riconoscimento

<sup>88</sup> L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze* cit., 196 e Id., *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, cit., 3.

<sup>89</sup> Così come, del resto, sempre nell'ambito della complessità del *sex-gender system*, al riconoscimento dei percorsi di transizione di genere (l. 164/1982, sulla rettificazione anagrafica del sesso e sent. cost. 161/1985).

<sup>90</sup> L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze* cit., 199, segnala che l'autodeterminazione delle donne nella procreazione resta «*confinata nella sfera della tutela della salute psicofisica ex art. 32 Cost. senza alcun coinvolgimento della inviolabilità della libertà personale, fisica e morale, di cui all'art. 13*».

<sup>91</sup> 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, Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, Napoli, 2009, 828.

<sup>92</sup> Si pensi alla posizione del padre del concepito; si veda come la semi-capacità riconosciuta dalla l. 194/1978 alla donna minore in ordine ad una decisione da considerarsi certamente *grave* rifletta l'assoluta specificità del corpo femminile in età feconda

<sup>93</sup> Che avrebbe presupposto il riconoscimento di un più netto ridisegno dei rapporti di genere: con le parole di M.L. BOCCIA, *Il conflitto sulla decisione della donna. Un confronto tra uomini e donne del PCI sull'aborto*, in *Reti*, 1988, 3-4, 77, «*non c'è nessuna libertà né alcun diritto all'aborto per la donna. C'è invece nel riconoscimento che la decisione è sua, una ridefinizione dei rapporti di potere tra uomini e donne*».

all'asimmetria e specificità della gravidanza e della maternità come esperienza femminile<sup>94</sup>, offrendo una lettura avversariale della relazione tra donna e embrione<sup>95</sup>.

Da qui una tensione interpretativa che ricava dal modello costituzionalizzato una marcata separazione tra la madre e il concepito e che, di conseguenza, rinuncia a sviluppare gli elementi di coerente integrazione presenti nella legge 194/1978 (primo tra tutti, l'armonizzazione dei principi ispiratori declinati nel suo articolo 1<sup>96</sup>) e ne legge le tensioni in continuità con l'esistenza di irriducibili contrapposizioni etico-politiche, enfatizzandole e riproducendole, anziché ricavare dalla esistenza stessa della legge una loro oggettiva composizione sul piano normativo. I maggiori contrasti riguardano l'interpretazione del modello di interruzione volontaria della gravidanza nel primo trimestre (per il secondo trimestre, infatti, la lettura è pacificamente orientata alla rilevazione di un modello di aborto terapeutico). Dubitando della conciliabilità dei principi normativi assunti a fondamento della legge, tra di loro e con i contenuti della disciplina<sup>97</sup>, le letture interpretative si divaricano, però, negli esiti: da un lato, si afferma la prevalenza della autodeterminazione condizionata<sup>98</sup>, secondo le linee del modello detto *discorsivo (o della consulenza)*<sup>99</sup>, in cui il vincolo che condiziona la possibilità di decisione della donna è rappresentato dalla *procedimentalizzazione* che impedisce l'autoreferenzialità del processo di formazione della sua volontà ed impone una particolare ponderazione, nella cornice del confronto con una struttura o un medico; dall'altro, ci si orienta alla costruzione di un modello più marcatamente segnato dalla presenza di indicazioni vincolanti che, in quanto riconducibili alla *salute*, affidano un ruolo decisionale attivo al medico<sup>100</sup>. Benché nella pratica e nella giurisprudenza sia il primo modello, che riconosce la portata della autonomia decisionale della donna<sup>101</sup>, ad affermarsi,

<sup>94</sup> Sulla centralità ed il valore della relazione di gravidanza, B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017.

<sup>95</sup> S. NICCOLAI, *La legge sulla fecondazione assistita e l'eredità dell'aborto*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2005; L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze cit.*, 200.

<sup>96</sup> La chiave di un'integrazione costituiva dei principi declinati all'art. 1 – la procreazione cosciente e responsabile enunciata come diritto, il valore sociale della maternità e la tutela della vita umana sin dall'inizio espresse come finalità – è sviluppata da B. Pezzini, *Inizio e interruzione della gravidanza cit.*, nel par. 1.2.2 esplicitamente intitolato *La coesistenza dei principi*.

<sup>97</sup> Il tema è ricorrente, v. L. ARCIDIACONO, *Interruzione della gravidanza e principi costituzionali*, in *Dir. soc.*, 4, 1978, 739; anche per P. ZATTI, U. NANNINI, *Gravidanza (interruzione della)*, in *Dig. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 267, la tensione inevitabile tra principio di autonomia e ragioni oggettive sarebbe solo parzialmente risolta dalla legge; per T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano, 1998, 73, principi e *iter* sono varchi che minacciano l'impianto sostanziale della legge.

<sup>98</sup> C. CASINI, F. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto*, Padova, 1978, 118; C.E. TRAVERSO, *Commento dell'art. 5*, in *L'interruzione volontaria della gravidanza. Commento alla legge 22 maggio 1978, n. 194*, Milano, 1978, 154-155, pur con riserve di legittimità costituzionale; A. LANZI, *Gravidanza (interruzione della)*, in *Dig. pen.*, VI, Torino, 1992, 28.

<sup>99</sup> Sul modello *discorsivo*, in particolare con riferimento alla sua origine nell'ordinamento tedesco, v. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994: il modello italiano se ne discosta, però, mancando in esso il chiaro indirizzo dissuasivo.

<sup>100</sup> P. ZATTI, U. NANNINI, *op. cit.*, 278.

<sup>101</sup> La giurisprudenza costituzionale, pur non avendo mai direttamente esaminato l'art. 4 della legge, ha affermato esplicitamente il potere decisionale della donna sia nella sent. 26/1981: "*Quanto all'art. 1, pur senza ridurlo ad un mero "cappello declamatorio" (come vorrebbe la memoria relativa alla richiesta "radicale"), è chiaro che le sue proclamazioni non possono venir considerate per sé sole, senza ricollegarle alle opzioni*

confortato e sorretto anche dai riscontri obiettivamente positivi dei risultati applicativi<sup>102</sup>, il secondo, più marcatamente presente nei primi commenti<sup>103</sup>, si riaffaccia comunque ciclicamente nel dibattito. Ed è in questo quadro che si colloca anche la perdurante questione dell'obiezione di coscienza: diventata in Italia nel corso dei 40 anni trascorsi dall'approvazione della legge una vera e propria *obiezione di massa*<sup>104</sup>, con percentuali stabilmente assestate intorno al 70% del totale dei medici ginecologi in servizio (e punte del 96% in Molise, 88% in Basilicata e 84% nella provincia di Bolzano), che solleva gravi dubbi sull'effettività nella garanzia di una prestazione sanitaria essenziale [nell'elenco dei LEA] e sulla tutela del diritto alla salute delle donne che si rivolgono al servizio sanitario per l'IVG, provocando i problemi e disservizi anche contestati all'Italia dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali<sup>105</sup>.

In questa prospettiva, la riflessione sul significato e la *ratio* della obiezione di coscienza nella legge 194, andrebbe affrontata su basi nuove: non solo per riprendere osservazioni fin dall'origine avvertite del rischio potenziale di incisione sull'organizzazione del servizio<sup>106</sup> e non solo nella chiave della ricerca di soluzioni praticabili<sup>107</sup>, ma nella direzione di un radicale ripensamento della adeguatezza della soluzione pensata quarant'anni fa a garanzia della intangibilità della sfera morale dei medici di fronte ad una pratica ed un trattamento medico come l'IVG.

Si tratta di avvertire come l'obiezione di coscienza vada ad incidere nella configurazione della relazione terapeutica: una configurazione oppositiva dei ruoli della paziente (donna) e del medico, proposti come portatori *ab origine* di posizioni ed interessi contrapponibili anziché convergenti, incide sulla possibilità stessa di instaurare una autentica relazione terapeutica, nel senso ricostruito sulla base dell'art. 32 Cost. Il medico assume, infatti, nella relazione terapeutica un ruolo "strumentale", innanzitutto al formarsi di decisioni di altri (in questo caso, *di altre*) sulla propria salute e sulle proprie complessive condizioni di vita (secondo la ampia definizione di salute dell'OMS) e, di conseguenza, al

---

*effettuate dal legislatore nel configurare l'intero complesso delle norme – discrezionalmente stabilite – sull'interruzione volontaria della gravidanza; e lo stesso vale per l'art. 4, che va comunque letto per intero, senza ignorare il rilievo attribuito alla volontà della gestante, nell'ambito delle "procedure" previste dall'art. 5", sia nelle ord. 76/1996 e 514/2002. Altrettanto esplicita anche Cass. pen., sez. V, 6 marzo 1998, n. 2866, in Riv. it. med. leg., 1999, 1713, che definisce liberalizzata l'IVG nel senso che: "pur con le garanzie del rispetto delle procedure previste dagli artt. 5, 8, 12 e 13- è lasciata alla donna, che abbia preso coscienza della possibilità di essere aiutata a rimuovere le cause che la porterebbero all'intervento, l'ultima definitiva decisione".*

<sup>102</sup> Le Relazioni annuali al Parlamento evidenziano una tendenza alla costante riduzione del numero degli aborti dal 1982 (i dati precedenti sono influenzati dall'emersione del fenomeno delle interruzioni volontarie, prima confinato nella clandestinità); pur mantenendosi la tendenza alla diminuzione nelle donne italiane adulte, negli ultimi anni il numero appare in crescita tra le minorenni e le straniere: cosa che suggerirebbe l'esigenza di potenziare le attività di informazione e formazione rivolte alla gestione responsabile dei comportamenti sessuali per queste fasce di popolazione femminile.

<sup>103</sup> F. BUSNELLI, *Commento all'art. 1, della legge 194/1978*, II, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, 1605.

<sup>104</sup> M. AINIS, *Dall'obiezione di coscienza all'obiezione di massa*, in *Quad. cost.*, 4, 2009, 903; M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016, 151 ss.; M.P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Riv. AIC*, 1, 2018.

<sup>105</sup> V. le decisioni del 2014 e 2016 citate alle note 85 e 86.

<sup>106</sup> A. D'ATENA, *Commento all'art. 9*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, 1660-61

<sup>107</sup> V. dottrina citata in nota 85.

realizzarsi di conseguenti pratiche terapeutiche *da altre* subite sul proprio corpo. Un ruolo che non ne sminuisce in alcun modo l'importanza, né l'autonomia: altri ed altre sono, tuttavia, i/le titolari del bene salute tutelato dall'art. 32 Cost. e della sfera di autodeterminazione in materia di salute e condizioni di vita, al presidio costituzionale della quale convergono gli art. 2 e 13 Cost., nel senso visto sopra.

Quanto all'obiezione di coscienza che è prefigurata nell'ordinanza 207/2018, essa viene indicata fra i profili di attenzione sottoposti al legislatore; sollecita, infatti, il punto 10 del *Considerato in diritto* «una regolazione della materia, intesa ad evitare simili scenari, gravidi di pericoli per la vita di persone in situazione di vulnerabilità, [che] è suscettibile peraltro di investire plurimi profili, ciascuno dei quali, a sua volta, variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali: come, ad esempio, le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, la disciplina del relativo “processo 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*» (corsivo ns.).

Ricongiungendo le considerazioni sull'estraneità, che dovrebbe considerarsi strutturale, dell'obiezione di coscienza del medico ad una ricostruzione della relazione terapeutica propriamente inquadrata nella dimensione dell'art. 32 Cost, a quanto sopra osservato in merito agli *slittamenti* di prospettiva presenti nell'ordinanza stessa, la stessa suggestione della possibilità di obiezione sembra rivelarsi un sintomo della difficoltà di assimilare pienamente, nell'ambito della mera relazione terapeutica, le condotte che un paziente, che abbia a pieno diritto richiesto l'interruzione di trattamenti salvavita, può esigere dal medico che lo assiste, di accompagnamento con cure palliative, da un lato (per le quali non si formula l'ipotesi di alcuna obiezione di coscienza), e di somministrazione di un farmaco che determina la morte, dall'altro (per la quale, invece, si lascia aperta la possibilità del medico di sottrarsi a prestazioni doverose<sup>108</sup>).

Anche per questa ulteriore ragione, che si aggiunge alle perplessità e alle critiche già rivolte all'ordinanza 207/2018, sembrerebbe più opportuno che la vicenda interessata dall'ordinanza stessa trovasse una sua conclusione – per la via del seguito legislativo o, come appare più probabile, per quella giurisprudenziale a conclusione della discussione nell'udienza del 24 settembre – entro i confini tracciati dalla rilevanza della questione di costituzionalità, intervenendo, cioè, come già ipotizzato, sulla figura del reato di aiuto al suicidio.

Lasciando così che la relazione di cura si assesti entro i confini *sostenibili* tracciati dalla l. 219/2017, che perseguono un «*equilibrio tra le istanze dell'autonomia individuale e la dimensione relazionale del diritto alla salute*»<sup>109</sup>.

<sup>108</sup> G. BALDINI, *op. cit.*, 33.

<sup>109</sup> Di sostenibilità tratta in questi termini L. BUSATTA, *La sostenibilità costituzionale della relazione di cura*, in M. FOGLIA (cur.), *La relazione di cura dopo la l. 219/2017*, Pisa, 2019, 152.

## Assisted suicide in Italy: constitutional right or wishful thinking?

Carlo Casonato\*

**ABSTRACT:** The Italian Constitutional Court has surprised many commentators by making a provisional decision declaring the crime of assisted suicide unconstitutional, under certain conditions. Before officially striking down the article of the criminal code, however, the Court (following the Canadian example) gave the Parliament one year to enact a comprehensive law on the topic. The deadline is running out and the picture is far from clear: given the complexity of the legal system and the inertia of the Parliament, the right of sick and suffering people to be aided in taking their life is likely to remain, at least for a while, wishful thinking.

**KEYWORDS:** Assisted suicide; euthanasia; end of life issues; constitutional law; Italy

Italy could soon join the group of states that, under certain conditions, allow assisted suicide. The Constitutional Court, in fact, has set for next September 24<sup>th</sup> the hearing for officially dealing with the constitutional legitimacy of the article of the criminal code that prohibits, in absolute terms, any activity of abetting suicide. However, already in a previous hearing, the Court anticipated that this prohibition is unconstitutional (order no. 207, October 24<sup>th</sup>, 2018).

The case came before the Constitutional Court following the indictment of Mr Marco Cappato for having helped Mr Fabiano Antoniani (known as DJ Fabo) commit suicide. DJ Fabo was rendered blind and quadriplegic by a car accident in 2014. He could breathe autonomously only for short periods and was therefore mechanically ventilated. He was fed artificially and, quoting the Court itself, he "suffered particularly intense physical pain caused by daily muscle spasm and cramps." DJ Fabo could have asked for the withdrawal of mechanical ventilation or artificial hydration and nutrition (in Italy, the right to refuse medical treatment is formally recognized by law n. 219/2017). Due to his particular condition, however, DJ Fabo would have spent a few days or even weeks before dying of suffocation or dehydration. Faced with this prospect, which DJ Fabo considered contrary to his dignity and a cause of suffering for himself and his loved ones, he decided to commit suicide. Because of his paralysis, he asked Mr Cappato (the leader of an association campaigning for legal euthanasia) to take him to the Swiss clinic *Dignitas*, in order to be assisted in suicide (a practice permitted there).

Returning from Switzerland, Mr Cappato was indicted for abetting suicide, a conduct that in Italy is punished by the criminal code (Art. 580) with a penalty of up to 12 years in prison. The Constitutional Court, asked to establish whether this prohibition is contrary to the Constitution, set the hearing for the official discussion of the case on September 24, 2019, already indicating, in the preliminary October 2018 hearing, three reasons for the constitutional illegitimacy of the unconditional ban on assist-

---

\* Professor of Law, University of Trento (Italy) and Member of the Italian National Bioethics Committee. Mail: [carlo.casonato@unitn.it](mailto:carlo.casonato@unitn.it).

ing suicide. The three reasons revolve around (i) the need to save seriously ill persons from suffering, (ii) the principle of non-discrimination against some patients, (iii) the respect for self-determination of adults and competent persons.

i) The Court of Rome, in the first place, recognized that preventing DJ Fabo from being assisted in suicide forced him to withdraw the mechanical ventilation or the artificial hydration and nutrition. In this way, however, he was forced to "undergo a slower process, in a scenario that does not correspond to the patient's vision of a dignified death and which is marked by pain and suffering for people close to the patient."

ii) Secondly, the Constitutional Court acknowledged that life is an asset that the State must protect. However, given that every patient has the right to refuse life-saving and life-sustaining treatments, thus resulting in death, the judges wondered why the will of those who ask for assisted suicide should not be respected. If "the primary importance of the value of life does not rule out the duty to respect the patient's decision to end his or her life by means of suspending healthcare treatments [...] there is no reason for the same value to become an absolute obstacle, supported by criminal liability, to accepting the patient's request for assistance in avoiding the slower decline – perceived as running contrary to their idea of a dignified death – which results from the suspension of life support devices".

iii) Thirdly, the Court underlined the right of seriously ill people to decide about ending their life in a dignified way, unwilling to claim that the illness-driven vulnerability produces an inability for self-determination. Referring to the principle of equality, the Court wrote that "if people kept alive by artificial life support treatments are considered under the system to be capable, under certain conditions, to decide to bring an end to their lives by suspending this treatment, there is no clear reason why the same person should instead be considered to be in need of unyielding and indiscriminate protection against their own will when it comes to the decision to end their lives with the help of others, when they consider this option to be more dignified than the aforementioned suspension of treatment".

This kind of reasoning is not new in comparative law. Similar motives are already found, for instance, in a 1997 Colombian Constitutional Court ruling (C-239/1997). And the Supreme Court of Canada, in *Carter v. Canada* (2015 SCC 5), used similar reasons to hold the prohibition of assisted suicide as contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Borrowing a model used by the Canadian Court itself, furthermore, the Italian Constitutional Court made a rare use of its procedural powers. For the very first time, it suspended the hearing and postponed the final judgement for one year (to next September) in order to give lawmakers time to enact a comprehensive law.

As a result of the Italian ruling, however, three problems emerge.

The first one concerns the Parliament, which, despite having held a few hearings, has not yet begun a thorough and deep examination of the subject. The first risk is therefore that, without a law, the Constitutional Court, at the next September hearing, will have to shape a regulation, through its decision, to a complex and ethically sensitive topic such as assisted suicide – a topic that should instead receive proper attention by Parliament.

The second problem concerns the conditions that the Court has set in order to obtain assistance for suicide. In addition to the three requirements common to the jurisdictions allowing assisting suicide

(the ability to make a free and informed decision; an incurable and serious disease; physical or psychological intolerable suffering) the Italian judges added a fourth condition: the presence of a life support treatment. This requirement is problematic as many patients (such as Gloria Taylor, for instance, plaintiff in *Carter v. Canada*) ask for an aid in their suicide before being treated with mechanical ventilation or artificial nutrition and hydration – and sometimes, precisely because they do not want this kind of life-sustaining treatments. Forcing them to have a tracheostomy or ANH only for the purpose of accessing suicide assistance seems highly unreasonable.

The third problem deals with the Hippocratic principle 'First do not harm'. In fact, the Italian code of medical ethics, like many others, provides for the express prohibition of performing "acts aimed at causing the death of the patient". In the absence of a (so far improbable) amendment of the code, therefore, from next September onwards, a patient will be entitled to the constitutional right to be assisted in suicide, but no doctor will be able to aid him, because of the deontological ban.

It is good news that the Italian Constitutional Court has already anticipated, and will soon officially declare, that competent, sick and suffering people who make a free and informed decision about their suicide are entitled to third-party assistance. In the complexity of the legal system, however, this right is likely to remain, at least for a while, wishful thinking.



## L'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale, pronunciata nel corso del "Caso Cappato", e il diritto del paziente che rifiuta le cure salvavita a evitare un'agonia lenta e non dignitosa

*Reviews*

*Federico Gustavo Pizzetti\**

THE CONSTITUTIONAL COURT'S ORDINANCE N. 207 OF 2018 ON THE "CAPPATO CASE" AND THE RIGHT TO AVOID A SLOW AND UNDIGNIFIED AGONY FOR THE PATIENT THAT REFUSES LIFE-SAVING TREATMENTS

ABSTRACT: The article analyzes the content and the consequences of the recent order n. 207/2018 of the Constitutional Court, which has been pronounced on the constitutional review of the criminal provision about "assisted suicide" (art. 580 Criminal Code), as requested by the Court of Assize in the "Cappato's case. In that order, the Court have affirmed the compelling interest of the State in protecting the life of the human person against interventions by third parties in helping one to suicide, under the constitutional personalist principle (art. 2 Const.). At the same time, the Court has recognized a new right of the competent patient, who is dependent from life-saving medical treatments, to ask the physicians for obtaining death with a lethal substance, after the refusal of the life-sustaining machines, in order to avoid a slow dying-process considered against his dignity (art. 3 and 32 Const.). A right that has to be implemented by the Parliament in the next months (and the article discuss what will happen if the Parliament will not intervene) and that may also be extended to the patients irreversibly unconscious, who have refused life-prolonging treatments in a living will.

KEYWORDS: Euthanasia, informed consent, living will, dignity at the end of life

SOMMARIO: 1. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. sollevata dalla Corte d'Assise di Milano. — 2. I contenuti dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale. — 3. Riflessioni, a prima lettura, sull'ordinanza n. 207/2018: dal riaffermato divieto di eutanasia... — 4. ...al riconoscimento del diritto del paziente capace, che rifiuta le cure salvavita, ad evitare un'agonia lenta e non dignitosa. — 5. *Quid iuris* in caso di inerzia del Parlamento nel dare attuazione alla nuova "ordinanza di rinvio con monito al legislatore" n. 207/2018? — 6. L'eventuale "estensione" del diritto riconosciuto nell'ordinanza n. 207/2018 al paziente incapace che abbia rifiutato le cure salvavita mediante una disposizione anticipata di trattamento o una pianificazione condivisa delle cure

\* *Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Milano. E-mail: [federico.pizzetti@unimi.it](mailto:federico.pizzetti@unimi.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

## 1. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. sollevata dalla Corte d'Assise di Milano

**N**el corso del procedimento penale a carico di Marco Cappato, noto esponente del Movimento dei radicali italiani imputato del reato di aiuto al suicidio in relazione alla famosa vicenda di "D.J. Fabo"<sup>1</sup>, la Corte d'Assise di Milano ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui prevede e punisce, in alternativa e col medesimo quadro sanzionatorio, tanto le condotte di istigazione, quanto quelle di aiuto al suicidio<sup>2</sup>.

Secondo il giudice *a quo*, infatti, l'equiparazione delle due condotte, se si rivela coerente coi valori sui quali si fondava il regime al potere nel tempo in cui il Codice penale è stato concepito<sup>3</sup>, è invece da ritenersi incompatibile col quadro assiologico repubblicano oggi in vigore.

Mentre, infatti, il fascismo<sup>4</sup> considerava il suicidio come un atto in sé intrinsecamente connotato da disvalore, in quanto contrario al principio di sacralità e di indisponibilità della vita, in correlazione agli obblighi sociali dell'individuo allora ritenuti preminenti<sup>5</sup> — tanto da sanzionare sullo stesso piano dell'istigazione, che agisce sulla volontà suicida, la mera partecipazione materiale al suicidio, che non tocca il libero volere dalla vittima —, la Costituzione si basa, invece, sugli opposti principi personalista

<sup>1</sup> Tratto a giudizio a séguito del rigetto, da parte di Trib. Milano, sez. g.u.p., ord. ex art. 409 c.p.p. n. 11095/17, pronunciata in data 10.7.2017, della richiesta di archiviazione n. 9609/17, formulata dai pubblici ministeri ex artt. 408 ss. c.p.p. il 2.5.2017.

<sup>2</sup> Corte Ass. Milano, ord. 14 febbraio 2018, n. 1 in *G.U.*, 1<sup>a</sup> s.p., n. 11 del 14.3.2018. Si v., in proposito, anche per un inquadramento del "caso Cappato" nel cui alveo l'ordinanza si colloca, si v. G. BATTAGLIA, *La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: una tappa (necessaria?) del caso "Cappato"*, in *Quad. cost.*, 2, 2018, 493-497; M. D'AMICO, *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in *Giur. pen. (web)*, 11, 2017, 1-17; P. BILANCIA, *Riflessioni sulle recenti questioni in tema di dignità umana e fine vita*, in *federalismi.it*, 5, 2019, 1-23; A. MORRONE, *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, in *forumcostituzionale.it*, 10, 2018, 3-13; I. PELLIZZONE, *L'aiuto al suicidio dinanzi alla Corte costituzionale: spunti per delimitare la questione di legittimità costituzionale a partire dal giudizio di ragionevolezza*, in *forumcostituzionale.it*, 10, 2018, 33-39; A. SANTOSUOSSO, P. BELLOLI, *Paradossi nel procedimento Cappato. Tre aporie generate dall'art. 580 c.p. a proposito di aiuto al suicidio*, in *Giur. pen. (web)*, 25.9.2018, 1-13; 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 di altri"*, in questa *Rivista*, 3, 2018, 139-151.

<sup>3</sup> Adottato, come noto, con r.d. 19 ottobre 1930, n. 1398, c.d. "Codice Rocco".

<sup>4</sup> Nei *Lavori preparatori del Codice penale*, Parte I, III, Roma, 1929, 478, si sostiene come nessun dubbio possa porsi che in base all'indiscutibile «prevalenza dell'interesse statale e sociale sull'egoismo individuale [...], la vita umana e l'integrità fisica siano beni, di cui non si può liberamente disporre» (lo segnala anche Corte Ass. Milano, ord. n. 1/2018, 39, nt. 10 e 11). Il richiamo all'indisponibilità della vita umana è, altresì, contenuto nella *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli*, in *G.U.*, n. 251 del 26.10.1930, §190 a proposito della disposizione di cui all'art. 579 c.p., che p. e p. l'omicidio del consenziente, e si ritrova pure nei *Lavori preparatori del Codice penale*, Parte II, V, Roma, 1929, 375, rispetto all'art. 580 c.p. *de quo*.

<sup>5</sup> Giova, peraltro, ricordare che il divieto di istigazione o di aiuto al suicidio era già presente nel previgente Codice penale unitario, d'ispirazione liberale (r.d. 30 giugno 1889, n. 6133, c.d. "Codice Zanardelli"), all'art. 370 (lo rileva anche Corte cost., ord. n. 207/2018, §6, 3° cpv.). Non era, invece, contemplato nell'ancor più risalente Codice penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna (r.d. 20 novembre 1859, n. 3783, c.d. "Codice Rattazzi"), la cui efficacia fu estesa anche al neonato Regno d'Italia.

e di autodeterminazione individuale, di cui agli articoli 2 e 13<sup>6</sup>. Principi in forza dei quali (come ricorda la Corte d'Assise), al centro della vita sociale è ora collocato l'uomo e non più lo Stato; e per quanto sull'individuo gravino, tuttora, taluni obblighi di solidarietà economico-sociale e politica, a beneficio dell'intera collettività, è sempre e solo la persona umana e il suo sviluppo, e mai la società in quanto tale, ad avere l'assoluta preminenza nella struttura politico-sociale ed istituzionale del Paese<sup>7</sup>. Di conseguenza, anche la vita stessa del singolo non può più essere, secondo la Corte remittente, «concepita in funzione di un fine eteronomo rispetto al suo titolare»<sup>8</sup>, quale in passato era ritenuto l'espletamento di assorbenti doveri sociali.

Perciò, nei limiti in cui è pienamente il frutto di una libera determinazione del soggetto, non suscitata o rafforzata in alcun modo da altri, anche la decisione sul “quando” e sul “quomodo” porre fine all'esistenza deve, dunque, considerarsi, oggi, dal punto di vista del giudice *a quo*, un atto di libertà individuale, intangibile da parte dello Stato.

Ma se il suicidio è un atto di autodeterminazione, è perlomeno dubbio — donde la questione di legittimità dell'art. 580 c.p. sollevata — che la partecipazione unicamente materiale alla realizzazione di un siffatto gesto di piena libertà possa ritenersi costituzionalmente offensiva, e perciò sanzionabile, addirittura nello stesso identico modo della condotta che altera, invece, la libertà stessa del volere autolesivo<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> La Corte d'Assise di Milano aveva dubitato anche della legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. in relazione all'art. 117, c. 1 Cost., rispetto ai vincoli derivanti dall'ordinamento internazionale di cui agli artt. 2 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. A detta del giudice *a quo*, infatti, le due disposizioni convenzionali — l'una che tutela il diritto alla vita (art. 2), l'altra che salvaguarda il diritto alla autonomia privata (art. 8) — riconoscono la «facoltà, per ogni individuo, che sia in grado di assumere determinazioni consapevoli e ponderate, di decidere “se e come porre termine alla sua vita”» (Corte Ass. Milano, ord. n. 1/2018, 41-43). La Corte costituzionale ha, tuttavia, escluso che l'art. 580 c.p. violi gli artt. 2 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e quindi, *per relationem*, l'art. 117, c. 1 Cost. Infatti, quanto all'art. 2 della Cedu, il Giudice delle leggi ha affermato che in base alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (si cita ECHR, sent. 29 aprile 2002, n. 2346/02, *Pretty v. United Kingdom*), non si può derivare, in alcun modo, dal diritto alla vita convenzionalmente garantito «il diritto di rinunciare a vivere, e dunque un vero e proprio diritto a morire» (Corte cost., ord. n. 207/2018, §5 *cons. dir.*, 3° cpv.). Per quanto concerne, invece, l'art. 8, la Consulta ricorda che il divieto di cooperazione materiale nel suicidio costituisce una forma di interferenza pubblica nella vita privata da considerarsi convenzionalmente accettabile in quanto ricadente all'interno del margine di apprezzamento riconosciuto, dalla stessa Convenzione, agli Stati nella specie al fine di proteggere le persone più deboli e vulnerabili (si citano, oltre a ECHR, sent. n. 2346/02, *Pretty*, anche ECHR, sent. 20 gennaio 2011, n. 31322/07, *Haas v. Switzerland*; ECHR, sent. 19 dicembre 2012, n. 497/09, *Koch v. Germany*; ECHR, sent. 30 ottobre 2014, n. 67810/10, *Gross v. Switzerland*: Corte cost., ord. n. 207/2018, §7 *cons. dir.*).

<sup>7</sup> Corte Ass. Milano, ord. n. 1/2018, 39-40.

<sup>8</sup> Corte Ass. Milano, ord. n. 1/2018, 39.

<sup>9</sup> La Presidenza del Consiglio dei ministri, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'inammissibilità delle questioni sollevate dalla Corte d'Assise di Milano sotto plurimi aspetti. Innanzitutto, la questione sarebbe stata irrilevante in quanto il giudice *a quo* aveva già escluso, in base alle evidenze probatorie acquisite in dibattimento, che la condotta tenuta dall'imputato avesse suscitato o rafforzato, sul piano psichico, l'intento suicida della vittima; in secondo luogo, la Corte remittente non avrebbe dimostrato di aver tentato, prima di sollevare l'incidente di costituzionalità, l'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 580 c.p.; in terzo luogo, la Corte d'Assise avrebbe richiesto una pronuncia “manipolativa” in materia penale, in quanto tale preclusa alla giurisdizione costituzionale perché riservata alla discrezionalità politica del legislatore (Corte cost., ord. n. 207/2018, §2 *ritenuto in fatto* e §§2 e 3 *cons. dir.*). La Corte costituzionale ha, però, ritenuto del tutto infondate tali censure. Secondo la Consulta, infatti, la circostanza che il giudice *a quo* abbia escluso il concorso morale dell'imputato al

## 2. I contenuti dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale

Di ben diverso avviso è, però, la Corte costituzionale che, nell'ordinanza n. 207/2018<sup>10</sup>, ha formulato una prima e, come si vedrà, ancora solo interlocutoria risposta alla censura d'incostituzionalità sollevata dalla Corte d'Assise di Milano.

Secondo la Corte, infatti, l'art. 580 c.p., a prescindere dalla sua genesi in un ordinamento caratterizzato da un assetto di tipo organicista dei rapporti fra Stato e individuo, si pone tuttora a presidio di perduranti interessi costituzionalmente apprezzabili, in quanto strettamente connessi col riconoscimento del valore della persona e della vita umana in sé<sup>11</sup> di cui all'articolo 2 della Costituzione.

Valori, questi, dai quali, deriva, a detta della Corte, non già l'obbligo in capo allo Stato di consentire ai terzi di agevolare il suicidio di una persona, bensì l'opposto dovere, da parte dello Stato stesso, di approntare adeguate misure a difesa della vita dell'individuo, anche attraverso la predisposizione di appositi precetti penali, fra i quali l'art. 580 c.p., che impediscono, punendola severamente, ogni condotta altrui che interviene nel percorso autolesivo della vittima.

In questi termini, quindi, il censurato precetto penale, in quanto funzionale alla salvaguardia dei richiamati valori costituzionali, supera indenne il vaglio di incostituzionalità.

Occorre, tuttavia, tenere conto — rileva la stessa Corte — di alcuni, invero particolarissimi, contesti biomedicali<sup>12</sup> che vengono, per così dire, "ritagliati", dallo stesso Giudice delle leggi, sul calco della persona: «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli»<sup>13</sup>.

suicidio della vittima, non priva la questione di rilevanza giacché essa poggia sull'art. 580 c.p. nella parte in cui punisce anche il concorso materiale nell'azione suicida: concorso, questo, di cui l'imputato è stato accusato. Neppure è possibile trarre dall'art. 580 c.p. un'altra e diversa interpretazione rispetto a quella ricavata dal giudice *a quo* dal momento che, secondo la Corte, il dettato dell'articolo non ammette altre letture oltre a quella, "de plano", che vuole sanzionato anche il concorso materiale al suicidio nello stesso modo in cui è punito il concorso morale. Infine, neppure si può ritenere che la Corte d'Assise abbia richiesto una pronuncia manipolativa della vigente legislazione incriminatrice in quanto, per la Corte, il *petitum* concerne la pura e semplice declaratoria di illegittimità dell'art. 580 c.p. nella parte in cui punisce l'aiuto al suicidio, senza che sia riscontrabile, quindi, alcun particolare profilo di "creatività" nella richiesta avanzata dal giudice *a quo* (Corte cost., ord. n. 207/2018, §§2 e 3 *cons. dir.*).

<sup>10</sup> In esteso: Corte cost., ord. 24 ottobre 2018, n. 207 in *G.U.*, 1<sup>a</sup> s.p. n. 46 del 21.11.2018. Si v., fra i commenti apparsi, P.F. BRESCIANI, *Termini di giustificabilità del reato di aiuto al suicidio e diritti dei malati irreversibili, sofferenti, non autonomi, ma capaci di prendere decisioni libere e consapevoli (Nota a Corte Cost., ord. n. 207/2018)*, in *forumcostituzionale.it*, 14.12.2018, *passim*; C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Dir. pen. cont.*, 3.12.2018, *passim*; M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *forumcostituzionale.it*, 1.12.2018, *passim*; M. PICCHI, *Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2018, *passim*; A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta Online*, III, 2018, 571-575.

<sup>11</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §6 *cons. dir.*, 3<sup>o</sup> cpv.

<sup>12</sup> Ai quali, peraltro, aveva fatto riferimento anche il giudice *a quo*: Corte Ass. Milano, ord. n. 1/2018, 40-41 e 43-44.

<sup>13</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §8 *cons. dir.*, 3<sup>o</sup> cpv.

In tali circostanze, infatti, il paziente gode del diritto, discendente dal principio costituzionale di autodeterminazione terapeutica di cui all'art. 32, c. 2 Cost.<sup>14</sup>, e più di recente disciplinato dall'art. 1 della legge n. 219/2017<sup>15</sup>, di rifiutare, fra gli altri, anche i trattamenti sanitari indispensabili alla sua sopravvivenza.

Lo stesso paziente ha, altresì, diritto, in base all'art. 2 della stessa legge<sup>16</sup>, e in conformità all'art. 32, comma 1 della Costituzione<sup>17</sup>, di accedere alla sedazione profonda continuativa in modo tale da rag-

<sup>14</sup> Su cui, si v. P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Milano, 2018; C. CAPORALE, I.R. PAVONE, *International Biolaw and Shared Ethical Principles: The Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, New York, 2018; B. CARAVITA DI TORITTO, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1, 1984, 21-60; C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 1, 2018, 3-23; L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino, 2019; C. CUPELLI, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, 5, 2008, 73-97; P. FALZEA (a cura di), *Thanatos e Nomos. Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, Napoli, 2009; M. LUCIANI, *Diritto alla salute*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1-14; F. MEOLA, *Sul diritto di rifiutare le cure fino a lasciarsi morire*, in *Ras. dir. pub. eur.*, 2, 2013, 87-143; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Diritto e società*, 2, 1982, 303-334; G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente*, Milano, 2008; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, Milano, 2002; G. LOMBARDI, *Il caso Terry Schiavo: intervista a Giorgio Lombardi*, in *Quad. cost.*, 3, 2005, 695-700; A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016; G. PAVAN, *I casi Welby ed Englaro nella prospettiva giurisprudenziale*, in *L'Indice penale*, 2009, 227-250; F.G. PIZZETTI, *Considerazioni a margine del "caso Piludu": fra principi costituzionali e pronunce giurisprudenziali in materia di rifiuto di trattamenti salvavita*, in questa *Rivista*, 2, 2017 219-231; M. REICHLIN, *La discussione sulla dignità umana nella bioetica contemporanea*, in questa *Rivista*, 1, 2017 93-101; G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2 Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pub.*, 1, 2008, 85-112; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006; R. ROMBOLI, *In tema di istigazione al suicidio. Nota a ord. Ass. Milano, 14 febbraio 2018*, in *Il Foro Italiano*, 6, 2018, 414-416; P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in *Trattato di biodiritto - Il governo del corpo*, Milano, 2011, 137-172; F. VIGANÒ, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Diritto penale e processo*, 8, 2008, 1035-1041.

<sup>15</sup> Legge 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *G.U.*, s.g. n. 12 del 16.1.2018, in vigore dal 31.1.2018. In dottrina, si v.: U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Padova, 2018; G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/2017*, in questa *Rivista*, 2, 2018, 97-152; S. CANESTRARI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una "buona legge buona"*, in *Corriere giuridico*, 3, 2018, 301-305 ss.; D. CARUSI, *La legge "sul biotestamento": una luce e molte ombre*, in *Corriere giuridico*, 3, 2018, 293-300; C. CASONATO, S. PENASA, M. RIDOLFI, *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Milano, 2018; B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto fra medico e paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Padova, 2018; G. DE MARZO, *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Foro italiano*, 5, 2018, 137-143; M. FASAN, *Consenso informato e rapporto di cura: una nuova centralità per il paziente alla luce della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Giur. pen. (Web)*, 1, 2019; 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 questa *Rivista*, 1, 2018, 54-60; P. ZATTI, *Spunti per la lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, 247-252.

<sup>16</sup> Che richiama espressamente la legge 15 marzo 2010, n. 38, *Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*, in *G.U.*, s.g. n. 65 del 19.3.2010.

<sup>17</sup> Si tratta, infatti, di un diritto che discende dall'obbligo a carattere sociale della Repubblica di garantire la salute individuale da intendersi, sulla scorta di definizioni internazionali ratificate dall'Italia, non solo nel limitato senso di assenza di malattia, ma anche nel più ampio significato di assenza di sofferenza: cfr. il Protocollo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, di cui è stata data esecuzione in Italia con d.lgs. c.p.S. 4 marzo 1947, n. 1068, che, nel Preambolo, solennemente proclama: «La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité».

giungere l'*exitus* in uno stato di assopita coscienza, senza perciò avvertire alcuna sofferenza, né fisica, né psicologica.

Ebbene, a fronte di tali diritti, e quindi solo nello specifico contesto biomedicale enucleato, la Corte stessa registra che il divieto di aiuto al suicidio, di cui all'art. 580 c.p. (altrimenti non incompatibile, nella sua generale applicabilità, con la Costituzione), è lesivo tanto del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., quanto del diritto di libertà terapeutica di cui all'art. 32, c. 2 Cost.

Da una parte, infatti, sotto il profilo dell'eguaglianza-ragionevolezza, i malati che non dipendono da presidi vitali venuti meno i quali la morte naturale sopraggiunge entro breve tempo, sono costretti — a differenza di coloro che invece muoiono subito dopo che i macchinari salvavita sono stati disattivati — a subire un decesso lungo, e in ipotesi contrario alla loro visione della dignità, oltretutto, eventualmente, fonte di sofferenza per i loro cari<sup>18</sup>.

Dall'altra parte, sotto l'aspetto della libertà terapeutica, l'impossibilità di ricorrere a quelli che la Corte chiama espressamente "trattamenti" e "farmaci"<sup>19</sup> (volti, però, a procurare la morte), può limitare le scelte di "trattamento" del malato, costringendolo, in effetti, a subire una sola modalità di congedarsi dalla vita in ambito biomedico: e cioè quella di rifiutare i presidi vitali e di chiedere la sedazione terminale, sapendo, però, di andare incontro ad un lungo e non dignitoso tramonto, se l'organismo non si spegne da sé nel breve volgere di pochi istanti.

Vi sarebbe, dunque, in relazione al divieto legislativo di aiuto al suicidio ex art. 580 c.p. applicato ai casi specifici di pazienti capaci, irreversibilmente malati e dipendenti per la sopravvivenza da presidi medici, un vero e proprio *vulnus* costituzionale, al quale occorre porre, di conseguenza, rimedio<sup>20</sup>.

La Corte *non* ritiene, però, di poter intervenire, quantomeno in prima battuta.

In assenza, infatti, di una più articolata disciplina della materia, la pura e semplice estromissione dell'applicazione dell'art. 580 c.p. dalle situazioni descritte — soluzione, questa, che renderebbe di per se stessa possibile dare la morte farmacologica — farebbe sì che, come rileva la Corte, «qualsiasi soggetto — anche non esercente una professione sanitaria — potrebbe lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino, senza alcun controllo»<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Basti pensare al caso di Fabiano Antoniani, di cui si tratta (Corte cost., ord. n. 207/2018, §1 *ritenuto in fatto*), da una parte, e al caso precedente, e altrettanto conosciuto, di Piergiorgio Welby, dall'altra parte (su cui Trib. Roma, sez. g.u.p., sent. 17.10.2007, n. 2049, *Welby* citata da Corte cost., ord. n. 207/2018, §8 *cons. dir.*, 7° cpv.). Il primo (Antoniani), dipendendo per la sopravvivenza dalla *nutrizione e idratazione artificiale* in quanto tetraplegico e bilateralmente cieco (a séguito di sinistro stradale), poteva congedarsi dalla vita — rifiutando il trattamento di alimentazione assistita — solo in un tempo relativamente lungo (alcuni giorni), necessario al corpo per morire d'inedia, da lui stimato incompatibile con la sua visione della dignità nel morire. Il secondo (Welby), invece, essendo tenuto in vita dal *respiratore artificiale* poiché affetto da insufficienza respiratoria conseguente a malattia neuromuscolare (congenita e degenerativa) riusciva a morire di anossia in un tempo brevissimo (alcuni minuti), e per lui dignitoso, una volta venuta meno — come da sua consapevole e ferma volontà di rifiuto — la ventilazione meccanica che rendeva possibile la sua respirazione.

<sup>19</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §§9 e 10 *cons. dir.*

<sup>20</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §10 *cons. dir.*, 1° cpv.

<sup>21</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §10 *cons. dir.*, 3° cpv.

E di tali, invero nefaste, conseguenze la stessa Corte «non può non farsi carico, anche allorché sia chiamata, come nel presente caso, a vagliare la incompatibilità con la Costituzione esclusivamente di una disposizione di carattere penale»<sup>22</sup>.

D'altra parte, osserva sempre la Corte, anche la «regolazione della materia, intesa ad evitare simili scenari, gravidi di pericoli per la vita di persone in situazione di vulnerabilità, è suscettibile [...] di investire plurimi profili, ciascuno dei quali, a sua volta, variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali»<sup>23</sup>.

In presenza di un margine di discrezionalità politica, come noto, e come la stessa Corte ricorda<sup>24</sup>, si fa di solito ricorso a una pronuncia d'inammissibilità accompagnata da un monito al legislatore, alla quale fa poi seguito, se la norma incostituzionale non viene modificata dal Parlamento, ed è nuovamente impugnata, una declaratoria d'illegittimità costituzionale.

Si tratta di una modalità di procedere che la Corte non ritiene, però, di poter seguire anche nel «caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti»<sup>25</sup>.

Per un verso, infatti, la Corte osserva che l'adozione di una pronuncia di inammissibilità comporterebbe, nella specie, che la disciplina già evidenziata come illegittima continui a spiegare effetti, nell'inerzia del legislatore, non solo in relazione al giudizio *a quo*, ma anche rispetto agli altri giudizi, in ipotesi per molto tempo, fino a che una nuova questione di legittimità dell'art. 580 c.p. non venga sottoposta all'attenzione della Consulta stessa<sup>26</sup>.

Per altro verso, il ricorso ad una sentenza di annullamento, in assenza di una più articolata disciplina che regoli la somministrazione della morte su richiesta nei casi di pazienti descritti, provocherebbe — segnala la Corte — un vuoto di tutela assai grave rispetto a valori costituzionali fondamentali<sup>27</sup>.

Per altro verso ancora, la già evidenziata necessità di compiere delicati bilanciamenti, connotati da margini di discrezionalità politica, non può non portare la Corte a lasciare al Parlamento, «in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale»<sup>28</sup>, uno *spatium deliberandi* utile ad assumere «le necessarie decisioni rimesse in linea di principio alla sua discrezionalità»<sup>29</sup>.

Ed è proprio in quest'ottica, perciò, che la Corte ricorre ad un dispositivo di tipo interlocutorio, limitandosi a rinviare, alla pubblica udienza del 24 settembre 2019, la trattazione della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'Assise di Milano (peraltro, già ampiamente esaminata, come si è visto, nella motivazione che precede il dispositivo di rinvio).

Si tratta, infatti, di una soluzione piuttosto originale che non comportando la definizione del giudizio costituzionale, lascia sospeso anche il giudizio penale *a quo*<sup>30</sup> e impedisce, di conseguenza, che legi-

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §10 *cons. dir.*, 5° cpv.

<sup>24</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §11 *cons. dir.*, 1° cpv.

<sup>25</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §11 *cons. dir.*, 3° cpv.

<sup>26</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §11 *cons. dir.*, 2° cpv.

<sup>27</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §11 *cons. dir.*, 7° cpv.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §11 *cons. dir.*, 4° cpv.

<sup>30</sup> Quanto agli altri giudizi, la Consulta non può far altro che ricordare ai giudici di valutare con particolare attenzione e alla luce del punto di diritto costituzionale da essa statuito nell'ordinanza in esame, se vi sono gli estremi per ritenere non manifestamente infondate e rilevanti analoghe questioni di legittimità costituzionale

slazione vigente, in tutti i suoi effetti incostituzionali già segnalati dalla Corte, trovi temporanea applicazione.

D'altro canto, il rinvio stabilito, dà agio al legislatore per regolare la materia, senza però spogliare la Corte della *potestas iudicandi* sul caso pendente così da lasciarle intatta la possibilità di saggiare, all'udienza successiva, la compatibilità delle scelte legislative eventualmente compiute dal Parlamento rispetto al quadro compositivo dei valori costituzionali di riferimento.

### 3. Riflessioni, a prima lettura, sull'ordinanza n. 207/2018: dal riaffermato divieto di eutanasia...

Dalla sintetica ricostruzione dell'ampia e raffinata motivazione dell'ordinanza n. 207/2018, emerge come la Corte *non* abbia affatto inteso riconoscere un vero e proprio *diritto all'eutanasia*<sup>31</sup>.

La Corte, infatti, *non ritiene incostituzionale* la predisposizione, da parte dello Stato, attraverso l'art. 580 c.p., di una sorta di "cintura protettiva" (sono parole della Corte<sup>32</sup>) che, nell'impossibilità di punire direttamente, anche solo a titolo di tentativo<sup>33</sup>, l'aspirante suicida, operi "all'esterno" della sfera di azione di quest'ultimo, inibendo agli altri di *collaborare in qualsiasi modo* alla realizzazione del suo intento autolesivo.

E sebbene la Corte sottolinei, a più riprese, che la protezione in parola si rivolge, *anche e soprattutto*, ai soggetti *più vulnerabili* — quali le «persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine»<sup>34</sup> —, la stessa Corte *non* ha affatto circoscritto l'operatività del precetto di cui all'art. 580 c.p. *soltanto* a beneficio di questi soggetti.

«così da evitare l'applicazione della disposizione stessa in parte qua»: Corte cost., ord. n. 207/2018, §11 *cons. dir.*, 4° cpv.

<sup>31</sup> A differenza di quanto, quindi, aveva forse ipotizzato il giudice *a quo* quando ha dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui impedisce a ognuno di aiutare un altro a suicidarsi a fronte di quella che lo stesso giudice aveva supposto essere la piena libertà costituzionale di ciascuno di decidere il "come" e il "quando" della propria morte anche ricorrendo, nell'eventualità, alla cooperazione "materiale" altrui che avrebbe dovuto, quindi, a quel punto, considerarsi, nel ragionamento della stessa Corte remittente, come costituzionalmente lecita. Sull'eutanasia nella prospettiva giuridica, si v.: S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, II, *Le scelte esistenziali di fine vita*, Milano, 2012; A. D'ALOIA, *Eutanasia (Dir. cost.)*, in *Dig. pub.*, Torino, 2012, 300-349; F.G. PIZZETTI, "Ai confini delle cure": *la sedazione palliativa (o terminale) tra diritto di non soffrire e diritto di morire*, in P. MACCHIA (a cura di), *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, Napoli, 2012, 135-174; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014; C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004.

<sup>32</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §4 *cons. dir.*, 3° cpv.

<sup>33</sup> È evidente, infatti, che ove il suicidio *consumato* fosse considerato reato, la sua commissione ne comporterebbe *ipso facto* l'estinzione per morte del reo ex art. 150 c.p., a meno di non indulgere in forme aberranti e barbare, avulse dalla civiltà giuridica prima ancora che dal quadro costituzionale, di persecuzione contro il cadavere. Per quanto riguarda, invece, la punizione del suicidio *tentato*, pur essendo questa logicamente possibile in quanto l'ipotetico reo rimarrebbe in vita (magari anche del tutto illeso), vale quanto affermato dalla Corte, secondo cui è «comprensibile e rispondente ad una opzione da tempo universalmente radicata, che l'ordinamento non sanzioni chi abbia tentato di porre fine alla propria vita»: Corte cost., ord. n. 207/2018, §6 *cons. dir.*, 5° cpv.

<sup>34</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §6 *cons. dir.*, 6° cpv.

La Corte, infatti, non solo avverte che occorre rifuggire da «una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite»<sup>35</sup>, ma sottolinea, altresì, come venga «in rilievo, nella sua pienezza, l'esigenza di rispetto del bene della vita»<sup>36</sup> *ogni qual volta*, di fronte ad un consociato che vuole suicidarsi, vi sia «chi cooperi materialmente alla dissoluzione della vita altrui, coadiuvando il suicida nell'attuazione del suo proposito» giacché si tratta di condotta che «fuoriesce dalla sfera personale di chi la compie, innescando una *relatio ad alteros*»<sup>37</sup>.

Espressione, questa, che proprio richiamando il legame sociale *in quanto tale e senza distinzioni*, mostra come, nell'ottica della Consulta, l'intervento repressivo del legislatore penale è *costituzionalmente giustificato*, a protezione della *vita della persona umana quale valore in sé* (indipendentemente, quindi, da ogni condizione di fragilità del soggetto), *per il solo fatto che la condotta del terzo implichi una qualche forma di compartecipazione al suicidio* (indipendentemente, quindi, dal piano psicologico o materiale sul quale l'azione dell'altro si espliciti rispetto all'atto suicida).

Ed è in questi termini, perciò, che la Corte può pacificamente concludere, in modo tanto *generale* quanto *lapidario*, che «l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non può essere ritenuta incompatibile con la Costituzione»<sup>38</sup>: ciò che *esclude*, nei fatti, che un diritto all'eutanasia, nel suo senso più ampio, possa essere ricavato dalle norme costituzionali invocate dal giudice remittente.

#### 4. ...al riconoscimento del diritto del paziente capace, che rifiuta le cure salvavita, ad evitare una lenta e non dignitosa agonia

Diverso discorso va, invece, condotto a proposito degli *specifici contesti biomedicali di fine-vita* così come isolati dalla Corte nell'ordinanza n. 207/2018 in esame.

Difatti, in relazione al caso di *paziente capace*, afflitto da una *malattia inguaribile* e fonte di atroci *sofferenze*, il quale necessariamente *dipenda*, per la sua sopravvivenza, da *presidi medici di sostegno vitale*, la Corte registra una sorta di *diritto "nuovo"*, che la vigente legislazione, stante il divieto di cui all'art. 580 c.p., non consente di esercitare, donde l'accertato *vulnus* costituzionale.

Si tratta, invero, del *diritto del malato* (capace, inguaribile e dipendente dai presidi vitali) *ad ottenere, grazie ad un "farmaco" letale, la morte, in tutti quei casi — ma non al di là di quei casi — in cui il decesso*, che si verificherebbe comunque a séguito del suo lecito rifiuto dei trattamenti salva-vita, *non sopraggiunge nei tempi e modi rapidi da lui (solo) reputati conformi alla propria dignità di morente*.

Un *diritto*, quindi, *a poter ricorrere*, per così dire, alla *"morte artificiale"* (attraverso l'azione di una sostanza venefica messa a disposizione dai medici) nelle circostanze in cui, altrimenti, il malato, volendo rifiutare le cure che gli garantiscono una *"prosecuzione artificiale della vita"* subirebbe — a causa della sua specifica patologia, che incide su funzioni vitali rispetto alle quali il venir meno dei supporti della medicina non provoca repentinamente il decesso — una *lenta e per lui non dignitosa agonia* sino al sopraggiungere, liberatore, della *"morte naturale"*.

<sup>35</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §6 *cons. dir.*, 5° cpv.

<sup>36</sup> *Ibidem*, enfasi corsiva aggiunta.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §8 *cons. dir.*, 1° cpv.

Un diritto rispetto al quale la Corte ritiene incompatibile col quadro costituzionale il divieto di aiuto al suicidio così come previsto dall'art. 580 c.p.

Tale divieto, infatti, proprio nella sua “assolutezza”<sup>39</sup> — e quindi nel suo ferreo applicarsi *anche ai casi puntualmente presi in considerazione dalla Corte* — non consente al medico di onorare la richiesta avanzata dal malato, che si trova precipitato nelle condizioni cliniche identificate dalla Corte medesima, di aiutarlo, provocando direttamente la morte immediata mediante un farmaco letale, a «sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare»<sup>40</sup> senza dovere anche attendere, prima di morire, «un periodo di apprezzabile durata, quantificabile in alcuni giorni: modalità di porre fine alla propria esistenza»<sup>41</sup> che egli può reputare non dignitosa e che i propri cari potrebbero dover condividere sul piano emotivo.

Ed è proprio nella misura in cui la Corte *non* accerta affatto il *diritto a morire nei tempi e modi liberamente scelti*, bensì afferma il *diverso diritto ad evitare la lenta agonia, conseguente alla rinuncia ai trattamenti di sostegno vitale*, che *non* vi è, invero, “contraddizione” fra i diversi passaggi in cui la motivazione dell’ordinanza si articola.

All’inizio, infatti<sup>42</sup>, la Consulta ben riafferma il *dovere inderogabile* dello Stato di proteggere la *vita umana in quanto tale*, escludendo, di conseguenza, la illegittimità costituzionale della previsione di cui all’art. 580 c.p. che punisce la condotta del terzo che *aiuti l’aspirante suicida a morire* in qualsiasi condizione quest’ultimo si trovi e con qualsivoglia tipo di intervento sia accompagnato a togliersi la vita.

Successivamente<sup>43</sup>, è vero che la Corte ammette la liceità della somministrazione di un farmaco che provoca la morte — e che quindi ritiene che in certi casi *non* sia compatibile col quadro costituzionale la fattispecie di aiuto al suicidio *ex art. 580 c.p.* — ma ciò unicamente nell’ambito biomedicale e nelle condizioni cliniche specificamente individuate dalla Corte stessa con l’unico obiettivo *di accelerare una morte inevitabile* dato che il malato *rifiuta i trattamenti salvavita*.

Quel che si vuole è quindi “solo” scongiurare il trascorrere di un “*tempo di agonia lungo*”, e in quanto tale valutato dal malato — e solo da lui, senza che nessun altro possa ingerirsi in tale apprezzamento — come del tutto contrario alla propria, personalissima, visione della *dignità “nel” morire* (e *non “a” morire*).

## 5. *Quid iuris* in caso di inerzia del Parlamento nel dare attuazione alla nuova “ordinanza di rinvio della trattazione della questione di legittimità con monito al legislatore” n. 207/2018?

Si è visto come la Corte ritenga opportuno un apposito intervento legislativo per sanare l’ accertato *vulnus* costituzionale che la stessa Corte invita, perciò, il Parlamento a compiere — beninteso rima-

<sup>39</sup> L’espressione ricorre in Corte cost., ord. n. 207/2018, §4 *cons. dir.*, 1° cpv.

<sup>40</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §8 *cons. dir.*, 4° cpv.

<sup>41</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §9 *cond. dir.*, 3° cpv.

<sup>42</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §§4-7 *cons. dir.*

<sup>43</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §§8-9 *cons. dir.*

nendo all'interno dei precisi paletti stabiliti dal medesimo Giudice delle leggi sia in ordine all'evidenziato diritto del paziente, che alle puntualizzate necessità di tutela dei più fragili — nei successivi undici mesi, sfruttando, all'uopo, il dispositivo di rinvio dell'udienza di trattazione della causa di costituzionalità<sup>44</sup>.

Senza potere indulgere in alcun approfondimento sull'invero inusuale tecnica decisoria alla quale la Corte ha fatto ricorso<sup>45</sup> — una sorta di nuova “ordinanza di rinvio con monito al legislatore” se così si può definire il “tipo” inedito di pronuncia adottato<sup>46</sup> —, sia nondimeno consentito rilevare che, per quanto l'invito rivolto dalla Consulta a regolamentare la materia, abbia avuto un'iniziale, buona, attenzione da parte delle forze parlamentari, non si può escludere che l'inerzia legislativa prenda, infine, il sopravvento.

In tale evenienza, spetterà, dunque, alla Corte l'apprezzamento della *decisione finale* da assumere, e si tratterà di un nodo tutt'altro che facile da sciogliere.

La Consulta, infatti, rischia di trovarsi nuovamente di fronte al dilemma, già invero sperimentato, fra il permettere che una disposizione continui a produrre effetti costituzionalmente non compatibili sino a che non venga nuovamente sollevata una questione di legittimità costituzionale sull'art. 580 c.p., da una parte; l'incidere sulla sfera di discrezionalità della legislazione oltrepassando il confine della giurisdizione costituzionale, dall'altra; il ricorrere a soluzioni ablative del precetto penale che rischiano però di determinare vuoti di tutela in relazione a valori di primario rilievo costituzionale, dall'altra parte ancora.

In presenza di uno scenario tanto delicato e complesso — che si è aperto, peraltro, *proprio in virtù della scelta di rinvio operata della Corte*, e nel quale ogni futuro intervento risolutivo della questione, da parte della Corte stessa, potrebbe prestare il fianco a rilievi critici vuoi perché ritenuto intrusivo della sfera di discrezionalità del legislatore in particolare trattandosi di materia penale, vuoi perché considerato elusivo di un'adeguata garanzia del diritto riconosciuto o di una sufficiente tutela dei soggetti vulnerabili — vien fatto quasi di pensare che la miglior soluzione, il prossimo 24 settembre 2019, se il Parlamento non sarà nel frattempo intervenuto, sarà ancora quella di ricorrere, prudentemente, ad un'ordinanza di (ulteriore) rinvio.

<sup>44</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §§10-11 *cons. dir.*

<sup>45</sup> La Corte dichiara di seguire, nell'elaborare il nuovo “tipo” di ordinanza, i modelli offerti da Supreme Court of Canada, 6 febbraio 2015, *Carter v. Canada*, 2015 CSC 5 e da United Kingdom Supreme Court, 25 giugno 2014, *R. on behalf of Nicklinson et alii v. Ministry of Justice et alii*, 2014 UKSC 38 (Corte cost., ord. n. 207/2018, §11 *cons. dir.*, 5° e 6° cpv). Si tratta, tuttavia, di pronunce straniere che, a differenza di quella “di rinvio” adottata dalla Corte italiana, hanno assunto una veste “definitiva”, per quanto non immediatamente produttiva di efficacia. Infatti, la prima ha stabilito “solo” una *sospensione* (destinata a venire automaticamente meno spirato il termine) di dodici mesi (poi prorogato su richiesta dell'*Attorney General*) dell'efficacia del proprio pronunciamento di incostituzionalità adottato rispetto alla sect. 241(b) e alla sect. 14 del *Criminal Code*, per contrasto con la sect. 7 del *Const. Act 1982-Canadian Charter of Rights and Freedoms*, al fine di permettere al Parlamento canadese di riformare *in parte qua* le norme sul suicidio assistito; mentre la seconda ha ritenuto di soprassedere, ma *rigettando l'appello* (e non solo rinviando la decisione), all'accertamento della conformità del *Suicide Act 1961*, sect. 2, all'art. 8 Cedu in modo tale da offrire al Parlamento di Westminster l'opportunità ponderare l'eventuale legalizzazione dell'eutanasia nel Regno Unito.

<sup>46</sup> Nella *Relazione del Presidente della Corte costituzionale sull'attività svolta dalla Corte nell'anno 2018*, Roma, Palazzo della Consulta, 21 marzo 2019, 13, lo stesso Presidente ha qualificato l'ordinanza *de qua* come «di incostituzionalità prospettata».

A maggior ragione la scelta “attendista” potrebbe trovare giustificazione ove il Parlamento, pur non essendo ancora pervenuto a varare una legge che regoli la materia in conformità a quanto stabilito dalla Corte nell’ordinanza n. 207/2018, abbia comunque mostrato la propria buona volontà di intervenire in tal senso, quanto meno incardinando, se non già approvando in una Camera, una proposta legislativa.

Qualora, invece, la Corte decida di adottare una pronuncia con *effetti definitivi* anche senza che il Parlamento abbia prima concluso l’*iter* legislativo, lo stesso Giudice delle leggi non potrebbe che muoversi nel solco già tracciato dall’ordinanza n. 207/2018 in esame, onde evitare, altrimenti, di essere tacciato di incoerenza.

Da un lato, quindi, la Corte dovrebbe garantire il godimento del diritto affermato nella pronuncia *de qua*, rimuovendo i registrati ostacoli presenti nella vigente legislazione penale che non ne permettono l’effettivo esercizio; dall’altro lato, dovrebbe fare in modo che vi siano robusti meccanismi di tutela rispetto a ogni possibile abuso, in modo particolare a danno dei soggetti più fragili e vulnerabili<sup>47</sup>. L’intervento della Corte dovrebbe, quindi, esser congegnato in modo tale da *mantenere saldamente in vigore, in termini generali*, il precetto *ex art. 580 c.p.*, quale efficace bastione posto a difesa (in particolare) dei soggetti più esposti e in difficoltà, rispetto a ogni interferenza altrui, anche solo materiale, nella scelta, estrema e irreversibile, di darsi la morte.

Lo stesso intervento dovrebbe, però, *circoscrivere* il perimetro applicativo della norma richiamata così da *escludere* le condotte poste in essere dai terzi in attuazione del diritto del malato capace, inguaribile e dipendente dai trattamenti sanitari salvavita di evitare, attraverso la somministrazione di un farmaco che provoca la morte, un’*agonia lunga e non dignitosa* dopo che si sia risolto a rinunciare alle cure.

Si tratterebbe, quindi, di elaborare, da parte della Corte, rispetto a tali situazioni (e con tutta la necessaria cautela richiesta dall’art. 25 Cost. visto che si interviene nella materia penale), una sorta di “*causa di esclusione*” del divieto penalmente presidiato di cui all’art. 580 c.p., che resterebbe, per il resto, tal quale, pienamente efficace.

Una “*scriminante*”, quella qui ipotizzata, che potrebbe comunque operare *solamente* all’interno di un “*processo medicalizzato*” — come la Corte stessa lo definisce<sup>48</sup> — che coinvolga, a pieno titolo, il *personale sanitario*.

La Corte, infatti, ha espressamente *escluso*, nell’ordinanza in esame, che *chiunque* possa privatamente somministrare farmaci letali anche solo per spirito compassionevole senza un adeguato *controllo esperto* sulla capacità di agire della persona e sulle condizioni patologiche in cui la stessa persona versa<sup>49</sup>.

Al solo personale medico compete, perciò, come la Corte ha ben sottolineato, di verificare la *sussistenza dei presupposti*, in presenza dei quali una persona può richiedere e *lecitamente ottenere* l’aiuto a evitare una lenta e non dignitosa agonia<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §10 *cons. dir.*

<sup>48</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §10 *cons. dir.*, 5° cpv.

<sup>49</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §10 *cons. dir.*, 3° cpv.

<sup>50</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §10 *cons. dir.*, 5° cpv.

Spetterebbe, quindi, ai medici, in base a quanto già oggi prevedono gli artt. 1 e 2 della legge n. 219/2017: formulare la diagnosi e la prognosi della patologia della quale il malato è afflitto, in modo particolare stabilendone la irreversibilità (condizione, questa, indispensabile, secondo i criteri della Corte, per poter poi procedere alla somministrazione del farmaco letale su richiesta<sup>51</sup>); accertare l'effettivo stato di capacità del soggetto di rifiutare le cure salvavita (da cui deriverebbe, poi, la richiesta di morte farmacologica, secondo il ragionamento svolto della Corte<sup>52</sup>); prospettare al paziente l'esito della scelta di rinuncia intrapresa; praticare ogni azione di sostegno, anche avvalendosi del supporto psicologico; offrire possibilità concrete di accesso alle cure palliative (ritenute dalla Corte un prerequisito rispetto alla scelta successiva di ricorrere alla morte farmacologica<sup>53</sup>), ivi compresa la sedazione profonda continua.

Tanto adempiuto, qualora il malato decidesse ugualmente «di liberarsi delle proprie sofferenze non solo attraverso una sedazione profonda continua e correlativo rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale, ma anche a traverso la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte»<sup>54</sup>, la condotta del personale sanitario che predispone tale trattamento letale, che il malato dovrebbe comunque assumere da sé solo, si dovrebbe ritenere *non punibile* in forza dell'*esercizio*, da parte del malato stesso, del suo proprio *diritto, di spessore costituzionale, ad evitare un'agonia lenta e perciò non reputata degna*<sup>55</sup>.

Si tratterebbe, invero, di un assetto della materia solo provvisorio (ma comunque "allineato" con la Costituzione secondo la lettura datane nell'ordinanza n. 207/2018).

Una compiuta disciplina da parte del Parlamento resterebbe, infatti, necessaria, soprattutto al fine di regolare gli altri profili segnalati dalla Corte nella stessa ordinanza n. 207/2018<sup>56</sup>: la strutturazione del procedimento medicalizzato mediante il quale il trattamento di somministrazione del farmaco letale deve avvenire; la possibilità di prevedere un'obiezione di coscienza a favore del personale clinico coinvolto<sup>57</sup>; la riserva al solo servizio sanitario nazionale della somministrazione dei trattamenti di

<sup>51</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §8 *cons. dir.*, 3° cpv., *sub a*).

<sup>52</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §8 *cons. dir.*, 3° cpv., *sub c*).

<sup>53</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §8 *cons. dir.*, 8° cpv.

<sup>54</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §10 *cons. dir.*, 6° cpv.

<sup>55</sup> Prima dell'entrata in vigore della legge n. 219/2017, la magistratura penale (Trib. Roma, sez. g.u.p., sent. 17.10.2007, n. 2049, *Welby* condivisa da Corte cost., ord. n. 207/2018, §8 *cons. dir.*, 7° cpv.) aveva ritenuto che l'esercizio del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica, di cui all'art. 32, c. 2 Cost. (da leggersi in combinato disposto con l'art. 13 Cost.), fosse tale da escludere, ai sensi dell'art. 51 c.p., la punibilità a titolo di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) della condotta tenuta dal medico che avesse proceduto all'interruzione di una terapia salvavita sulla base della consapevole richiesta del paziente. Il giudice, infatti, aveva reputato necessario sia assicurare la prevalenza della norma costituzionale ricognitiva del diritto fondamentale su quella legislativa determinativa del divieto penale, sia evitare una contraddizione all'interno dell'ordinamento giuridico (che non può, allo stesso tempo, riconoscere un diritto fondamentale e sanzionarne penalmente l'esercizio). Ebbene, sulla falsariga di tale giurisprudenza, anche il diritto di rango costituzionale ex artt. 3 e 32, c. 2, Cost. ad evitare una lenta agonia, reputata indegna dal malato, porterebbe ad escludere la punibilità del divieto di aiuto medicalmente assistito ai sensi dell'art. 580 c.p. qualora si verificassero le specifiche condizioni individuate dalla Corte costituzionale (paziente capace, afflitto da malattia inguaribile e dipendente da presidio vitale che richiede la somministrazione del farmaco letale).

<sup>56</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §10 *cons. dir.*, 5°, 6°, 7°, 8° e 9° cpv.

<sup>57</sup> Come noto, la l. n. 219/2017 non prevede, espressamente, l'istituto dell'obiezione di coscienza in relazione alla rinuncia delle cure indispensabili alla sopravvivenza. Tuttavia, fermo restando che sarebbe stato senz'altro

aiuto al morire; la previsione di un regime transitorio per i casi pregressi (fra i quali, evidentemente, anche quello oggetto del giudizio *a quo*); la “*sedes materiae*” della novella legislativa (se all’interno del Codice penale, oppure nell’ambito della legge n. 219/2017: soluzione, quest’ultima che la Corte pare, invero, preferire, soprattutto in quanto meglio idonea a ricondurre la scelta della morte su richiesta nel quadro della relazione di fiducia di cura fra medico e malato); l’adozione di opportune cautele, anche di ordine pratico, affinché sia escluso il rischio che le strutture sanitarie rinuncino ad offrire al paziente, che voglia vivere lucidamente e in modo intenso la fase finale della vita, concrete possibilità di accedere a idonee cure palliative alternative alla sedazione profonda continua.

Dal canto suo, anche la deontologia professionale — che al momento, come noto, *vieta* senz’eccezione alcuna al medico di effettuare o favorire anche su richiesta del malato dei trattamenti diretti a provocarne la morte (art. 17 c.d.m.) — dovrebbe, di concerto, adeguarsi.

## 6. L’eventuale “estensione” del diritto riconosciuto nell’ordinanza n. 207/2018 al paziente incapace che abbia rifiutato le cure salvavita mediante una disposizione anticipata di trattamento

Si è visto come la Corte abbia circoscritto le ipotesi in presenza delle quali la somministrazione della morte su richiesta si deve considerare *compatibile* col quadro costituzionale *solo* alle specifiche situazioni in cui il paziente risulta: *a*) affetto da una patologia irreversibile (fonte di sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili); *b*) tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale; *c*) capace di prendere decisioni libere e consapevoli<sup>58</sup>.

Ci si potrebbe, quindi, domandare se l’intervento che agevola in via farmacologica il decesso di cui si discute, sia somministrabile *anche* a coloro che si trovano in una *condizione di incapacità*, ferme restando la loro dipendenza da presidi di sostegno vitale (requisito *sub a*) e la loro condizione di malati irreversibili (requisito *sub b*).

A prima vista, si tratterebbe di interrogativo destinato ad avere pacificamente risposta *negativa* in quanto tali pazienti difettano, com’è evidente, di uno dei requisiti (quello *sub c*) previsti dalla Corte per ritenere costituzionalmente *non punibile* l’agevolazione al suicidio di cui all’art. 580 c.p.

Tuttavia, ben più complesso e articolato appare lo scenario qualora si vogliano *scandagliare sino in fondo*, pur se non le si condivida sul piano etico-morale, tutte le conseguenze che, sul piano giuridico-costituzionale, sembrano discendere dalla motivazione formulata dalla Corte nell’ordinanza n. 207/2018.

Non si può non osservare, infatti, che la legislazione vigente, in ossequio al *principio di volontarietà dei trattamenti sanitari* di cui all’art. 32, c. 2 Cost., consente all’individuo *non solo* di prestare il pro-

---

preferibile esplicitare la facoltà di obiettare direttamente nel testo legislativo, il medico potrebbe opporre al malato che gli domandi l’interruzione dei presidi medici vitali, quanto prevede l’art. 22 c.d.m. che permette al singolo professionista di rifiutare la propria opera professionale qualora gli vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza. La norma deontologica, infatti, si collegherebbe, in questo caso, all’art. 1, c. 5 della legge n. 219/2017, ai sensi del quale il medico non ha obblighi professionali qualora la richiesta del malato sia contraria, *inter alia*, alla deontologia. La stessa argomentazione potrebbe essere spesa, *a fortiori*, rispetto alla possibilità per il malato di richiedere al personale sanitario l’aiuto farmacologico a morire.

<sup>58</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §8 *cons. dir.*, 3° cpv.

prio *consenso o rifiuto attuale* agli interventi diagnostici e terapeutici proposti dai medici (artt. 1 e 2, l. n. 219/2017), ma anche di *pianificare in anticipo le cure in previsione di un'eventuale e futura condizione di incapacità* (artt. 4 e 5 l. n. 219/2017)<sup>59</sup>, senza *stabilire alcun limite rispetto alle scelte sui trattamenti di sostegno vitale*<sup>60</sup>.

Di conseguenza, *purché l'abbia stabilito in anticipo*, e in *condizioni di capacità* di agire, anche l'individuo che è *diventato incapace* può, *alla pari del soggetto rimasto sempre capace*, sottrarsi alle cure salvavita o di sostegno vitale<sup>61</sup> andando incontro al proprio *inevitabile decesso* naturale.

Tuttavia — e qui sta la differenza — mentre il malato *rimasto capace* potrà *anche richiedere e ricevere*, in conformità al principio di diritto affermato dalla Corte, e sulla base della futura legislazione che il Parlamento vorrà adottare, un intervento farmacologico volto a provocare immediatamente la morte per evitare altrimenti il lungo tempo di indegna agonia, il paziente *caduto in stato di incapacità* potrà *“soltanto” ottenere*, in base alla legge n. 219/2017 e a quanto da lui stesso deciso nelle disposizioni anticipate di trattamento (art. 4) o nella pianificazione condivisa delle cure (art. 5), la sospensione o la non attivazione dei presidi vitali.

Nessun medico, infatti, potrebbe lecitamente somministrare al paziente diventato incapace *“anche”* il farmaco letale, sulla base di una richiesta avanzata in anticipo, *senza andare* incontro ai rigori della legge penale visto che il paziente in questione *non* soddisferebbe *tutti* i requisiti indicati dall'ordinanza n. 207/2018 per ritenere costituzionalmente *non* offensiva, e perciò *non* sanzionabile, la condotta del sanitario.

La persona diventata incapace sarebbe, perciò, *costretta a subire*, qualora l'organismo non muoia poco dopo che sono stati sospesi i trattamenti di sostegno vitale, *un'agonia lenta*, in ipotesi del tutto

<sup>59</sup> Sul c.d. “testamento biologico” o “biotestamento” e sulla pianificazione anticipata delle cure, si v.: E. CALÒ, *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, Milano, 2008; G. COLACINO, *Autonomia privata e direttive anticipate*, Milano, 2015; G. FERRANDO, *Testamento biologico*, in *Enc. dir.*, Ann. VII, Milano, 2014, 987-1021; M. FOGLIA, S. ROSSI, *Testamento biologico*, in *Dig. priv.*, Agg. IX, Torino, 2014, 638-681; D. NERI (a cura di), *Autodeterminazione e testamento biologico. Perché l'autodeterminazione valga su tutta la vita e anche dopo*, Firenze, 2010; F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008; G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, Torino, 2012; B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Milano, 2014.

<sup>60</sup> Ivi compresa l'alimentazione artificiale, consistente in nutrienti somministrati mediante dispositivi medici e su prescrizione medica, secondo la definizione fornita dall'art. 1, c. 5 della stessa l. n. 219/2017.

<sup>61</sup> Il medico, d'intesa col fiduciario eventualmente designato dalla persona, o col tutore nominato dal giudice (in caso di contrasto, la questione è rimessa al giudice tutelare: art. 4, c. 3 l. n. 219/2017, che rinvia all'art. 3, c. 5 l. n. 219/2017) è tenuto a rispettare la scelta previamente assunta dal paziente, salvo che non ricorrano alcuni, invero limitati, casi: contrarietà alla legge, alla deontologia professionale o alle buone prassi clinico-assistenziali; incongruenza o non conformità col quadro clinico verificatosi; sussistenza di terapie non prevedibili al momento della sottoscrizione del testamento biologico, in grado però di offrire concrete prospettive di miglioramento della qualità della vita del paziente (art. 4, c. 5 l. n. 219/2017, che richiama l'art. 1, c. 6 l. n. 219/2017 e che si estende non solo alle DAT, regolate dallo stesso articolo 4, ma anche alla pianificazione condivisa delle cure prevista dal successivo articolo 5, in forza della clausola *omnibus* contenuta nell'art. 5, c. 5 della stessa l. n. 219/2017).

contraria alla propria, personalissima visione della *dignità “nel” morire*, e magari anche fonte di sofferenza per i propri cari<sup>62</sup>.

Si tratta di una situazione che può in effetti sollevare *dubbi* rispetto alla sua *piena conformità a Costituzione*, vuoi sotto il profilo del *principio di eguaglianza-ragionevolezza*, di cui all’articolo 3, vuoi dal punto di vista del già richiamato diritto fondamentale alla *pianificazione anticipata delle cure*, riconosciuto e garantito dall’articolo 32, comma secondo, della stessa Carta.

Per un verso, infatti, si registra una situazione di *disparità di trattamento fra i malati*, dipendente dalla loro condizione personale.

Infatti, in ipotesi a fronte della stessa rinuncia (attuale o anticipata) del medesimo presidio vitale, l’un paziente, *rimasto capace*, godrebbe di un diritto — quello a vedere abbreviata, su richiesta, la propria non degna agonia — che sarebbe, invece, negato all’altro paziente, *diventato incapace*, e ciò nonostante si tratti di un diritto di spessore costituzionale strettamente legato alla dignità (“nel” morire) e la dignità sia — come ben noto — valore da riconoscere e garantire a tutti e a ciascuno in egual misura.

Per altro verso, si può verificare una *compressione del diritto costituzionale alla pianificazione anticipata dei “trattamenti” di fine-vita*.

In ambito biomedico, infatti, una volta che sia caduto in stato d’incapacità, il malato potrà congedarsi dall’esistenza soltanto in *una modalità*: ovrerosia, avendo rifiutato le cure salvavita attraverso una disposizione anticipata o una pianificazione condivisa delle cure, formulate quando ancora è capace, e poi, una volta che la disposizione viene eseguita sopraggiunto lo stato d’incapacità, andando incontro ad un lento decesso, senza poter anche *pianificare in anticipo* la somministrazione di alcun “trattamento” e “farmaco” (per riprendere le qualificazioni usate dalla stessa Corte nell’ordinanza in esame a proposito degli interventi di aiuto a morire praticati sui pazienti capaci<sup>63</sup>) in grado di abbreviare tale lungo percorso.

Orbene, al fine di fugare le perplessità di ordine costituzionale testé evidenziate, si potrebbe argomentare che il paziente, il quale risulta *ancora capace* nel momento in cui chiede e ottiene l’agevolazione a morire, è un soggetto che, proprio in quanto è *sempre lucido*, è altresì in grado di rimeditare sulla decisione presa di congedarsi dalla vita sino all’ultimo istante in cui assume il farmaco letale.

<sup>62</sup> Si pensi, da una parte, al caso di Fabiano Antoniani, di cui si tratta (Corte cost., ord. n. 207/2018, §1 *ritenuto in fatto*), e, dall’altra parte, al caso precedente, e altrettanto notorio, di Eluana Englaro (su cui Cass., sez. I civ., sent. n. 21748/2007, *Englaro*, citata da Corte cost., ord. n. 207/2018, §8 *cons. dir.*, 7° cpv.). Sulla base del principio di diritto affermato dalla Consulta nell’ordinanza in esame, un paziente che versi nella medesima condizione di *capacità* in cui è trovato il primo (Antoniani) potrà, in futuro, chiedere e ottenere di congedarsi dalla vita in modo rapido e quindi per lui dignitoso, non soltanto attraverso la rinuncia al presidio vitale (nel caso di specie, la nutrizione assistita) bensì anche mediante la somministrazione del farmaco letale. Per contro, un malato che versi invece nella medesima condizione di *incapacità* in cui si è trovata la seconda (Englaro) dovrà continuare a subire, anche dopo il distacco del supporto vitale (nel caso di specie, la stessa nutrizione assistita), il lungo e in ipotesi ritenuto non degno percorso che conduce al decesso così come la donna, in effetti, subì, del tutto priva di ogni funzione percettiva e cognitiva (a causa della patologia encefalica della quale era affetta dopo un’incidente stradale) nelle stanze della clinica “*La Quiete*” di Udine dove le fu applicato il protocollo stabilito dai giudici tutelari per la rimozione del dispositivo che da tanti anni la alimentava (C. App. Milano, sez. I civ., decr. 25.6.2008, n. 88, *Englaro*, §5).

<sup>63</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §9 e 10 *cons. dir.*

Per contro, ammettere la facoltà di richiedere la morte farmacologica attraverso una richiesta anticipata, a valere per una successiva condizione di incapacità, implica dare attuazione a scelte formulate magari *molto tempo prima*, che potrebbero *non essere più confermate* se solo il malato fosse ancora in grado di esprimersi, fuoriuscendo, anche solo temporaneamente, dalla condizione d'incapacità sopravvenuta.

Giova, però, sottolineare che la pianificazione anticipata della morte farmacologica di cui qui si tratta, quand'anche fosse ritenuta ammissibile (andando, perciò, *oltre* le situazioni specifiche ipotizzate dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 207/2018) *non potrebbe* che riguardare *soltanto* gli stati di incapacità (sopravvenuta) *irreversibile*.

In tal senso milita, infatti, il dovere dello Stato, ex art. 2 Cost., di garantire il rispetto della vita umana *sempre*, e soprattutto a beneficio dei soggetti maggiormente fragili e vulnerabili, quali i malati incapaci sono<sup>64</sup>.

Non si potrebbe, perciò, consentire, in forza del citato dovere costituzionale, che una richiesta anticipata di morte farmacologica sia successivamente eseguita, da parte dei medici, quando vi è ancora una benché minima, purché scientificamente fondata, possibilità di recupero della capacità di autodeterminarsi.

Senza contare, inoltre, che le supreme magistrature, ordinaria e amministrativa<sup>65</sup>, hanno in passato affermato il principio di diritto in forza del quale l'esecuzione di una scelta anticipata di *rinuncia alle cure vitali* può avvenire *soltanto* se è stata prima accertata, in modo assai rigoroso, *l'assoluta irreversibilità dello stato di incoscienza*; e se ciò vale nell'ipotesi in cui si tratti di dare seguito al rifiuto anticipato delle cure, a maggior ragione deve valere per eseguire un'eventuale richiesta anticipata di *morte farmacologica*.

D'altro canto, è la stessa Corte costituzionale, nell'ordinanza n. 207/2018 in esame, ad aver fissato, come si è visto, fra i diversi fattori che debbono esser presenti, e tenuti in considerazione, al fine di ritenere ammissibile la morte farmacologica somministrata su richiesta ai pazienti *capaci*, anche la sussistenza di una condizione patologica diagnosticata come «irreversibile»<sup>66</sup>: carattere, questo, che ben può, riferirsi, quindi, anche alla condizione *patologica di incapacità* sopravvenuta.

Ma se il paziente — come qui si ipotizza — è *divenuto irreversibilmente privo di coscienza*, allora *nessuna possibilità può avere di rivalutare la decisione in passato assunta*.

Perciò, la circostanza che si esegua una sua volontà *non attuale*, ma *anticipata* a ben *poco* — se non del tutto a *nulla* — rileva.

Si potrebbe poi sostenere, sotto altro profilo, e sempre per fugare i dubbi di incostituzionalità rispetto allo scenario che si apre a séguito dell'ordinanza n. 207/2018, che nel caso di un paziente *capace* agevolato a morire, è lo *stesso interessato ad assumere da sé* il farmaco letale, essendo ancora nelle condizioni idonee a poterlo fare.

Per contro, il malato che abbia richiesto l'aiuto farmacologico a morire in via anticipata, e che sia poi caduto in stato di *incapacità*, *non potrebbe più portare a termine*, in alcun modo, il gesto autolesivo.

<sup>64</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §§ 4, 5, 6, 7 e 8 *cons. dir.*

<sup>65</sup> Cass., sez. I civ., sent. 16 ottobre 2007, n. 21748, *Englaro*, §10, *lett. a) cons. dir.*; Cons. St., sez. III, sent. 2 settembre 2014, n. 4460, *Englaro*, §34.1.

<sup>66</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §8 *cons. dir.*, 3° cpv., *sub a)*.

Toccherebbe, quindi, al *medico* procedere ad inoculare direttamente nel corpo dell'individuo *incosciente* la sostanza letale.

Col che, però, si ricadrebbe *non* (più) nell'ambito della fattispecie p. e p. dall'art. 580 c.p.<sup>67</sup>, bensì nel (diverso) perimetro applicativo della norma di cui all'art. 579 c.p.

La morte, infatti, sarebbe "direttamente" *cagionata* — e non più "solamente" *procurata o favorita* — dal personale sanitario (per quanto, va rimarcato, solo ed esclusivamente in base ad una *previa scelta* del paziente)<sup>68</sup>.

In effetti, la diversità delle fattispecie di aiuto al suicidio, da una parte, e di omicidio del consenziente, dall'altra — la prima essendo caratterizzata dalla predisposizione, da parte dei medici, di strumenti affinché il paziente si dia la morte; la seconda consistendo, invece, nella vera e propria uccisione da parte del personale sanitario del malato, sia pur eseguendo la volontà di quest'ultimo — potrebbe essere considerata ostacolo sufficiente a *impedire* qualsivoglia "estensione" al paziente incapace del diritto ad ottenere, dal personale medico, una morte artificialmente indotta al fine di non subire una lenta e non degna agonia.

Tuttavia, resterebbe pur sempre il dubbio se una tale differenza valga davvero sino in fondo a *precludere ogni possibilità* di offrire al malato, diventato incapace, di ottenere, avendola chiesta in anticipo, quella che, a ben vedere, altro non è che una "*limitata riduzione*" (in termini di poche ore o giorni) dell'intervallo di tempo che lo separa dalla morte.

Morte che è comunque *del tutto inevitabile* visto il suo rifiuto (anticipato e successivamente eseguito) dei dispositivi medici che assicurano la sua sopravvivenza.

A maggior ragione, poi, ci si potrebbe interrogare sulla rigidità di una tale preclusione, ove si tenga conto che il *tempo dell'agonia*, che si spende per intero non potendo essere in alcun modo abbreviato, in *nulla giova al malato*, calato com'egli si trova, purtroppo, nel buio *totale ed irreversibile* dell'*incoscienza*, mentre può esser fonte di sofferenza anche assai acuta per i suoi cari, oltretutto — in ogni caso — causa di una grave e irreparabile *lesione della dignità* del paziente stesso.

Infatti, pur se il soggetto non si accorge di decedere, dal momento che spira in stato d'irreversibile incoscienza (sopravvenuta), egli *sarà comunque visto e ricordato morire*, da coloro che gli sopravvivono e che gli sono lucidamente accanto mentre lui muore (e che magari soffrono assai a vederlo morire così), in un modo che *non considera dignitoso* (e che perciò intacca la sua inviolabile dignità di persona), e che mai avrebbe subito se solo fosse stato ancora capace di autodeterminarsi sino alla fine della vita.

In tal caso, infatti, avrebbe avuto diritto, secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 207/2018, all'aiuto farmacologico in modo da poter morire il più presto, e il più degnamente, possibile.

D'altra parte, anche il ragionamento per così dire "*a contrariis*" — ossia: è *semmai proprio perché* il malato è diventato incapace, *che non* vi è alcuna ragione per abbreviare farmacologicamente il tem-

<sup>67</sup> Unica fattispecie su cui la Corte costituzionale si è espressa nell'ordinanza n. 207/2018 giacché la questione sollevata riguardava *solo* questa disposizione, in quanto applicabile nel giudizio *a quo*.

<sup>68</sup> Si noti che, proprio nel caso di persona incapace, l'art. 579 c.p. punisce l'omicidio del consenziente ancor più severamente, richiamando, a tal proposito, le norme sull'omicidio di cui agli artt. 575 ss. c.p.

po della sua agonia dato che egli *non avverte più sofferenze psicofisiche di alcun genere*<sup>69</sup> — potrebbe prestare il fianco a taluni rilievi critici.

A parte la lesione della dignità sopra evidenziata, che comunque si verifica indipendentemente dalla percezione soggettiva che il malato può avere o non avere della sua agonia, la Corte costituzionale ha ritenuto di affermare il diritto del *paziente lucido* a ricevere il trattamento che anticipa la morte in caso di rinuncia ai trattamenti sanitari salvavita *nonostante lo stesso paziente possa legalmente ricorrere alla sedazione profonda che gli permette di morire in modo del tutto inconsapevole*.

Ci si potrebbe, quindi, chiedere perché mai, invece, ad un *malato* che sia *già caduto in stato di irreversibile incapacità* per la sua patologia *si debba negare qualsiasi possibilità* di raggiungere la fine della vita “*appena un po’ prima*” rispetto al tempo che impiega l’organismo a spegnersi naturalmente (dopo che la sua volontà anticipata di rinuncia alle cure di sostegno vitale è stata regolarmente eseguita in base a quanto lecitamente previsto dall’art. 4 o dall’art. 5 l. n. 219/2017).

Qualora, seguendo le osservazioni che precedono, si voglia introdurre nell’ordinamento anche la facoltà di richiedere per sé la morte farmacologica in via *anticipata* nel contesto della previa rinuncia ai trattamenti salvavita (nonostante, lo si ripete, la Corte *non* abbia contemplato tale possibilità nell’ordinanza n. 207/2018), resta, comunque, fermo che la richiesta dovrebbe essere *sempre e solo formulata dall’interessato, maggiorenne e in condizioni di capacità di agire, in modo chiaro, congruo e consapevole*<sup>70</sup>.

Non potrebbe essere, invero, ritenuta ammissibile, sul piano costituzionale, una previsione che permetta, invece, di somministrare la morte farmacologica a *pazienti incapaci che non hanno mai formulato alcuna previa richiesta in tal senso*, o perché *si trovano da sempre in una condizione di incapacità*, o perché sono caduti in uno stato di incapacità *sopravvenuta senza aver mai potuto, o voluto, esprimere prima un’opzione sul fine-vita*.

Si ricordi, infatti, che l’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa, prendendo ferma posizione in favore della protezione dei diritti fondamentali e della dignità umana nell’ambito delle scelte anticipate del paziente, ha sancito che deve ritenersi *vietato ogni «intentional killing by act or omission of a dependent human being for his or her alleged benefit»*<sup>71</sup>.

Formula, questa, che, come agevolmente si coglie, *esclude del tutto* la conformità convenzionale — con riflessi costituzionali anche sul piano interno *ex art. 117, c. 1 Cost.*, in relazione agli obblighi in-

<sup>69</sup> E perciò non ricorrerebbe, per vero, uno dei fattori indicati da Corte cost., ord. n. 207/2018, §8 *cons. dir.*, 3° cpv. *sub b)*, ovverosia che la patologia irreversibile della quale la persona è afflitta sia «fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili».

<sup>70</sup> Inoltre, dovrebbe esser richiesto, *ad substantiam*, l’atto pubblico o la scrittura privata autenticata personalmente consegnata all’ufficio di stato civile del comune di residenza, che la iscrive in apposito registro, oppure all’azienda sanitaria locale che la inserisce nel fascicolo sanitario o nella cartella clinica elettronica (per coloro che sono portatori di disabilità, si potrebbe ammettere la videoregistrazione o l’uso di dispositivi in grado di assicurare la comunicazione alla presenza di testimoni). Infatti, dal momento che l’articolo 4 della legge n. 2019/2017 prevede tali requisiti formali per la predisposizione delle disposizioni anticipate di trattamento con cui possono essere rifiutati i trattamenti salvavita, almeno analoga formalità, a salvaguardia del diritto alla vita della persona *ex art. 2 Cost.* (Corte cost., ord. n. 207/2018, §§5 e 6 *cons. dir.*) dovrebbe essere stabilita per la scelta, anticipata, di ricorrere alla morte farmacologica.

<sup>71</sup> Risoluzione dell’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa, 25 gennaio 2012, n. 1859, *Protecting human rights and dignity by taking into account previously expressed wishes of patients*.

ternazionali contratti dallo Stato italiano — di previsioni che consentano un “*mercy killing*” effettuato *non* già in base ad una richiesta, esplicita e solida, del malato, bensì unicamente in virtù del soddisfacimento di un suo beneficio soltanto “*asserito*” (in originale: “*alleged*”).

Ma tale — e cioè “*asserito*” — non potrebbe che essere quel “beneficio” che, in *assenza* di qualsivoglia *previa volontà* della persona interessata, risulta *unicamente* da una valutazione compiuta *da altri*, magari anche nella perfetta buona fede di fare il “bene” del malato inerme, sulla base di eventuali ricostruzioni *incerte* di volontà presunte o del “*best interest*” clinico.

Si osservi poi, sul piano legislativo, che gli artt. 4 e 5 della legge n. 219/2017 richiedono che la volontà anticipata di rinuncia alle cure si esprima da parte della persona interessata (maggiormente e capace di agire) in modo adeguatamente informato e univoco (oltreché nelle forme previste).

Qualora il soggetto sia incapace e non abbia lasciato *previe* disposizioni, il tutore opera «avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità (art. 3, c. 3 l. n. 219/2017)».

La giurisprudenza formatasi in precedenza rispetto all’entrata in vigore della legge n. 219/2017<sup>72</sup>, aveva ritenuto necessario che le volontà della persona, divenuta incapace, in relazione alle scelte di rinuncia ai trattamenti di sostegno vitale fossero desunte in modo chiaro, univoco e convincente sulla base della voce della persona stessa, ricavata o da sue precedenti dichiarazioni, ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti.

Si tratta di elementi, sia legislativi che giurisprudenziali, che, *a fortiori*, dovrebbero valere per la scelta di ricorrere *non solo* alla interruzione dei presidi salvavita, ma *anche* alla morte farmacologicamente indotta, qualora tale possibilità sia estesa ai malati incapaci.

Non solo.

È, infatti, lo stesso *dovere fondamentale* della Repubblica di salvaguardare la vita e la persona umana che discende dall’art. 2 Cost., così come limpidamente affermato dalla Corte costituzionale nell’ordinanza n. 207/2018, *a non consentire* in alcun modo e sotto alcun pretesto che valutazioni “eteronome” rispetto al soggetto possano incidere sulla scelta — che è, e deve restare, esclusivamente ed essenzialmente personale — di ricorrere (in via anticipata) anche alla morte farmacologica, quando già si è deciso di lasciare la vita terrena rifiutando i presidi vitali in condizioni di patologia diventata irreversibile (e di coscienza definitivamente spenta).

<sup>72</sup> Cass., sez. I civ., sent. 16 ottobre 2007, n. 21748, *Englaro*, §10, lett. b) *cons. dir.*

## Le sollecitazioni delle Corti e l'inerzia del legislatore in tema di suicidio assistito.

### Un confronto tra Italia e Inghilterra

Maria Esmeralda Bucalo, Giuseppe Giaimo\*

THE STRESSES OF THE COURTS AND THE *INERTIA* OF THE LEGISLATOR RELATED TO ASSISTED SUICIDE. A COMPARISON BETWEEN ITALY AND ENGLAND

ABSTRACT: Starting from the analysis of the decision of the Italian Constitutional Court on the "Cappato case", the essay is the occasion for a joint reflection between Italian constitutional law and comparative law on the subject of assisted suicide and euthanasia, which seems to determine the inertia of the legislators in the face of activism of the Courts, perpetually seeking a dialogue with the first. To suffer the most serious damage of these attitudes are the sick, who in this matter more than ever need certainty to the law.

KEYWORDS: End of life; euthanasia; assisted suicide; comparative law; supreme courts

SOMMARIO: 1. Il fatto, l'ordinanza di rimessione e l'omissione del legislatore, che determina l'irragionevolezza dell'ordinamento – 2. L'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018: profili processuali di una nuova tecnica decisoria 2.1 (segue) profili di merito in un atto di natura processuale – 3. Un raffronto comparatistico. Il suicidio assistito nell'ordinamento inglese – 3.1 (segue) la *policy* del *Director of Public Prosecutions* sul suicidio assistito e il successivo (ma non differente) atteggiamento della giurisprudenza inglese.

#### 1. Il fatto, l'ordinanza di rimessione e l'omissione del legislatore, che determina l'irragionevolezza dell'ordinamento

Il tema del fine vita ha da sempre suscitato ampi dibattiti nella società italiana, per molti anni priva di una disciplina in materia, anche a causa del conflitto culturale e valoriale che comporta<sup>1</sup>.

\* Maria Esmeralda Bucalo: ricercatrice di Diritto costituzionale, Università di Palermo, autrice dei paragrafi 1, 2 e 2.1. E-mail: [mariaesmeralda.bucalo@unipa.it](mailto:mariaesmeralda.bucalo@unipa.it); Giuseppe Giaimo: professore ordinario di Diritto privato comparato, Università degli Studi di Palermo, autore dei paragrafi 3 e 3.1. E-mail: [giuseppe.giaimo@unipa.it](mailto:giuseppe.giaimo@unipa.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

<sup>1</sup> Sul punto A. RAUTI, Certus an, incertus quando: la morte e il diritto del paziente all'«ultima parola» fra diritto, etica e tecnica, in FALZEA (a cura di), *Thanatos e nomos: Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, Napoli, 2009, 220-225, il quale evidenzia (spec. 220-221) che sul tema il rapporto conflittuale fra fede e scienza, fra clericalismo e laicità è evidente, ma che «la difesa della vita non è una conquista della fede cristiana più di quanto non possa dirsi per le battaglie illuministiche e razionali contro la pena di morte [...] Allo stesso modo, nella prospettiva laica la sopravvivenza dell'uomo non è un dato da difendere comunque e sempre ad ogni costo (ad esempio anche a prezzo della sua dignità)».

A tale vuoto normativo aveva però supplito la giurisprudenza che aveva cominciato ad occuparsi stabilmente della questione già un decennio prima della legge n. 219 del 2017<sup>2</sup>, integrando la grave lacuna dell'ordinamento e fornendo soluzioni ai casi concreti «sulla base di più ampi e dunque più generali orizzonti di senso e di valore»<sup>3</sup>.

L'intervento legislativo del 2017 si pone quindi a conclusione di un procedimento di lunga elaborazione di principi e di valori mai positivizzati, sebbene ontologicamente presenti nel sistema italiano, disciplinando il "fine vita" in modo rispondente ai principi dettati dalla Cassazione nella sentenza Englaro<sup>4</sup>.

La normativa citata, però, di certo volutamente e per discrezionale scelta politica del legislatore, non si occupa della disciplina del "darsi la morte" o "farsi aiutare a morire" o "farsi uccidere", non regolamentando dunque i casi di eutanasia attiva e passiva, permanendo peraltro nel nostro ordinamento norme incriminatrici delle summenzionate fattispecie, ed in specie gli artt. 579 e 580 c.p. rispettivamente sull'omicidio del consenziente e l'aiuto al suicidio, nonché lo specifico disposto dell'art. 1 comma 6 della legge n. 219 del 2017 secondo il quale «Il paziente non può scegliere trattamenti contrari alle norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali»<sup>5</sup>.

È evidente che ciò crea una lacuna ordinamentale palese laddove si tenga conto, come a ragione è già stato rilevato in dottrina<sup>6</sup>, che esiste una cesura logica evidente fra situazioni a tutt'oggi ritenute giuridicamente non equiparabili<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Ci si riferisce qui all'anno 2007 (definito «anno marca-tempo» da 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 di altri"*, in questa *Rivista*, 3, 2018, 145) e dunque alle sentenze sul cd. Caso Welby Trib. Di Roma – GUP 17/10/2007 n. 249 e sul caso Englaro C. Cass. – sez. I civ. 16/10/2007 n. 21748.

<sup>3</sup> A. RAUTI, *op. cit.*, 236. Cfr. anche A. MORELLI, *Tra Babele e il nulla. Questioni etiche di fine vita, «nichilismo istituzionale» e concezioni della giustizia*, in FALZEA (a cura di), *op. cit.*, 166 ss.

<sup>4</sup> Per i quali si ricordi che è possibile giungere ad una interruzione delle cure quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la minima possibilità di un qualche, sia pur flebile, recupero della coscienza e di ritorno alla percezione del mondo esterno; sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del paziente (o del rappresentato), tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona (punti 7.5 e 8 *cons. dir.*).

<sup>5</sup> M. MASSA, *Un'ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *forumcostituzionale.it*, 1 dicembre 2018, 16, rileva come nell'iter formativo della legge n. 219 del 2017 i riferimenti agli artt. 579 e 580 c.p. non siano mancati. Come si legge dai resoconti parlamentari, la relatrice di maggioranza si espresse contro tutti gli emendamenti che avrebbero introdotto l'eutanasia, sul presupposto che fosse estranea al contenuto che il legislatore si prefissava di disciplinare.

<sup>6</sup> C. TRIPODINA, *op. cit.*, 145.

<sup>7</sup> Sul punto anche la giurisprudenza che ha avuto modo di mettere in luce la differenza ontologica che esiste fra le fattispecie di cui agli artt. 579 e 580 c.p. e il rifiuto o interruzione delle cure, i quali non possono «significare implicito riconoscimento di un diritto al suicidio, [...] (né) espletamento di un trattamento diretto a provocare la morte del paziente, (poiché essi comportano) la mera cessazione di una terapia precedentemente somministrata, mentre il secondo è l'attivazione *ex novo* di un intervento terapeutico finalizzato al decesso del paziente» (così Trib. Di Roma – GUP 17/10/2007 n. 249). Ed infatti secondo C. Cass. – sez. I civ. 16/10/2007 n. 21748, dovendosi escludere che «il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite

La pronuncia della Corte costituzionale in commento può quindi essere considerata la posa dell'ultima tessera di un *puzzle*, che però ancora resta incompleto, nell'attesa che il legislatore, entro un termine perentorio relativamente breve, fissato dallo stesso giudice delle leggi, integri la citata disciplina. Essa presenta degli aspetti processuali e di merito degni di particolare attenzione, da un lato perché attestano l'innovazione nelle metodologie decisorie della Corte; dall'altro, e nel merito, perché la Corte offre spunti di riflessione agli studiosi ed *in primis* al legislatore, su come sciogliere i nodi derivanti dalla lacuna legislativa esistente.

Il fatto che ha originato il giudizio è noto. Fabiano Antoniani, a seguito di un incidente stradale, si risvegliò dal coma cieco, tetraplegico, non totalmente autonomo nella respirazione e nella alimentazione. Egli inoltre era soggetto a molto frequenti e dolorosi spasmi muscolari, cui riuscivano a sopprimere solo potenti farmaci antidolorifici che gli obnubilavano la coscienza, per questo rifiutati dal paziente, il quale manteneva perfettamente intatte le facoltà cognitive e intellettive.

Dopo essersi sottoposto invano a cure e terapie anche totalmente innovative, nella piena consapevolezza della irrimediabilità della propria condizione, mai abbandonandosi ad alcuno *status* di depressione, maturò la irrevocabile determinazione di porre fine alla sua vita, in modo dignitoso e senza soffrire<sup>8</sup>. Poiché però le sue condizioni richiedevano la necessaria collaborazione di qualcuno, che eseguisse le sue volontà, si rivolse alla associazione Luca Coscioni, da cui venne reso edotto su quali fossero gli strumenti giuridici fino ad allora consentiti dall'ordinamento italiano per ottemperare alle proprie richieste<sup>9</sup>. Non ritenendo però che l'interruzione delle terapie salvavita (i.e. alimentazione,

---

allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita, [...] 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, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo decorso naturale».

<sup>8</sup> Nel video messaggio inviato al Presidente della Repubblica il 18 gennaio 2017, servendosi della voce della fidanzata, specificava e ribadiva peraltro di non trovarsi in uno stato psicologico coartabile da alcuno quanto alle proprie decisioni. Il video messaggio è disponibile *on line* al seguente indirizzo <http://www.rainews.it/dl/rainews/media/Eutanasia-video-appello-di-Fabiano-Antoniani-Dj-Fabo-al-Presidente-Mattarella-bdae8fff-ff1f-4e55-b9b9-7d4b1bea837f.htm>

<sup>9</sup> In specie si trattava dei principi di diritto enucleati nelle sentenze Welby ed Englaro, posto che all'epoca dei fatti il disegno di legge sul biotestamento era ancora in discussione alle Camere, ma anche i principi di cui alla più recente sentenza del Giudice Tutelare di Cagliari del 16 luglio 2017 sul cd. caso Piludu, nel quale era stato consentito sulla base del consenso espresso dal paziente il distacco dei presidi sanitari salvavita. Nella fattispecie si trattava di paziente affetto da sclerosi multipla amiotrofica, che nella persistenza della propria volontà, manifestava il suo consenso attraverso apposito ricorso promosso dal proprio amministratore di sostegno, frutto di libera scelta del malato. In quella pronuncia, intervenuta anche essa prima della entrata in vigore della legge n. 219/2017, si precisa che il consenso o dissenso informato deve essere "personale", cioè espressione del titolare del diritto alla salute (nei casi di incapacità previsti dalla legge è possibile che il consenso sia prestato anche dal legale rappresentante); "libero", cioè frutto della autonoma determinazione del paziente; "attuale", cioè deve riferirsi a trattamenti in atto o ad essi preventivo; "concreto", cioè relativo a trattamenti non ipotetici ma in essere o imminenti; "informato", cioè formulato in presenza di una adeguata informazione da parte del medico in ordine agli effetti e alle conseguenze di un eventuale interruzione o rifiuto della terapia; "revocabile", cioè il paziente può in qualunque momento mutare il dissenso in consenso alle cure o alla prosecuzione di esse. Tutti requisiti presenti anche nel caso del sig. Fabiano Antoniani. Sul caso Piludu C. MAGNANI, *Il caso Walter Piludu: la libertà del malato di interrompere terapie salvavita*, in *forumcostituzionale.it* 8 dicembre 2016, 1 ss. e F.G. PIZZETTI, *Considerazioni a margine del "caso Piludu" fra principi costituzionali e*

idratazione e respirazione artificiale), insieme ad una sedazione profonda finalizzata a non fargli percepire alcun dolore, costituisce un modo dignitoso di morire, Antoniani rimase fermo nella volontà di procurarsi la morte attraverso l'assunzione di un farmaco letale, nel modo cioè più rapido e senza sofferenza.

Marco Cappato, esponente della menzionata Associazione e odierno imputato, dunque, lo condusse presso una struttura sanitaria svizzera, affinché gli venisse praticato il cosiddetto suicidio assistito, informandolo, insieme al personale sanitario, fino all'ultimo momento, che poteva recedere dal suo intento.

Fabiano Antoniani si procurò la morte volontariamente, nel rispetto della disciplina elvetica e del rigido protocollo previsto a tal fine dalla stessa struttura sanitaria, azionando da solo lo stantuffo della siringa contenente il *pentobarbital sodium*, premendo con i denti un apposito dispositivo.

Il giorno successivo Marco Cappato si autodenunciò in Italia del reato di aiuto al suicidio, dando inizio al procedimento penale da cui è derivata la questione di costituzionalità, nonché l'ordinanza in commento<sup>10</sup>.

L'ordinanza di rimessione della Corte di Assise di Milano è stata molto commentata in dottrina<sup>11</sup>, sia per quanto attiene ai profili di diritto costituzionale sostanziale e di giustizia costituzionale, sia per quanto attiene ai profili di diritto penale e processuale penale.

*pronunce giurisprudenziali in materia di rifiuto di trattamenti sanitari salvavita*, in questa *Rivista*, 1, 2017, 219-231.

<sup>10</sup> 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*, in questa *Rivista*, 3, 2017, 355 ss., che ricostruisce puntualmente la vicenda dal punto di vista penalistico e processualpenalistico. Nonostante la richiesta di archiviazione del PM, il quale richiedeva che, in caso di diversa interpretazione della norma di cui all'art. 580 c.p. per il caso di specie, fosse sollevata questione di legittimità costituzionale, affinché fosse la Corte costituzionale a fornire della disposizione una interpretazione conforme al principio della dignità della persona e della libertà dell'individuo, il GIP produce una lettura del tutto diversa del caso. Ritiene, infatti, che le situazioni giuridiche di chi chiede la interruzione dei trattamenti sanitari e di chi vuole procurarsi la morte non siano equiparabili e dunque necessitino di discipline diverse, poiché «nel caso di interruzione di trattamenti sanitari, la morte rappresenta solo un effetto secondario della scelta compiuta e non è espressione di un presunto diritto a morire implicitamente ammesso dall'ordinamento».

Da tale interpretazione è discesa l'imputazione coatta di Marco Cappato, il cui giudizio avanti la Corte di Assise di Milano è attualmente sospeso in sede di dibattimento, in attesa della definizione della questione di costituzionalità sollevata da quest'ultima.

In tema i commenti di P. BERNARDINI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritti ad una morte dignitosa: la procura di Milano chiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5, 2017, 381 ss. e ID., *Aiuto al suicidio: il G.I.P. di Milano rigetta la richiesta di archiviazione e dispone l'imputazione di Marco Cappato*, ivi, 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.*, ivi, 10, 2017, 143 e ss.; D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, ivi, 7-8, 2018, 57 ss.

Relativamente a precedenti giurisprudenziali che avevano disposto la incriminazione in analoghi casi F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio o omicidio del consenziente?*, in *Giust. Pen.*, 1, II, 2017, 31 ss.; C. SILVIA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1, 2017, 308 ss.

<sup>11</sup> Quanto ai profili di diritto costituzionale, basti ricordare *ex multis* – oltre a C. TRIPODINA, *op. cit.* – A. MORRONE, *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, in *forumcostituzionale.it*, 10, 2018, 1 ss., M. D'AMICO, *Scegliere di morire "degnamente" e "aiuto" al suicidio: i confini della rilevanza penale dell'art. 580 c.p. davanti alla Corte costituzionale*, in *Corr. Giur.*, 2018, 137 ss. e ID., *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale*

L'impostazione dell'ordinanza di rimessione però è stata da più parti ritenuta non univoca e a rischio di inammissibilità, sebbene molto audace<sup>12</sup>.

Escludendo che l'imputato avesse determinato o rafforzato il proposito suicida di Antoniani, la Corte ne ravvisava però la condotta volta a favorirlo e dunque sanzionabile, ai sensi dell'art. 580 c.p., secondo l'interpretazione comunemente resa dalla Cassazione<sup>13</sup>, che però in questo caso non si trovava a condividere.

Invero, in questo argomentare l'ordinanza del giudice *a quo* dimostrava immediatamente la sua fallacia, considerato che, come d'altro canto rilevato dallo stesso remittente, tale interpretazione dell'art. 580 c.p. non fosse così univoca e condivisa<sup>14</sup>. Ciò, secondo la giurisprudenza costituzionale più stabile, determinerebbe una intrinseca carenza di fondatezza della questione di legittimità, posto che è richiesto al giudice remittente di «sperimentare la possibilità di superare il dubbio di costituzionalità attraverso l'utilizzo dei propri poteri interpretativi»<sup>15</sup>.

D'altro canto però bisogna rilevare che oggi la giurisprudenza in materia di interpretazione adeguatrice ha subito una "integrazione"<sup>16</sup>, volta ad arginare lo snaturamento in senso diffuso del sindacato di costituzionalità in via incidentale<sup>17</sup>, la quale determinerebbe la possibilità di superare il menzionato vizio dell'ordinanza di rinvio. In particolare la Corte costituzionale ha cominciato tale "opera di

*che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del "caso Cappato", in giurisprudenzapenale.com, 11, 2017, 1 ss.; G. BATTAGLIA, La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: una tappa (necessaria?) del caso Cappato, in Quad. cost., 2, 2018, 493 ss.; S. GIANNELLO, La strada impervia del giudizio incidentale. Nota all'ordinanza di rimessione nel "processo Cappato", in diritticomparati.it, 26 Febbraio 2018, passim; S. BARBARESCHI, Il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: le strade a disposizione della Corte, in federalismi.it, 10, 2018, 1 ss.; E. CANALE, La Corte costituzionale è chiamata a pronunciarsi sull'eventuale diritto a morire, in Osservatorioaic.it, 2, 2018, 1 ss.*

Quanto ai profili di diritto penale e alle sollecitazioni che in argomento provengono dalla dottrina penalistica, soprattutto quanto alla delimitazione sostanziale della portata applicativa della fattispecie penale di cui all'art. 580 c.p. alla luce di un rinnovato bilanciamento fra beni di rilievo costituzionale *ex multis* L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o "diritto di morire"? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2, 2018, 415 ss.; A. SANTOSUOSSO – BELLOLI, *Paradossi nel procedimento Cappato. Tre aporie generate dall'art. 580 c.p. proposito di aiuto al suicidio*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 25 Settembre 2018, 1 ss.; A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 giugno 2018, 1 ss.; FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, *ivi*, 22 maggio 2018, 1 ss.; R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, *ivi*, 8 ottobre 2018, 1 ss.

<sup>12</sup> Così D. NAPOLI, *op. cit.*, 356-357 e anche C. TRIPODINA, *op. cit.*, 140-144.

<sup>13</sup> Tale orientamento risale a Cass., sez. I pen., n. 3147 del 1998, la quale ritiene punibile ai sensi dell'art. 580 c.p. qualunque comportamento volontariamente posto in essere al fine di rendere più agevole la realizzazione del suicidio.

<sup>14</sup> Come puntualmente rilevato in dottrina da C. TRIPODINA, *op. cit.*, 141, la giurisprudenza di merito aveva messo in discussione tale orientamento, restringendo il campo di applicazione dell'art. 580 c.p. solo a quelle che facilitano la "fase finale" dell'intento suicidario (cfr. Corte di Appello di Venezia, n. 9 del 2007)

<sup>15</sup> Così R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Id.* (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Torino, 2017, 102. Si ricordi che la sentenza pilota in tema di obbligo di interpretazione conforme da parte del giudice *a quo* è Corte cost. n. 356 del 1996.

<sup>16</sup> R. ROMBOLI, *op. cit.*, cit., 104.

<sup>17</sup> Sul punto D. TOMBA, *op. cit.*?, in *Giur. cost.*, 2015, 2063 e ss. (spec. 2066).

contenimento” già nel 2015 con sentenza n. 221, secondo la quale ai soli fini della ammissibilità della questione essa valuterà «non già l’esistenza di più possibili interpretazioni — alcune conformi, altre illegittime — che il giudice *a quo* avrebbe potuto far proprie in sede di valutazione preventiva, bensì verificherà il mero utilizzo di strumenti interpretativi ritenuti sufficientemente idonei a formare un convincimento ermeneutico, anche se scorretto o contrastante con altri, diversi, orientamenti giurisprudenziali »<sup>18</sup>.

Esaminando il *petitum*, il remittente chiedeva alla Corte non tanto una dichiarazione di incostituzionalità secca, quanto piuttosto una manipolativa di tipo additivo, in quanto l’unica interpretazione conforme alla Costituzione della disposizione impugnata non veniva ritenuta possibile in quanto non in linea con il tenore letterale della disposizione<sup>19</sup>. Muovendo, infatti, da una interpretazione dell’art. 580 c.p. che lo adegua al diritto vivente, alle norme costituzionali e alla CEDU, il giudice remittente domandava al giudice delle leggi che l’art. 580 c.p. venisse dichiarato incostituzionale «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» e, subordinatamente, che la stessa disposizione sia dichiarata incostituzionale «nella parte in cui prevede che le condotte di agevolazione dell’esecuzione del suicidio, che non incidono sul percorso deliberativo dell’aspirante suicida, siano sanzionabili» con la stessa pena detentiva cui sono sottoposti coloro che invece compiono condotte di istigazione<sup>20</sup>.

Il ragionamento della Corte di Assise che lega le due domande additive è molto chiaro e segue una logica evolutiva nell’interpretazione della disposizione, che parte dall’idea che il disvalore che la disposizione contestata doveva sanzionare (i.e. il suicidio come atto contrario «ai principi fondamentali della società, quello della sacralità e della indisponibilità della vita in correlazione agli obblighi sociali dell’individuo ritenuti preminenti nel corso del regime fascista») non sia più socialmente avvertito come tale. Al contrario, il diritto alla vita va interpretato sistematicamente insieme agli art. 2, 13 e 32 della Cost.

L’art. 2 Cost. infatti pone come fine ultimo dell’organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona<sup>21</sup> e costituisce il primo dei principi fondamentali degli ordinamenti moderni, perché finalizza il costituzionalismo contemporaneo<sup>22</sup> e caratterizza tutte le disposizioni costituzionali che tutelano la

<sup>18</sup> Così D. TOMBA, *Il depotenziamento dell’obbligo di interpretazione*, cit., 2067.

<sup>19</sup> In questo pare leggersi fra le righe dell’ordinanza di rimessione, sebbene mai espressamente citata, Corte cost. n. 251 del 2015, la quale al punto 3.3 *cons. dir.* espressamente afferma che: «La compiuta valutazione di tali argomenti, ancorché inidonea ad escludere possibili soluzioni difformi, appare indicativa del tentativo, in concreto effettuato dal giudice a quo, di utilizzare gli strumenti interpretativi a sua disposizione per verificare la possibilità di una lettura alternativa della disposizione censurata, eventualmente conforme a Costituzione. Tale possibilità viene consapevolmente esclusa dal rimettente, il quale ravvisa nel tenore letterale della disposizione un impedimento ad un’interpretazione costituzionalmente compatibile». Sul punto conformemente C. TRIPODINA, *op. cit.*, nota 11 e 149.

<sup>20</sup> Sul punto C. TRIPODINA, *op. cit.*, 144 evidenzia puntualmente l’ambiguità e/o l’alternatività delle due domande poste dal remittente, che in genere determina pronunce di inammissibilità della Corte costituzionale.

<sup>21</sup> Così Corte cost. 10 maggio 1999 n. 167. Per riprendere la spiegazione che dell’art. 2 Cost. forniva C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 155, ciò vorrebbe dire che «non è l’uomo in funzione dello Stato, ma quest’ultimo in funzione dell’uomo».

<sup>22</sup> V. ONIDA, *Relazione*, in AA.VV., *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995, 89.

sfera della personalità fisica e morale di ciascuno<sup>23</sup>. La disciplina della libertà personale, letta in combinato disposto coll'art. 2 Cost., determinerebbe la sussistenza nell'ordinamento italiano della «libertà di decidere della propria vita, ancorché tale decisione determini la morte»<sup>24</sup>. L'esistenza di questa libertà si evincerebbe dall'assenza in Costituzione di un espresso obbligo di curarsi e, al contrario, dal riconoscimento nell'art. 32 co. II Cost. di garanzie passive del diritto alla salute<sup>25</sup> che, per mezzo del consenso informato, hanno nella libertà di scelta terapeutica e nel rifiuto legittimo delle cure la loro espressione<sup>26</sup>.

D'altro canto, lo stesso diritto (i.e. libertà) di lasciarsi morire ha oggi nell'ordinamento italiano una esplicita disciplina nella legge n. 219 del 2017, che garantisce il diritto di scegliere di porre fine alla propria esistenza, anche attraverso il supporto di tecniche di sedazione profonda.

A questo punto però l'argomentare dell'ordinanza di rimessione si fa più ardimentoso e meno lineare, perché il giudice *a quo* riconosce che il legislatore non ha disciplinato l'aiuto al suicidio, ma da ciò fa derivare soltanto che «allo stato, non è possibile pretendere dai medici la somministrazione o la prescrizione di un farmaco che procuri la morte»<sup>27</sup>.

Al contrario di quanto sostenuto dalla Corte di assise di Milano, invece, può leggersi nell'art. 1 co. 6 della legge n. 219 del 2017 che dispone 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», un espresso divieto dell'aiuto al suicidio o dell'omicidio del consenziente, che evidenzia il vuoto legislativo nel nostro ordinamento in materia, a differenza di quanto oramai più non accada per le decisioni relative alla interruzione e/o non somministrazione di trattamenti sanitari cd. salvavita<sup>28</sup>.

Si tratta invero di situazioni giuridiche (i.e. il diritto di lasciarsi morire e il “diritto uccidersi o di farsi aiutare ad uccidersi”), che dal punto di vista generale non sono del tutto equiparabili e per questo il riconoscimento costituzionale del diritto all'interruzione o non somministrazione delle cure non è sussumibile a fondamento del diritto al suicidio<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002, 137.

<sup>24</sup> Dall'ordinanza di rimessione 6.

<sup>25</sup> A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Milano, 2006, 663 e 665; C. TRIPODINA, *Art. 32*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 328-329. Analogamente reperisce nel principio personalista e in quello di autodeterminazione terapeutica il possibile aggancio costituzionale ai trattamenti eutanasi U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento e eutanasia*, Padova, 2018, 194 ss., sebbene con forza l'A. affermi la necessità di trovare dei limiti a tale riconoscimento.

<sup>26</sup> Oltre alle sovra citate norme costituzionali, la Corte di Assise di Milano reperiva negli art. 2 e 8 della CEDU parametri di costituzionalità interposti, in relazione all'art. 117 co. I Cost.

<sup>27</sup> Dall'ordinanza di rimessione 13.

<sup>28</sup> A rafforzare questa lettura l'art. 4 co. 5 della stessa legge n. 219 del 2017 che dispone che «il medico è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita. Nel caso di conflitto tra il fiduciario e il medico, si procede ai sensi del comma 5, dell'articolo 3».

<sup>29</sup> Concordano C. TRIPODINA, *Quale morte per gli “immersi in una notte senza fine”?*, cit., 143; ma anche A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'irrocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul*

Ed invero, nel caso di trattamenti eutanasi, sarà necessario ponderare e valutare analogie e differenze caso per caso e a tal fine non saranno più sufficienti soltanto gli evocati parametri costituzionali, ma anche l'art. 3 Cost., non menzionato nell'ordinanza di rimessione, ma a cui invece la Corte fa riferimento<sup>30</sup>. In tal senso la scelta di valutazioni caso per caso, che dunque bilanciano l'autodeterminazione del paziente da un lato, e il dovere dello Stato di adempiere alle richieste dall'altro, introduce la necessità di limitazioni alle richieste di eutanasia, che si rivelano ragionevoli<sup>31</sup>. Se, allora, non tutte le richieste eutanasiche saranno equiparabili fra loro, non tutte potranno essere coperte dallo scudo del combinato disposto degli artt. 2, 3 e 32 Cost. come quelle relative alla interruzione dei trattamenti sanitari di sostegno vitale: il discorso in tema di eutanasia è molto più esteso, infatti, potendo tale richiesta essere promossa non solo da soggetti che hanno la «sfortuna di sopravvivere con le proprie forze, anche in presenza di sofferenze insopportabili»<sup>32</sup>, ma anche da soggetti, per esempio «depressi, in condizioni psicologicamente fragili, ovvero anziani e in solitudine, che potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita»<sup>33</sup>. Se è evidente che queste due situazioni giuridiche da ultimo citate non siano fra loro equiparabili (e tanto meno lo è l'ultima con quella di coloro che sopravvivono solo con l'ausilio di mezzi meccanici), in un ordinamento che rifiuta *in toto* gli interventi eutanasi si realizza invece quello che è stato autorevolmente chiamato «il paradosso dell'eguaglianza davanti alla morte»<sup>34</sup>: la condizione cioè di minore libertà in cui si trovano coloro che appunto sopravvivono senza mezzi meccanici e si trovano a dovere permanere in una condizione di immensa sofferenza, rispetto a quella di coloro che, nella stessa condizione di gravissima sofferenza, possono oggi, grazie alla legge n. 219 del 2017, richiedere interruzione delle terapie che li tengono in vita o rifiutano le cure. L'omissione legislativa, unita al permanere del divieto generalizzato di omicidio del consenziente e di aiuto al suicidio ex artt. 579 e 580 c.p., determinano allora un radicale vizio di irragionevolezza nell'ordinamento che disciplina in modo differente situazioni analoghe e in modo analogo situazioni differenti<sup>35</sup>.

---

*caso Cappato*), in *consulta online*, 20 novembre 2018, 572 e G. RAZZANO, *Il diritto di morire come umano? Brevi riflessioni sul potere di individuazione del best interest, sull'aiuto alla dignità di chi ha deciso di uccidersi e sulle discriminazioni nell'ottenere la morte*, in *Archivio penale*, 3, 2018, 1 ss. e Id., *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014, 44-47, spec. 45, laddove si fa presente che se esistesse il diritto di morire dovrebbe anche esistere il corrispondente dovere dei medici di dar corso alla richiesta del paziente e dunque non sarebbe un diritto individuale perché presupporrebbe la «partecipazione di altri alla decisione autodeterminata».

<sup>30</sup> Sul punto ed in particolare in riferimento al concetto di dignità, così come costituzionalizzato dall'art. 3 Cost. U. ADAMO, *op. cit.*, 200-201, introduce anche la distinzione fra *vita biologica* e *vita biografica*, che sarebbe quella fra *essere vivi* e *avere una vita*. Accedendo a questa dicotomia, l'A. sostiene che il concetto di *vita biografica* come espressione del principio di autodeterminazione consente un uso positivo del paradigma della dignità per risolvere la questione complessa delle scelte eutanasiche.

<sup>31</sup> U. ADAMO, *op. cit.*, 202-203.

<sup>32</sup> S. RODOTÀ, *Il paradosso dell'eguaglianza davanti alla morte*, in S. SEMPLICI (a cura di), *Il diritto di morire bene*, Bologna, 2002, 40.

<sup>33</sup> Corte cost. n. 207 del 16 novembre 2019, punto 6 *cons. dir.*

<sup>34</sup> S. RODOTÀ, *op. cit.*, 41.

<sup>35</sup> Una rosa delle situazioni giuridiche in cui può ritrovarsi il paziente è individuate con estrema chiarezza da C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"?* cit., 147.

Come, d'altro canto, non si può mancare di ispezionare l'altro lato della barricata, e cioè la posizione di coloro che danno la morte, tutti passibili di possibile incriminazione ai sensi degli stessi art. 579 o 580 c.p., senza che l'ordinamento distingua l'elemento soggettivo che eventualmente li muova, e dunque equiparando la posizione di chi voglia sollevare un malato da una condizione di sofferenza estrema e quella invece di chi, mosso da qualunque altro intento non necessariamente pietistico, spinga al suicidio tutti i soggetti che lo desiderino senza alcun limite<sup>36</sup>.

## 2. L'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018: profili processuali di una nuova tecnica decisoria

La decisione interlocutoria della Corte costituzionale merita delle riflessioni sia di ordine processuale sia di ordine sostanziale, le prime preliminari alle seconde.

Partendo dalle prime, i commentatori si sono immediatamente soffermati sulla natura: un atto formalmente processuale di rinvio ad altra udienza, ma che entra nel merito della questione, lasciando intravedere una futura e *probabile* sentenza di accoglimento<sup>37</sup>, laddove, entro il termine perentorio fissato, il legislatore non modifichi la disciplina.

La atipicità dello strumento adottato, dal punto di vista della giustizia costituzionale, evidenzia in primo luogo come recentemente la Corte legga in modo alquanto flessibile le regole del suo processo, riconoscendosi all'interno di esse un ampio spazio di manovra<sup>38</sup>.

Che sia in atto una flessibilizzazione delle tecniche decisorie è già risultato evidente non solo nella giurisprudenza costituzionale degli anni precedenti, ma anche in decisioni immediatamente successive a quella in commento. Quanto alla giurisprudenza anteriore al 2018, si vuole far qui riferimento alla sentenza n. 10 del 2015 che, dichiarando la incostituzionalità di alcune disposizioni del decreto legge n. 112 del 2008 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività e la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), ha modulato gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità, nel senso di limitarli solo *pro futuro* e dunque dal giorno successivo alla sua pubblicazione<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Sul punto è bene rilevare che i più attenti commentatori hanno constatato le carenze della ordinanza di rimessione che non indica come possibili e ulteriori elementi scriminanti né le condizioni oggettive in cui si trovi l'aspirante suicida, né l'elemento soggettivo del reato, ma solo l'assenza di un contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito suicidario. C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"?*, cit., 148; S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in questa Rivista, 3, 2018, 165-166.

<sup>37</sup> A. RUGGERI, *op. cit.*, 573, il quale si chiede se non sia più conveniente convertire le decisioni di inammissibilità nel nuovo tipo dell'accoglimento ad efficacia differita.

<sup>38</sup> U. ADAMO, *La Corte è 'attendista'... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. Nota a Corte cost. ord. n. 207 del 2018, in *forumcostituzionale.it*, 23 novembre 2018, 2, ritiene che tale flessibilizzazione sia finalizzata alla tutela dei principi costituzionali.

<sup>39</sup> In essa la Corte ha reputato costituzionalmente necessario operare in tal modo «allo scopo di contemperare tutti i principi e i diritti in gioco», procedendo a bilanciare la regola della retroattività delle proprie pronunce con gli altri principi costituzionali in gioco, espressi negli artt. 2, 3, 53 e 8 Cost. Molteplici i commenti in dottrina alla decisione. *Ex multis* T.F. GIUPPONI, *La Corte e il "suo processo. Brevi riflessioni a margine della sent. N. 10 del 2015*, in *forumcostituzionale.it*, 1 ss.; V. ONIDA, *Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta?*, in *Rivista AIC*, 1, 2016, 1 ss.; M. LIGUORI, *I postumi della sentenza n. 10 del 2015 nei giudizi di merito*, in *forumcostituzionale.it*, 26 maggio 2016, 1 ss.; R. ROMBOLI,

Quanto alla giurisprudenza più recente è invece possibile citare come indicativa di un uso più elastico degli strumenti decisorio l'ordinanza n. 17 del 2019, sebbene resa nell'ambito di un conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato<sup>40</sup>. Per quel che qui interessa, è importante rilevare come la Corte, in sede di preliminare delibazione di ammissibilità del conflitto, dopo avere, seppure cautamente, ammesso la legittimazione soggettiva dei ricorrenti<sup>41</sup>, passando quindi all'esame del requisito oggettivo del conflitto, entri nel merito della questione, non limitandosi ad un controllo di natura meramente processuale, ma richiedendo altresì che le lesioni in contestazione siano *evidenti*, ovvero «oltrepassino un certo livello di gravità»<sup>42</sup>. A confermare che anche questa sia un'ordinanza di natura solo *formalmente* processuale, ma sostanzialmente anticipatoria della decisione di merito<sup>43</sup>, la sua conformazione interna analoga a quelle delle sentenze con un *ritenuto in fatto* ed un *considerato in diritto*. L'ordinanza appena citata è dunque la seconda, dopo la n. 207 del 2018, a testimoniare, con la sua innovativa "struttura", che è in atto un processo generale di flessibilizzazione delle decisioni della Corte sia dal punto di vista strutturale, sia dal punto di vista contenutistico<sup>44</sup>. L'innovatività della tecnica decisoria si percepisce anche dal fatto che l'ordinanza si presenta come un mero rinvio ad altra udienza, sebbene il contenuto della stessa – organizzata, come si diceva, secondo la struttura tipica di una sentenza – sembri invece una dichiarazione di incostituzionalità. In altre parole, è come se la Corte palesi l'incostituzionalità di una disposizione, ma in questo momento decida di non decidere, rinviando ad una data prossima, entro la quale, nella permanenza del-

---

*L'obbligo per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *forumcostituzionale.it*, 6 aprile 2015, 1 ss.; M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in *forumcostituzionale.it*, 3 aprile 2015, 1 ss.; A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, in *forumcostituzionale.it*, 9 aprile 2015, 1 ss.; R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano a principi*, in *forumcostituzionale.it*, 27 aprile 2015, 1 ss.; A. MORELLI, *Tutela nel sistema o tutela del sistema? Il "caso" come occasione della "tutela sistemica" della legalità costituzionale e la "forza politica" del Giudice delle leggi (notazioni a margine di Corte cost. n. 10/2015)*, in *forumcostituzionale.it*, 27 aprile 2015, 1 ss.

<sup>40</sup> Si ricordi che il conflitto di cui si tratta è stato sollevato da alcuni senatori dell'opposizione che in sede di approvazione della legge di bilancio, lamentavano la lesione delle loro attribuzioni costituzionali, dovuta alla presentazione da parte del Governo del cd. maxi-emendamento al disegno di legge originario, che avrebbe reso impossibile la conoscibilità del testo a causa della grave compressione dei tempi della discussione parlamentare.

<sup>41</sup> Così A. RUGGERI, *Il parlamentare e il suo riconoscimento quale "potere dello Stato" solo... virtuale o in astratto (nota minima a Corte cost. n. 17 del 2019)*, in *giurcost.org*, 11 febbraio 2019, 71. La Corte infatti ha riconosciuto ai singoli parlamentari la legittimazione a sollevare il conflitto nelle ipotesi di lesione delle attribuzioni che la Costituzione riconosce loro individuando «una sfera di prerogative che spettano al singolo parlamentare, diverse e distinte da quelle che gli spettano in quanto componente dell'assemblea [...] inerenti al diritto di parola, di proposta e di voto, che gli spettano come singolo rappresentante della Nazione, individualmente considerato, da esercitare in modo autonomo e indipendente». Si veda in tema anche Così G. DI COSIMO, *Chi e come può salvare il Parlamento? Una decisione della Corte costituzionale su cui riflettere*, in *lacostituzione.info*, 10 febbraio 2019.

<sup>42</sup> G. DI COSIMO, *op. cit.*, il quale evidenzia come questo giudizio non solo sia opinabile, ma anticipi anche una valutazione di merito, in sede di preventiva delibazione di ammissibilità del conflitto. Analogamente A. RUGGERI, *Il parlamentare e il suo riconoscimento*, cit., 73.

<sup>43</sup> A. RUGGERI, *op. loc. cit.*, la definisce «in buona sostanza una sentenza sfavorevole nel merito ai ricorrenti».

<sup>44</sup> Nel paragrafo precedente si è già avuto modo di analizzare come nella ordinanza in commento la Corte abbia attenuato il suo controllo sulla interpretazione adeguatrice svolta dal giudice *a quo*.

la medesima composizione del collegio, invita il legislatore ad integrare la disciplina, nei termini da essa stessa indicati e di cui si dirà avanti. Un'ordinanza, dunque, monitoria di incostituzionalità individuata, ma *probabilmente*<sup>45</sup> differita ad altra udienza.

Sempre sul fronte processuale è però necessario spendere qualche breve riflessione sul potere di rinvio, che è un potere presidenziale, il quale però fino alla decisione in commento è sempre stato esercitato per motivi esterni al giudizio e senza mai entrare nel merito dello stesso<sup>46</sup>.

Si ricordi per esempio il rinvio delle questioni relative alla legge elettorale c.d. *Italicum*, dovuta alla evidente volontà della Corte di non ingerirsi e non influenzare in alcun modo l'esito del referendum sulla riforma costituzionale del 4 dicembre 2016<sup>47</sup>. Altre volte i rinvii si sono rivelati necessari a causa del mutamento della composizione del collegio; altre volte ancora nei giudizi in via principale i rinvii sono determinati dalla attesa di una imminente ricomposizione politica della questione tramite modifiche del quadro normativo o negoziazioni fra le parti, cui consegue la cessazione della materia del contendere o l'estinzione del processo per rinuncia al ricorso<sup>48</sup>.

È quindi possibile sostenere, insieme alla dottrina più attenta, che in questo caso la Corte non solo non si sia astenuta dal merito della questione, come si avrà modo di approfondire nell'immediato prosieguo, ma anche sia intervenuta per stimolare un "nuovo processo politico"<sup>49</sup>, indicando al legislatore la necessità di una disciplina sulla eutanasia e il suicidio assistito, attualmente assente nell'ordinamento italiano.

Gli esiti di siffatta operazione di rinvio sono invero del tutto incerti. Se infatti la Corte non ha voluto dichiarare l'inammissibilità, non decidendo formalmente – pur entrando sostanzialmente nel merito – e investendo della questione il legislatore, giuridicamente però quest'ultimo non è vincolato da un decisione di tal sorta, sebbene nell'ordinanza siano presenti delle direttive specifiche ed un termine perentorio ad esso rivolto<sup>50</sup>.

Il carattere della decisione in commento è senz'altro connotato da un elevato grado di incertezza, rivelato da una serie di circostanze. La prima è quella determinata dalla stessa Corte, la quale è e resta padrona del proprio destino e dunque degli esiti che vorrà assumere il 24 settembre prossimo. Sebbene sarebbe da prevedere con ragionevole certezza un futuro accoglimento in caso di mancato seguito legislativo<sup>51</sup>, nulla impedisce alla Corte (qualora per esempio fosse ancora in corso l'iter legislativo) di disporre un nuovo rinvio<sup>52</sup>; o ancora impossibili sono da valutare le conseguenze, nel caso in

<sup>45</sup> In termini di *probabilità* autorevolmente si esprime A. RUGGERI, *op. cit.*, 73 e 75.

<sup>46</sup> *Contra* M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 19 novembre 2018, par. 3.

<sup>47</sup> Vedi M. MASSA, *op. cit.*, 13-14.

<sup>48</sup> Della più recente prassi sul tema ci dà informazioni M. MASSA, *op. cit.*, spec. nota 65, il quale evidenzia anche come i summenzionati negoziati fra le parti sovente incidano anche sui giudizi in via incidentale, che abbiano ad oggetto leggi impugnate anche in via principale, determinando il rinvio della trattazione della causa.

<sup>49</sup> M. MASSA, *op. cit.*, 14, il quale evidenzia le differenze con i casi precedentemente citati, nei quali la Corte rinviava per attendere un processo politico già in corso.

<sup>50</sup> A. RUGGERI, *op. cit.*, 73, si chiede se dopo avere creato questa nuova tecnica decisoria la Corte utilizzerà ancora le pronunce di inammissibilità, le quali lasciano maggiore discrezionalità al legislatore.

<sup>51</sup> M. BIGNAMI, *op. cit.*, par. 3.

<sup>52</sup> Concorda M. MASSA, *op. cit.*, 17 e M. BIGNAMI, *op. cit.*, par 5, *contra* A. RUGGERI, *op. cit.*, 75.

cui il legislatore decidesse di disciplinare la materia non attenendosi alle “direttive poste dalla Corte”<sup>53</sup>.

Quanto, invece, alle conseguenze a carico dei giudici che *medio tempore* potrebbero trovarsi a dirimere fattispecie analoghe, in via teorica non sarebbero in alcun modo vincolati dalla decisione di rinvio che qui si analizza, poiché solo le sentenze di accoglimento hanno effetti *erga omnes*, invalidando il disposto legislativo dichiarato l’incostituzionale. In astratto, dunque, costoro potrebbero decidere di applicare in analoghe fattispecie l’art. 580 c.p., ritenendo per esempio di reperirne quella interpretazione conforme a Costituzione, che invece il giudice *a quo* ha ritenuto di non sostenere<sup>54</sup> o, al contrario, potrebbero anch’essi sollevare la stessa questione di costituzionalità, anche al fine di sospendere l’applicazione della disposizione medesima.

La scelta di questa nuova tipologia di decisioni, in cui è evidente una discrasia fra la parte motiva e il dispositivo<sup>55</sup>, presenta profili di notevole discrezionalità evidenziati vieppiù dalla “politicalità” del tema affrontato dalla Corte.

Discrezionale infatti quanto alla forma atipica, sebbene molto simile alle sentenze di incostituzionalità differita presenti in altri ordinamenti ed in particolare al modello tedesco dell’*Unvereinbarkeitserklärung*<sup>56</sup>. Discrezionale anche quanto alle motivazioni, le quali però non conducono per ora alle conseguenze che ci si aspettava, perché in materie ad alto tasso di politicalità, come quella che ci occupa, l’ablazione della disposizione impugnata attraverso una dichiarazione di incostituzionalità avrebbe rischiato di incidere in modo eccessivo sulle scelte discrezionali del legislatore<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> M. MASSA, *op. cit.*, 17, si pone tale interrogativo anche per il caso che il Parlamento ritenesse di privilegiare nel termine assegnatogli la razionalizzazione della disciplina dell’accesso alle cure palliative di cui alla legge n. 38 del 2010 con la legge n. 219 del 2017, che è considerato dalla Corte il pre-requisito della scelta di altri percorsi alternativi quali la eutanasia.

<sup>54</sup> A. RUGGERI, *op. cit.*, 74, sostiene infatti che se così non fosse i giudici dovrebbero considerare inibita l’applicazione dell’art. 580 c.p. e dunque obbligatoriamente rimettere gli atti alla Corte costituzionale. Ciò renderebbe del tutto vano l’inciso presente, nell’ordinanza in commento, per il quale la Corte con questo tipo di pronuncia vuole evitare che un disposto legislativo di dubbia costituzionalità trovi applicazione. *Contra* M. BIGNAMI, *op. cit.*, par. 4. Sebbene non sia comunque da sottovalutare l’autorevolezza sostanziale delle decisioni della Corte, che, soprattutto in un caso unico e incerto, come quello di cui si tratta, è comunque capace di orientare gli operatori del diritto, aldilà della forma degli atti nei quali tali decisioni si sostanziano.

<sup>55</sup> Un’ordinanza *quoad formam*, ma una sentenza *quoad substantiam* anche secondo M. RAVERAIRA, *La decisione della Corte costituzionale sul caso Cappato: una ordinanza che sembra una sentenza, ma non lo è*, in *Lo Stato*, 11, 2018, 434.

<sup>56</sup> Le decisioni di incompatibilità tedesche (*Unvereinbarkeitserklärung*) che si caratterizzano per differire gli effetti della declaratoria di incostituzionalità in un momento futuro, al fine di consentire al legislatore di intervenire, entro il termini indicato nella stessa sentenza, sulla disciplina esistente in modo da renderla conforme alla Legge Fondamentale. Sul punto *ampliter* N. FIANO, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *forumcostituzionale.it*. A. RUGGERI, *op. cit.*, 575, però evidenzia che questo modello decisorio presenta un grande elemento di differenziazione rispetto alla pronuncia adottata dalla Corte, determinato dal fatto che allo scadere del termine fissato dal Tribunale costituzionale la disposizione viene annullata.

<sup>57</sup> Concorda M. MASSA, *op. cit.*, 12, il quale accuratamente fa presente che, relativamente a certi temi di straordinario rilievo, «il problema della discrezionalità del legislatore è di capillare rilievo» ed è quindi necessario lasciare spazio alle sue «correzioni più duttili e capillari», che non alle pure possibili soluzioni

## 2.1 (segue) Profili di merito in un atto di natura processuale

Entrando nel merito della decisione, essa può essere idealmente suddivisa in due parti: una prima parte, nella quale la Corte non manca di rilevare le carenze della ordinanza di rimessione e di individuare le cause per le quali non sarebbe possibile una immediata e generale ablazione dall'ordinamento della disposizione impugnata; la seconda parte, in cui la disposizione medesima appare incostituzionale. Il tutto è racchiuso fra due indicazioni formali: la prima nell'*incipit* che indica la forma decisoria dell'ordinanza; la seconda, il dispositivo finale di mero rinvio<sup>58</sup>.

Quanto alla prima parte, la Corte ritiene di non potere condividere nella sua assolutezza la tesi della Corte remittente. Tale orientamento muove *in primis* dalla negazione di un fondamento costituzionale generale del diritto al suicidio e, *in secundis*, dalla considerazione della legittimità della *ratio* della disposizione di cui all'art. 580 c.p. Quest'ultima, infatti, viene reperita nella tutela della persona ed in specie dei «soggetti deboli e vulnerabili» che, per questo motivo, non possono essere colpiti da alcuna sanzione, nonché nella «cintura protettiva» che intorno a questi soggetti viene costituita dall'ordinamento, al fine di inibire ai terzi di cooperare con essi nei loro intenti suicidari.

Per queste ragioni, non solo la disposizione non risulta lesiva dei parametri evocati dal giudice *a quo* ed in specie degli artt. 2 CEDU e 2 e 13 co. I Cost., ma, al contrario, si rivela presidio di tutela di interessi meritevoli di tutela dall'ordinamento. L'ordinamento costituzionale consente, infatti, di individuare la *ratio* nella tutela della «persona umana come valore in sé», tutelando il diritto alla vita di persone che attraversano difficoltà e sofferenze, scongiurando «il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile subiscano interferenze di ogni genere»<sup>59</sup>.

Nella seconda parte della decisione, però, la Corte muove da una specifica indicazione di situazioni giuridiche inimmaginabili nel 1930, che gli sviluppi della scienza e della tecnica hanno sottoposto alla sfera applicativa dell'art. 580 c.p., e che coinvolgono interessi, ulteriori rispetto a quelli cui sopra si è fatto riferimento, per i quali è necessario operare un bilanciamento<sup>60</sup>.

Qui la Corte si occupa espressamente del caso concreto che ha dato luogo al giudizio *a quo* e individua le situazioni giuridiche specifiche, nelle quali i pazienti sono stati strappati alla morte, sebbene in condizioni totalmente compromesse, non più capaci di una vita autonoma o di funzioni vitali sufficienti. Situazioni giuridiche in cui il «diritto alla vita», va bilanciato con il diritto di autodeterminazione terapeutica di cui all'art. 32 co. II Cost.<sup>61</sup> e con il proprio concetto di dignità della persona<sup>62</sup>.

---

giurisprudenziali, capaci talora di allargare in modo eccessivo il loro «campo applicativo, alterando talora il sistema in maniera capillare e profonda».

<sup>58</sup> Importanti argomenti di diritto costituzionale pervengono anche dai recenti commenti all'ordinanza della dottrina penalistica, i quali aiutano a fare chiarezza sul tema con spunti di diritto sostanziale. *Ex multis* S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 marzo 2019, 1 ss.; C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, ivi, 8 dicembre 2018, 1 ss.; L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, ivi, 27 marzo 2019, 1 ss.

<sup>59</sup> Punto 6 *cons. dir.* Sui diversi significati del termine *dignità* G. GIAMMO, *La volontà e il corpo*, Torino, 2019, 8 ss.

<sup>60</sup> In tal modo la Corte delimita i confini del *petitum* posto dalla Corte di Assise di Milano, che si rivelava eccessivamente generico. Si tratta di un'operazione anch'essa sorprendente, posto che sovente avanti richieste eccessivamente generiche la Corte decide per la inammissibilità. In tema anche M. RAVERAIRA, *op. cit.*, 435.

<sup>61</sup> Parametro di cui il remittente non ha dato conto nell'ordinanza di rimessione.

<sup>62</sup> Punto 8 *cons. dir.*

Qui sta il punto nodale della questione: la Corte mette a stretto contatto<sup>63</sup> la posizione di chi è affetto da una malattia inguaribile, o di chi a causa di essa subisca delle gravi sofferenze anche psicologiche che ritenga insopportabili, o di chi sia tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale o ancora di chi risulti capace di decisioni libere e consapevoli e dunque necessiti di assistenza per porre fine alla propria vita, con quella di coloro la cui posizione è garantita dalla legge n. 219 del 2017, che possono decidere di lasciarsi morire ai sensi dell'art. 2.

Da tale raffronto il vuoto ordinamentale emerge ancor più plasticamente: da un lato la posizione del medico, al quale sia richiesto dal paziente – sottoposto alle sue cure e che si trovi nelle condizioni di cui sopra – di procurargli la morte, non solo non risulta disciplinata, ma vieppiù sarebbe penalmente punibile, qualora costui decidesse di praticare il trattamento eutanasi; dall'altro il paziente sarebbe costretto «a subire un processo più lungo e meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care»<sup>64</sup>.

Vista dalla sola prospettiva del paziente, l'esigenza fatta propria dall'ordinamento di proteggere le persone deboli e vulnerabili non pare garantita e soddisfatta se, da un lato, chi è tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale può chiederne la sospensione, ma non può, dall'altro, pretendere che venga dato seguito alla propria richiesta di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri, se tale alternativa risulta per lui maggiormente rispettosa del proprio concetto di dignità<sup>65</sup>. Il divieto assoluto di aiuto al suicidio incide, allora, anche sulla piena realizzazione del principio di autodeterminazione terapeutica, che risulterebbe limitato ad un'unica modalità di realizzazione del fine vita.

Questo argomentare della Corte nel cuore della sua decisione introduce ad un giudizio sulla ragionevolezza dell'ordinamento, laddove non disciplina situazioni che risultino fra loro analoghe nella loro drammaticità<sup>66</sup>. Ma vieppiù, la Corte muove dalla analogia delle situazioni giuridiche poste a confronto, ma nel suo argomentare pare approfondire la questione spostando la sua attenzione dalla mera analogia fattuale, al reperimento di una *ratio legis*: la tutela del principio di autodeterminazione e, ancora più a fondo, il concetto di dignità della persona, intesi entrambi e congiuntamente nel senso di liberazione dalle sofferenze<sup>67</sup>.

Individuato così il *vulnus* ai principi costituzionali indicati, la Corte correttamente ritiene di non potersi far fronte attraverso una mera dichiarazione di accoglimento della questione, cassando dunque

<sup>63</sup> M. MASSA, *op. cit.*, 4, parla più plasticamente "simmetria".

<sup>64</sup> Punto 9 *cons. dir.*

<sup>65</sup> Sul punto si ricordino le parole di S. RODÒ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 210, il quale ricorda che «La vita degna di essere vissuta, allora, è quella che la persona autonomamente costituisce come tale. Non vi sono vite "indegne" fuori da quelle che altri pretendono di costruire al nostro posto, violando così il diritto all'autorappresentazione e alla competenza ad orientarsi nel mondo». *Contra* A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *giurcost.it*, 21 febbraio 2019, 99-100, critica il concetto di dignità in senso esclusivamente soggettivo fatto proprio dalla Corte, ritenendo che essa vada letta anche in senso oggettivo, transcendendo la volontà dei singoli e, dunque, imponendosi, laddove ne ricorrano le condizioni costituzionalmente stabilite.

<sup>66</sup> Facendo dire a parte della dottrina che la Corte sembra aver già deciso almeno contenutisticamente per una sentenza additiva, cfr. M. BIGNAMI, *op. cit.*, par. 3.

<sup>67</sup> Sul punto M. MASSA, *op. cit.*, 5.

l'art. 580 c.p. per intero, perché si lascerebbe del tutto priva di disciplina una materia ad alto tasso di "sensibilità etico-sociale" e rispetto alla quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi<sup>68</sup>.

In questi casi, infatti, la Corte ritiene che spetti al Parlamento operare tutti i possibili e delicati bilanciamenti, predisponendo una disciplina della quale però traccia le prime "linee guida"<sup>69</sup>, indicando peraltro anche il possibile "contenitore" della stessa, individuato nella legge n. 219 del 2017, che potrebbe essere integrata al fine individuare la disciplina di materiale attuazione del procedimento, nonché una possibile disciplina transitoria<sup>70</sup>.

A fronte di tali corrette evidenze però, la Corte stessa individua le possibili soluzioni cui sarebbe stata avveza, seguendo i canoni della sua precedente giurisprudenza.

La prima sarebbe stata la dichiarazione di inammissibilità della questione perché trattasi di materia sottoposta a discrezionalità del legislatore, accompagnata da un monito, cui sarebbe poi seguita la declaratoria di incostituzionalità laddove quest'ultimo non fosse seguito. La Corte, in questo caso, afferma di aver deciso di non utilizzare tale tecnica decisoria non solo perché avrebbe lasciato in vita la disposizione della cui legittimità si dubita, ma anche perché la successiva dichiarazione di incostituzionalità sarebbe comunque stata soggetta al sollevamento di una nuova questione di costituzionalità, che sarebbe potuta intervenire anche dopo tempo.

Di questa motivazione, come sopra già rilevato, convince però solo la seconda parte, relativa alla aleatorietà dell'attesa di una nuova questione di costituzionalità, ma non la prima, posto che la decisione di rinvio adottata dalla Corte non fa cessare la vigenza dell'art. 580 c.p., né obbliga formalmente i giudici che dovessero trovarsi a dirimere analoghe fattispecie a sospendere i giudizi.

Altra soluzione possibile sarebbe stata un dispositivo di accoglimento manipolativo, che avrebbe potuto modificare per principi la disposizione, seguendo per esempio tutte le puntuali indicazioni che nella ordinanza *de quo* vengono fornite al legislatore, e che avrebbe comunque lasciato la possibilità al legislatore di intervenire successivamente in via integrativa<sup>71</sup>. Una sentenza additiva inoltre non avrebbe imposto alcun termine di adempimento al legislatore – che peraltro difficilmente potrà rispettare –, ma intanto avrebbe invalidato la disposizione impugnata, impedendole di produrre effetti.

Scegliendo la terza e innovativa via di una ordinanza interlocutoria con rinvio a data fissa, che come si vedrà trova il suo fondamento in analisi di tipo comparativo, la Corte invece pare da un lato aspettarsi la collaborazione dei giudici<sup>72</sup>, i quali, sebbene giuridicamente non obbligati, potrebbero rifarsi alla

<sup>68</sup> Punto 10 *cons. dir.*, nella quale oculatamente la Corte afferma che il vuoto legislativo che si creerebbe con una sentenza di semplice accoglimento determinerebbe che qualunque soggetto potrebbe offrire in qualunque luogo assistenza al suicidio, per qualunque scopo, senza accertarsi peraltro della determinazione del paziente e che questa sia libera, informata e conseguente alla irreversibilità di una patologia.

<sup>69</sup> Relative per esempio al controllo sui presupposti che devono sussistere affinché il paziente possa accedere al trattamento, il procedimento di somministrazione, l'obiezione di coscienza del personale sanitario.

<sup>70</sup> Il tutto, sempre su suggerimento della Corte, dovrebbe essere reso compatibile con la disciplina sulle cure palliative di cui alla legge n. 38 del 2010.

<sup>71</sup> M. MASSA, *op. cit.*, 6 e M. D'AMICO, *Scegliere di morire "degnamente"*, cit., 743.

<sup>72</sup> *Contra* M. RAVERAIRA, *op. cit.*, 444, la quale ritiene che la decisione "blindi" e blocchi gli effetti derivanti dalla solo "riconosciuta", ma non dichiarata incostituzionalità dell'art. 580 c.p., estendendo i suoi effetti aldilà del giudizio *a quo*, poiché i giudici, non potendo applicare una disposizione di dubbia costituzionalità, dovrebbero sospendere i giudizi e sollevare altre questioni di costituzionalità.

parte motiva dell'ordinanza e attendere le successive determinazione del legislatore e/o della Corte. Dall'altro, «in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale»<sup>73</sup> si aspetta che il legislatore compia quel bilanciamento fra valori che ad esso spetta in prima battuta, in modo da evitare che la norma produca effetti incostituzionali e che si protragga nell'ordinamento un "vuoto di tutela di valori".

La caratteristica che immediatamente salta agli occhi in questa pronuncia è la sua natura interlocutoria: la Corte si ferma su posizioni attendiste, chiedendo al legislatore di fare la sua parte, concedendogli un termine, che sembra avere natura perentoria<sup>74</sup> e oggettivamente congruo per approvare una disciplina in tema.

Ad un primo esame, l'approccio allo studio della pronuncia induce a non poche perplessità, derivanti non solo dalla forma, ma anche dalla incertezza dei suoi effetti, che hanno fatto ritenere a certa autorevole dottrina<sup>75</sup> che, privilegiando l'aspetto formale della decisione (il suo essere un'ordinanza di mero rinvio), piuttosto che il suo aspetto contenutistico (che la fa sembrare una sentenza additiva), essa porti con sé il rischio che la Corte venga contraddetta da se stessa e che ciò possa accadere per una molteplicità di ragioni: la possibilità che per qualsiasi ragione muti il collegio, che il legislatore non si rifaccia alle direttive della Corte, o che, addirittura, la stessa Corte possa mutare avviso sulla stessa questione di costituzionalità.

La visione appena citata esprime forse un po' troppo sfiducia nei confronti del Giudice delle Leggi, posto che le soluzioni possibili *rebus sic stantibus* sono solo due: la restituzione degli atti al giudice *a quo* nel caso in cui il legislatore provveda entro il termine, o una sentenza di accoglimento (o interpretativa di accoglimento e specificatamente una additiva) sulla scorta delle motivazioni già espresse nell'ordinanza in commento nel caso in cui invece il legislatore non rispetti il termine fissato.

Nonostante ciò non può negarsi la sensazione che i mesi che ci separano dal 24 settembre 2019 costituiscono una fase di incertezza, di sospensione legislativa ed estendano la percezione di vuoto ordinamentale, che è tanto più forte perché riguarda una materia altamente ed eticamente sensibile.

Ma è proprio davanti a tutte le possibili conseguenze e a tutte le possibili sfaccettature di un tema così delicato che la Corte ha deciso di arrestarsi e, ritenendo necessario dialogare con il Parlamento, non ha dichiarato la inammissibilità della questione per discrezionalità politica della materia, ma ha deciso invece di tenere per sé "l'ultima parola", non solo indicato con specificità i canoni cui la nuova disciplina dovrebbe attenersi, ma anche ritenendo comunque di dovere valutare in che modo sarà assicurata l'esigenza di tutela del paziente.

Quanto agli esiti di questa apertura al dialogo, all'indomani dell'ordinanza sono stati incardinati presso il Senato della Repubblica due progetti di legge (rispettivamente AS 900 e 912), mentre alla Camera il progetto di legge AC 2.

Se dei disegni di legge al Senato non è ancora iniziata la discussione neppure nelle Commissioni competenti per materia, deve segnalarsi invece che alla Camera lo scorso 22 febbraio è stato assegnato alle Commissioni riunite II (Giustizia) e XII (Affari sociali), che lo stanno esaminando, il disegno di leg-

<sup>73</sup> In questo inciso M. RAVERAIRA, *op. cit.*, legge la volontà della Corte di mantenere per sé un ruolo di co-legislatore, dovendo il Parlamento mantenersi nel *range* delle direttive individuate dalla stessa.

<sup>74</sup> M. RAVERAIRA, *op. cit.*, 443, lo definisce "messa in mora" del legislatore.

<sup>75</sup> A. RUGGERI, *op. cit.*, 575.

ge di iniziativa parlamentare AC 1586, abbinato al citato AC 2, e che, inserendo la disciplina dell'eutanasia nell'alveo della legge n. 219 del 2017, sembra essere maggiormente rispondente alle indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale<sup>76</sup>.

Ciò nonostante al d.d.l. attualmente in discussione alla Camera può ancora muoversi la critica della eccessiva vaghezza nella determinazione dell'ambito di liceità della eutanasia terapeutica, che la Corte invero non ha indicato, attesa l'inesistenza del riconoscimento di un cd. "diritto a morire". Il legislatore, piuttosto, in osservanza dell'ordinanza n. 207 del 2018, dovrebbe con la nuova disciplina valorizzare il concetto di dignità della persona; circoscrivere la possibilità di praticare il suicidio assistito a casi limitati, procedimentalizzarla dal punto di vista medico al fine di evitare i possibili abusi; potenziare l'accesso alle cure palliative, che secondo la Corte è un «pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente»<sup>77</sup>; garantire l'obiezione di coscienza al personale sanitario coinvolto nella procedura con una specifica disciplina, che però non dovrebbe spingersi fino al punto di vanificare il diritto eventualmente riconosciuto al malato di ottenere un trattamento eutanasi<sup>78</sup>.

L'intervento legislativo dunque dovrà necessariamente muovere dalla definizione chiara del perimetro della disciplina, limitandola ai soli casi di suicidio assistito (e non di eutanasia attiva) nei quali è il malato ad autodeterminarsi in tal senso, pur non essendo in grado di porre termine alla propria vita da solo, e ancorandola a saldamente ai principi costituzionali della dignità della persona e della ragionevolezza del diritto.

Seguendo lo spirito della leale collaborazione istituzionale, invocato dal Giudice delle leggi, la speranza è che il Parlamento abbandoni l'atteggiamento attendista, ascolti il monito della Corte e disciplini una materia così sensibile, sebbene "politicamente non attraente".

### 3. Un raffronto comparatistico. Il suicidio assistito nell'ordinamento inglese

La Corte costituzionale, come si è visto poco sopra, ha operato in maniera atipica ed innovativa, attraverso un'ordinanza di rinvio ad altra udienza che, tuttavia, possiede la struttura ed il contenuto propri di una sentenza. Una soluzione siffatta si è resa necessaria a causa della percepita esigenza della Corte stessa di demandare la regolamentazione di un tema tanto divisivo e denso di implicazioni etiche alla sede parlamentare, quale luogo deputato alla ricerca di una sintesi delle diverse – e tutte degne di considerazione – istanze sociali; a fronte di una sottintesa inidoneità del ruolo dei giudici (anche di quelli chiamati a valutare la coerenza sistematica delle leggi) a disciplinare, attraverso una propria decisione, una materia soltanto parzialmente caratterizzata dalla dimensione giuridica.

<sup>76</sup> Relativamente alla introduzione della nuova disciplina nel *corpus* della legge n. 219 del 2017 e sul permanere del precetto penale di cui all'art. 580 c.p., posto a tutela della vita, salvo i casi in cui la nuova legge determini «un nuovo assetto di diritti e doveri (che) ne escluderebbe l'applicazione solo in peculiari situazioni» C. CUPELLI, *Il cammino parlamentare di riforma dell'aiuto al suicidio. Spunti e prospettive del caso Cappato, fra Corte costituzionale e ritrosia legislativa*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 aprile 2019, spec. 9.

<sup>77</sup> Punto 10 *cons. dir.* dell'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale.

<sup>78</sup> C. CUPELLI, *Il cammino parlamentare di riforma dell'aiuto al suicidio*, cit., 10 ipotizza «nell'organizzazione delle strutture sanitarie, l'adozione di moduli gestionali idonei a salvaguardare le singole sensibilità, senza pregiudicare l'esercizio della libertà di autodeterminazione terapeutica del paziente».

Il disagio della Consulta, dovuto alla comprensibile ritrosia nell'incidere in maniera determinante sulle decisioni in tema di eutanasia attiva, trasuda da più parti nel corpo dell'ordinanza, anche se quella sensazione si condensa tutta – facendosi finalmente palese – nella ricerca di un solido appiglio utile a confermare l'opportunità del proprio schermirsi di fronte alla richiesta proveniente dall'Assise milanese. Appiglio, quest'ultimo, rinvenuto nell'autorità di quelle Corti supreme straniere che, già in precedenza chiamate a risolvere situazioni altrettanto complesse, hanno del pari investito il potere legislativo del compito di dipanare una questione troppo sdrucchiola per essere definita in sede giurisprudenziale. Il riferimento è, soprattutto, al caso *R (on the application of Nicklinson and another) v. Ministry of Justice* deciso dalla *Supreme Court* inglese<sup>79</sup>, sul quale è più che opportuno soffermarsi in modo da poter rileggere l'ordinanza italiana attraverso quelle nuove lenti che fornisce il raffronto comparatistico.

Una osservazione dal carattere preliminare deve essere convenientemente compiuta: essa risiede nel fatto che il ricordato precedente britannico si innesta all'interno di un più ampio intessuto giurisprudenziale, tanto che il punto di partenza dell'indagine può essere rintracciato in un momento ben anteriore al caso richiamato dalla Consulta, quando la *House of Lords* decise una questione<sup>80</sup> che sortì un relevantissimo impatto sull'opinione pubblica inglese e che innescò un dibattito foriero di conseguenze per lo sviluppo del tema. Il richiamo è alla vicenda di una donna (Diane Pretty) colpita da una grave malattia neuro-degenerativa che – pur non rendendo necessarie terapie di sostegno vitale – le provocava sofferenze tali da rendere la sopravvivenza stessa insopportabile e poco aderente a canoni di dignità e che, dunque, le facevano desiderare una morte percepita come liberazione dagli affanni. Questo proposito, tuttavia, si scontrava sia con le condizioni fisiche della degente, che le impedivano di dare autonoma attuazione al proprio volere; sia con il divieto legislativo di aiuto al suicidio – di cui alla *section 2(1)* del *Suicide Act* del 1961 – che avrebbe condotto all'incolpazione di chi avesse collaborato con l'inferma nell'attuare il suo proposito di togliersi la vita. Al fine di ovviare a siffatte difficoltà, la donna – nel pieno possesso delle sue facoltà intellettive – chiese all'ufficio del *Director of Public Prosecutions* (quale organo competente al promovimento dell'azione penale) una sorta di salvacondotto preventivo per il proprio coniuge, giustificato dalle circostanze del caso specifico adesso richiamate, in modo che costui potesse assisterla nel realizzare il proprio desiderio di morte senza, per questo, essere incriminato. In seguito al rifiuto opposto a tale istanza, la donna intraprese un percorso giudiziario – sino a giungere alla *House of Lords* – al fine di sentire dichiarare l'incompatibilità della legge che vieta l'assistenza al suicidio con una serie di articoli (tra i quali, un particolare rilievo fu dato agli artt. 2 [diritto alla vita] e 14 [divieto di discriminazione]) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, divenuta canone sul quale valutare la legittimità delle norme interne in seguito all'entrata in vigore, nell'ordinamento inglese, dello *Human Rights Act* del 1998<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> *R (on the application of Nicklinson and another) v. Ministry of Justice*, [2014], UKSC, 38. La Corte costituzionale ha richiamato anche una sentenza della Corte Suprema del Canada (*Carter v. Canada*, 2015, SCC, 5) la quale, tuttavia, offre minori spunti di riflessione rispetto alla decisione della Corte britannica.

<sup>80</sup> Cfr. *The Queen on the Applications of Mrs. Diane Pretty v. Director of Public Prosecutions*, [2001], UKHL, 61.

<sup>81</sup> Gli effetti dello *Human Rights Act* sull'ordinamento giuridico inglese sono abilmente descritti e spiegati da G. CRISCUOLI, M. SERIO, *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, 2016, 382, secondo cui «nelle controversie in materia di diritti umani (quali sono individuati e descritti nella Convenzione) nessuna

In sintesi, la prima doglianza adottata dalla ricorrente era relativa al fatto che, secondo la sua opinione, la decisione assunta dal *Director of Public Prosecutions* violava la libera scelta se vivere o morire, la quale costituisce la base dell'art. 2 Conv. A suo dire, infatti, «mentre alcuni preferiscono vivere, altri vogliono morire e la disposizione della Convenzione tutela allo stesso modo i due corni dell'alternativa. Il diritto di morire non è l'antitesi del diritto alla vita, ma semplicemente un suo corollario e lo Stato ha il preciso dovere di rispettarli entrambi»<sup>82</sup>. La *House of Lords*, tuttavia, confutò l'argomentazione attraverso un semplice esercizio di logica. La Corte, infatti, rilevò come il presupposto del diritto alla vita tutelato dall'art. 2 Conv. fosse la vita stessa e che, per tale ovvia ragione, l'eventuale riconoscimento di un diritto a morire (esattamente al contrario di quanto sostenuto dall'istante) non sarebbe equivalso a tutelare nella maniera più ampia l'autodeterminazione individuale in ordine alla propria esistenza ma, all'opposto, avrebbe corrisposto ad una negazione del fondamento dell'esistenza medesima, con la conseguente lesione proprio di quanto quell'articolo è destinato a proteggere nella maniera più alta<sup>83</sup>.

La seconda questione sollevata dalla signora Pretty era relativa alla circostanza per cui, secondo l'istante, la *section 2(1)* del *Suicide Act* (qualificando come reato l'aiuto al suicidio del consenziente inabile) dava luogo ad una intollerabile discriminazione tra coloro che erano nelle condizioni fisiche di togliersi la vita senza ricorrere all'assistenza di altri, rispetto a chi – come lei – era del tutto impossibilitata a dar corso alla propria scelta di morte in autonomia: con la conseguenza di una patente violazione del disposto di cui all'art. 14 Conv., che proibisce differenze di disciplina fondate sulle condizioni di salute. Anche questo argomento, tuttavia, non ebbe maggior fortuna del precedente. La *House of Lords*, infatti, evidenziò come il ragionamento della ricorrente scontava una evidente aporia, dato che il suo presupposto implicito risiedeva in un preteso «diritto al suicidio», che avrebbe potuto essere esercitato liberamente soltanto da chi avesse la capacità fisica di agire in tal senso, con la conseguente penalizzazione discriminatoria – consistente nella decretata punibilità del soggetto che avesse collaborato all'attuazione dell'altrui progetto di morte – di chi era privo di una simile facoltà. Poiché, invece, non esiste alcun «diritto al suicidio», non esistono titolari di questo che possono essere discriminati nel suo esercizio<sup>84</sup>: una volta, quindi, tolto di mezzo l'assunto di base, crollava l'intera imputazione sulla quale si reggeva il motivo di appello<sup>85</sup>.

---

Corte nazionale può prescindere dall'accertamento dell'esistenza di orientamenti – pertinenti al caso specifico – (...) o può sottrarsi all'obbligo di tenerli nel debito conto».

<sup>82</sup> *The Queen on the Applications of Mrs. Diane Pretty v. Director of Public Prosecutions*, cit., par. 4.

<sup>83</sup> *The Queen on the Applications of Mrs. Diane Pretty v. Director of Public Prosecutions*, cit., par. 5-6. La *House of Lords* ricorse anche ad una argomentazione per assurdo, rilevando come «se l'art. 2 Conv. conferisse all'individuo un diritto pieno ed assoluto ad autodeterminarsi in relazione alla vita ed alla morte, nel caso in cui una persona fosse gravemente disabile e, per tale ragione, non potesse autonomamente procedere al proprio suicidio, la conseguenza logica sarebbe quella per cui l'infermo avrebbe diritto ad essere ucciso da un terzo, senza che lo Stato possa intervenire in alcun modo, per evitare di interferire con l'esercizio del diritto stesso».

<sup>84</sup> *The Queen on the Applications of Mrs. Diane Pretty v. Director of Public Prosecutions*, cit., par. 35-66.

<sup>85</sup> La dettagliata decisione della *House of Lords* è stata successivamente ripresa – in maniera pressoché integrale e con la medesima conclusione – dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, a seguito del ricorso della donna (*Pretty v. the United Kingdom*, [Application no. 2346/02], 29/4/2002).

Una questione del tutto simile si verificò dopo un breve turno di anni, sebbene con alcune differenze di ordine sostanziale<sup>86</sup>. Una donna (Debbie Purdy) era affetta da sclerosi multipla che, dopo averla già privata dell'uso degli arti, nel giro di qualche tempo l'avrebbe condotta a sopportare condizioni di vita difficilmente tollerabili. Quando ciò fosse accaduto, ella avrebbe voluto essere condotta dal marito in Svizzera dove – in virtù di una legislazione che consente le pratiche di eutanasia attiva – la si sarebbe assistita nel porre termine alla propria vita. L'inferma – consapevole che il coniuge avrebbe potuto essere successivamente incriminato, a norma della *section 2(1)* del *Suicide Act* del 1961, per aver agevolato il suo intento di suicidarsi – non chiese che fosse garantita al marito una anticipata immunità da parte del *Director of Public Prosecutions* (com'era avvenuto, senza esito favorevole, nel caso *Pretty*), ma che quest'ultimo Ufficio rendesse noto con precisione, restringendo in anticipo la propria discrezionalità, quali fossero le circostanze da valutare per procedere, o meno, ad una imputazione<sup>87</sup>. Si era già verificato, infatti, che un giovane tetraplegico fosse accompagnato dai propri genitori in Svizzera, dove era stato aiutato a realizzare il proposito suicida. I genitori stessi, tuttavia, non furono posti sotto accusa per avere agevolato il compimento del desiderio dell'infermo, atteso che il *Director of Public Prosecutions* ritenne non sussistere quell'interesse pubblico – considerato il fine compassionevole dell'azione – che costituisce il presupposto dell'azione penale; decisione, quest'ultima, assunta nonostante la norma incriminatrice non operi alcuna distinzione basata sulle finalità dell'atto che integra la fattispecie<sup>88</sup>.

La richiesta dell'istante, tuttavia, non sortì esito favorevole: la donna, dunque, ricorse all'Autorità giudiziaria, sostenendo che l'incertezza a riguardo dei criteri di incolpazione costituiva una diretta violazione dell'art. 8, comma 2, della CEDU, nella parte in cui stabilisce che l'ingerenza di una autorità pubblica nella vita privata e familiare può avvenire soltanto in conformità alla legge che, nel caso specifico, mancava di presupposti sicuri in ordine alla sua applicabilità<sup>89</sup>. Dopo che l'esito dei giudizi innanzi alla *High Court* ed alla *Court of Appeal* fu sfavorevole all'inferma, la *House of Lords* – successivamente all'aver compiuto una accurata ricostruzione del contesto normativo in cui si inseriva la fat-

<sup>86</sup> *R (on the application of Purdy) v. Director of Public Prosecutions*, [2009], UKHL, 45.

<sup>87</sup> «Ms Purdy does not ask that her husband be given a guarantee of immunity from prosecution (...) What she seeks is information. It is information that she says she needs so that she can take a decision that affects her private life» (*R (on the application of Purdy) v. Director of Public Prosecutions*, cit., par. 30).

<sup>88</sup> La *High Court* rilevò come «a partire dall'ottobre del 2002, almeno 90 cittadini inglesi sono andati all'estero al fine di ottenere una lecita assistenza al suicidio, ma in nessuno di questi casi è stato avviato un procedimento penale contro chi li ha aiutati, nonostante siano stati condotti accertamenti di polizia. Non sorprende, adesso, che la ricorrente ed il consorte vogliano conoscere in anticipo cosa accadrebbe loro nelle medesime circostanze» (*The Queen on the application of Debbie Purdy v. Director of Public Prosecutions*, [2008], EWHC, 2565 (Admin.), par. 6 e 30).

<sup>89</sup> Il rifiuto da parte del *Director of Public Prosecutions* di chiarire in anticipo quali fossero i criteri ispiratori della sua azione (se, cioè, fosse o meno aderente al *public interest* promuovere un'azione penale nei casi in cui l'aiuto al suicidio consisteva esclusivamente nell'accompagnare l'infermo in quei luoghi ove è ammessa l'eutanasia attiva) comportava, secondo la ricorrente, anche una indebita interferenza con la sua vita privata (art. 8, comma 1, Conv.). Se, infatti, costei avesse già saputo che la possibilità di una imputazione del marito era sufficientemente remota, avrebbe atteso sino all'ultimo momento utile per recarsi in Svizzera e suicidarsi. Al contrario, se l'incolpazione fosse stata pressoché certa, la donna sarebbe partita da sola quando avrebbe ancora potuto farlo, anticipando di parecchio la sua morte rispetto alla prima ipotesi (*R (on the application of Purdy) v. Director of Public Prosecutions*, cit., par. 31).

tispecie, anche attraverso un opportuno richiamo ai precedenti maggiormente significativi – evidenziò come il principio di legalità sottostante alla Convenzione EDU richiede che il provvedimento di legge, in base al quale possa dirsi giustificata una compressione del diritto al rispetto della vita privata ad opera di una autorità pubblica, debba essere «sufficientemente preciso e comprensibile, in modo da consentire al cittadino di prevedere con facilità le conseguenze delle proprie azioni e di regolarsi di conseguenza»<sup>90</sup>. Una volta chiarito questo presupposto, la Corte rilevò come, nel caso specifico della *section 2(1)* del *Suicide Act*, vi fosse un profondo iato tra la declamazione della regola per cui è punibile l'aiuto al suicidio e la sua concreta applicazione nelle fattispecie – come quella in questione – dove il movente compassionevole sembra obliterare quell'interesse pubblico al promovimento dell'azione penale; con la conseguenza di una profonda e diffusa incertezza sociale e di una sensazione sgradevole di eccessiva discrezionalità, in un ambito così delicato e carico di emotività in cui, invece, sarebbero necessarie regole di pronta interpretazione e inequivoca applicazione. La conclusione, quindi, fu quella di accogliere l'istanza della ricorrente, con il contestuale invito rivolto al *Director of Public Prosecutions* di emanare delle linee-guida utili ad identificare in anticipo e con precisione i fatti e le circostanze al cui ricorrere avrebbe in futuro esercitato (o non esercitato) l'azione penale, nei casi di assistenza al suicidio di infermo consenziente<sup>91</sup>.

La *House of Lords*, nel risolvere il caso *Purdy*, ha dimostrato una non comune sensibilità, insieme ad una sopraffina capacità di mantenere un delicatissimo equilibrio tra un contesto sociale non ancora pronto alla legalizzazione dell'eutanasia attiva e le comprensibili sollecitazioni di coloro che cercano di sfuggire – attraverso l'esercizio della propria autodeterminazione – ad una vita diventata insopportabile. La Corte, infatti, ha avuto ben presente la difficoltà insita nel regolamentare per legge una materia densa di implicazioni morali e mutevole con la differente percezione individuale del tema; al contempo, comunque, non ha voluto esimersi dal compito di favorire l'indicazione di criteri certi, necessari come guida a chi – per le contingenze della vita – si trovi smarrito ed indifeso. L'intento è stato dichiarato in forma esplicita, anche se celato in una definizione del ruolo della stessa Corte, secondo la quale «in via preliminare, deve essere messo nella giusta evidenza come non rientri tra i compiti dei giudici cambiare la legge, in modo da depenalizzare l'assistenza al suicidio. Se questo mutamento di rotta deve avvenire, questo sarà compito preciso del Parlamento (...) La nostra funzione è quella di individuare i precetti normativi ed applicarli e, se questi sono incerti, fare tutto ciò che è possibile per renderli chiari»<sup>92</sup>. La soluzione, quindi, è stata quella di supplire ad una carenza legislativa – resa necessaria dalla mancanza di consenso sociale – attraverso la predeterminazione di quei fattori di giudizio che, lungi dal legalizzare le pratiche eutanasiche, sono sommamente utili a fungere da appiglio a chi si trova costretto dalla malattia a compiere un cammino accidentato ed intrinsecamente doloroso. Fattori, questi ultimi, che la *House of Lords* saggiamente si astenne dal fissare essa stessa, del tutto consapevole della portata normativa dei propri precedenti, affidandone la determinazione al *Director of Public Prosecutions*, nella forma di linee-guida prive di una effettiva cogenza impegnativa. Questa scelta, tuttavia, non sarebbe riuscita nell'intento.

<sup>90</sup> *R (on the application of Purdy) v. Director of Public Prosecutions*, cit., par. 40.

<sup>91</sup> *R (on the application of Purdy) v. Director of Public Prosecutions*, cit., par. 54-56.

<sup>92</sup> *R (on the application of Purdy) v. Director of Public Prosecutions*, cit., par. 26.

### 3.1 (segue) la *policy* del *Director of Public Prosecutions* sul suicidio assistito e il successivo (ma non differente) atteggiamento della giurisprudenza inglese

La questione posta dalla *House of Lords* nel caso *Purdy* si inseriva, dunque, in un panorama connotato da contorni incerti e sfumati. La regolamentazione del compimento di atti eutanasi – nella forma dell’assistenza al suicidio dell’infermo – si trovava, infatti, su un periglioso crinale, stretto tra i dubbi di un contesto sociale non ancora pronto a fornire al Parlamento una indicazione precisa sul tema; e, dall’altro versante, l’esigenza di fornire uno strumento valido per l’esercizio dell’autodeterminazione di quei soggetti che, costretti da una malattia a patire uno stato afflittivo, desideravano essere messi nelle condizioni di porre termine ad un’esistenza divenuta un peso insopportabile. La soluzione della Corte fu, allora, figlia di un difficile esercizio di equilibrio, portato a compimento attraverso l’attribuzione al *Director of Public Prosecutions* dell’onere di specificare quali sarebbero stati i criteri che, in futuro, avrebbero condotto l’Ufficio a procedere (o a non procedere) all’incriminazione di chi avesse in qualche modo agevolato il suicidio di un soggetto. Non si trattava, dunque, di regole dal valore coattivo quanto, piuttosto, di linee-guida la cui funzione rimaneva circoscritta all’interno dell’Ufficio e che, al contempo, avrebbero costituito una sorta di canone di indirizzo per coloro che, a vario titolo, fossero stati interessati al tema.

La medesima questione – osservata, questa volta, attraverso il punto di vista del destinatario di quell’invito – era tale, tuttavia, da provocare un palpabile disagio. L’azione che il *Director* era chiamato a compiere, di certo, non poteva essere annoverata tra le più semplici, posto che il rischio era quello di restringere eccessivamente la portata della norma penale, attraverso una sorta di salvacondotto dovuto a criteri di incriminazione dalle maglie troppo larghe, con una surrettizia invasione nel campo del legislatore; al contrario, una determinazione dei criteri stessi dai contorni eccessivamente vaghi ed ambigui sarebbe stata in patente contraddizione con la prescrizione della *House of Lords* che, invece, richiedeva l’enunciazione di regole chiare, certe e di semplice interpretazione.

Il *Director of Public Prosecutions*, dunque, fu particolarmente cauto nello svolgere il compito assegnatogli dalla Corte, tanto che – già dall’introduzione al documento che contiene la *policy* per l’imputazione nel reato di incoraggiamento ed assistenza al suicidio – traspare una decisa volontà indirizzata verso un duplice obiettivo. In primo luogo, infatti, l’Ufficio si è preoccupato di assicurare che il significato e lo scopo di questa regolamentazione non fossero tali da modificare in alcun modo la vigente legislazione penale in materia<sup>93</sup>; in secondo luogo, il *Director* ha rivolto una particolare attenzione a non rimanere ingessato all’interno di precetti che avrebbero in qualche modo potuto limitarne l’azione o, anche, soltanto restringerne la discrezionalità<sup>94</sup>. Il risultato di queste premesse è stato,

<sup>93</sup> «Queste linee di condotta in nessun modo servono a depenalizzare la condotta criminosa. Niente di quanto in esse contenuto può essere utile ad assicurare che una persona sarà esente da responsabilità penale, dopo avere commesso un’azione diretta ad incoraggiare o ad agevolare il suicidio di qualcuno» (*Policy for Prosecutors in Respect of Cases of Encouraging or Assisting Suicide*, Feb. 2010, updated Oct. 2014, par. 6).

<sup>94</sup> «Ciascuna fattispecie deve essere considerata tenendo conto degli specifici elementi che la compongono. L’Ufficio deve valutare le circostanze specifiche che possono, in maniera differente l’una dall’altra, avere influenza sul giudizio in merito all’interesse pubblico al promovimento dell’azione penale. Nonostante in qualche caso potrebbero essere presenti dei fattori che, di regola, giocano contro l’incriminazione del soggetto agente, il *Director* potrebbe comunque decidere di sottometerli al giudizio di una Corte» (*Policy for Prosecutors in Respect of Cases of Encouraging or Assisting Suicide*, cit., par. 39).

dunque, quello di una elencazione di una doppia serie di fattori il cui ricorrere – ferma rimanendo la corrispondenza della condotta dell'agente con la fattispecie penale di cui alla *section 2(1)* del *Suicide Act* del 1961 – rende più probabile ovvero, rispettivamente, meno scontata l'incriminazione.

Lungi dal voler procedere con una semplice enumerazione di questi elementi di giudizio, pare più opportuno una sorta di disamina ragionata che evidenzi sia l'intelaiatura logica sottostante alla loro elaborazione, sia le eventuali criticità rimaste irrisolte o, addirittura, provocate dal documento.

La prima circostanza che ha un certo risalto è data dall'osservare come l'insieme dei fattori sia maggiormente concentrato sulla figura dell'agente (definito come *suspect*) e poche notazioni siano riservate, invece, alla *victim*. In riferimento a quest'ultima, infatti, si pone in rilievo soltanto – nel presupposto che sia maggiore di età e dotata di effettiva capacità di discernimento – come la sua volontà di porre termine alla propria vita debba essere chiara, informata<sup>95</sup> ed espressa in modo inequivocabile, senza alcuna coazione da parte del sospettato o di terzi. Nessun riferimento, invece, è rivolto alla condizione patologica che dovrebbe fungere da presupposto al desiderio suicida, sia con riguardo alla gravità delle condizioni la cui insopportabilità giustificerebbe l'anelito di morte sia – ed è ciò che più sorprende – all'esistenza stessa di una malattia; l'unico rimando che pare sottintendere uno stato di sofferenza della vittima è quello che richiama il movente compassionevole dell'indiziato, quale ragione che tenderebbe ad escluderne l'incriminazione. Una scelta siffatta, da parte del *Director of Public Prosecutions*, potrebbe essere motivata dalla difficoltà di discernere – nel decidere se procedere o meno all'imputazione – tra le malattie e le relative sofferenze che giustificerebbero quel «motive compassionevole», con il rischio di creare una ingiusta discriminazione, anche con riguardo al differente (ed estremamente soggettivo) grado di sopportazione individuale<sup>96</sup>. Tuttavia, non si può evitare di notare come il mancato aggancio all'esistenza di una patologia comporti una eccessiva slabbratura dell'ipotesi di non perseguibilità dell'aiuto al suicidio, contrappuntata dal necessario esercizio di una ampia discrezionalità da parte del *Director*, nel decidere se una determinata fattispecie debba essere, o meno, causa di imputazione del *suspect*.

L'approfondimento maggiore contenuto nella *policy*, come si diceva, è quello compiuto con riferimento alla figura dell'indagato, il quale non deve avere in alcun modo spinto o persuaso la vittima ad assumere una decisione autolesionista ed anzi, al fine di evitare l'incolpazione, dovrebbe avere cercato di dissuaderlo da quei propositi, anche attraverso il mostrarsi riluttante ad acconsentire a quanto richiestogli. Il dato più significativo, comunque, è quello che può trarsi da una serie di fattori elencati nel documento, utili a rappresentare l'intento del *Director of Public Prosecutions* di procedere senz'altro all'incriminazione di chi agevoli l'altrui suicidio all'interno di un rapporto di natura sanitaria che lo lega alla vittima, ovvero di chi agisca nella qualità di componente di un ente dedito a favorire il suicidio stesso. Questi elementi, nel loro insieme, sono dunque univoci nel condurre ad una semplice conclusione: la *policy* prefigura la possibilità di non procedere nell'azione penale quando la condotta dell'agente si inserisce all'interno di «uno scenario ideale, nel quale trovano posto una vittima con

<sup>95</sup> La *policy* non contiene alcun rimando in ordine al tipo di informazioni di cui debba essere edotto chi vuole aiuto da terzi per porre termine alla propria vita, così come è assente qualsiasi specificazione in ordine al grado di consapevolezza – così come all'oggetto della conoscenza – richiesto alla vittima, per evitare l'imputazione di chi gli abbia prestato aiuto nel realizzare il proprio progetto di morte.

<sup>96</sup> Cfr. P. LEWIS, *Informal legal change on assisted suicide: the policy for prosecutors*, in *Legal Studies*, 1, 2011, 125 ss.

una volontà ferma di porre termine alla propria vita ed un indiziato poco propenso ad assecondarne il volere»<sup>97</sup>, senza che quest'ultimo sia legato al primo da un rapporto di cura e, del pari, senza che faccia parte di una organizzazione o struttura votata ad agevolare l'eutanasia, nelle sue differenti espressioni e modalità.

L'esito complessivo delle disposizioni pare rinviare a due semplici considerazioni. In primo luogo, è evidente come le linee-guida favoriscano soltanto coloro che abbiano la possibilità economica (o le condizioni di salute) per recarsi in quei luoghi (come, ad esempio, la Svizzera) ove operino, in maniera professionale, dei soggetti capaci di assecondare il desiderio di morte di un individuo, nella maniera migliore possibile. L'impossibilità di ricorrere a questi ausili in Inghilterra, infatti, espone la vittima ai rischi connessi all'assistenza di soggetti impreparati – anche emotivamente – al compito che gli è richiesto: non ultimo quello relativo alla possibile mancanza di capacità di indagare a fondo circa la reale sussistenza della volontà di morte, così come di accertare possibili vizi nel processo deliberativo dovuti, ad esempio, ad uno stato depressivo non diagnosticato. In secondo luogo, il mancato riferimento alle sofferenze connesse ad una patologia, quali presupposto del desiderio di porre termine alla propria esistenza, determina un ampliamento forse eccessivo della platea dei soggetti che potrebbero ricorrere al suicidio assistito, posto che non sempre sono sufficienti – quali elementi di contenimento – il richiamo al «movente compassionevole», così come la circostanza che la vittima non deve essere fisicamente capace di compiere quell'atto in cui si sostanzia l'altrui assistenza. L'effetto più appariscente della *policy*, dunque, è stato riassunto da chi ha sottolineato come «l'aspirazione del *Director of Public Prosecutions* di evitare che la proposizione dei criteri di condotta apparisse come una surrettizia creazione di un sistema in cui l'eutanasia è regolamentata per legge ha, in realtà, aperto la porta al suicidio assistito in quei casi in cui questo non sarebbe ammesso negli ordinamenti in cui è disciplinata l'eutanasia stessa e, al contempo, ha esposto ad un concreto rischio di incriminazione coloro che sono in grado di apportare una indispensabile assistenza professionale»<sup>98</sup>.

Questa analisi, tuttavia, sconta una lettura forse soltanto superficiale del tema, compiuta senza tenere debito conto della regola posta a chiusura del documento, secondo la quale «these lists of public interest factors are not exhaustive and each case must be considered on its own facts and on its own merits»<sup>99</sup>. L'ampio margine di discrezionalità che l'Ufficio si è riservato con questo inciso – non per caso situato a compendio della disciplina – sottintende, infatti, il modo attraverso il quale il *Director of Public Prosecutions* si è in realtà sottratto al compito che gli era stato assegnato dalla *House of Lords* nel caso *Purdy* ed a cui ha dovuto sottostare con evidente riluttanza salvo, poi, eluderlo in concreto. Il paventato rischio di quei guasti appena sopra denunciati è, dunque, annullato sia dall'evidenza per cui la *policy* non possiede alcuna efficacia impegnativa esterna all'Ufficio, sia da quella autonomia decisionale alla quale l'Ufficio stesso non ha rinunciato nel determinare quando occorra, o meno, perseguire penalmente le condotte di aiuto al suicidio. Siffatto atteggiamento, comunque, non dovrebbe sorprendere, posto che già nel sotto-testo della decisione assunta dalla Corte era perfettamente leggibile la ritrosia degli stessi giudici ad ammettere, in seno all'ordinamento inglese, la piena ammissibilità del suicidio assistito. Se così non fosse stato, infatti, la *House of Lords*

<sup>97</sup> P. LEWIS, *op. cit.*, 131.

<sup>98</sup> P. LEWIS, *op. cit.*, 133.

<sup>99</sup> *Policy for Prosecutors in Respect of Cases of Encouraging or Assisting Suicide*, cit., par. 47.

avrebbe potuto stabilire essa stessa dei criteri a regolamento della fattispecie, con l'efficacia vincolante propria dei suoi precedenti; in alternativa, avrebbe potuto demandare al legislatore il compito di provvedere, attraverso una legge dotata di forza impositiva. L'aver rimesso la questione alla semplice determinazione, da parte del *Director of Public Prosecutions*, di criteri di imputazione – privi del potere di impegnare lo stesso Ufficio e, a maggior ragione, i terzi – è stato, invece, un preciso segnale della piena consapevolezza della stessa Corte di agire in un contesto sociale non ancora pronto a recepire simili innovazioni in tema di eutanasia. In definitiva, allora, l'effetto della decisione del caso *Purdy*, in una sorta di gioco di sponda con il *Director of Public Prosecutions*, è stato quello di cambiare tutto, perché tutto rimanesse com'era.

Il contesto adesso descritto costituisce il sostrato a fondamento del caso *Nicklinson*, richiamato nell'ordinanza della Corte costituzionale adesso in commento. La fattispecie era quella di un uomo, il quale soffriva di una patologia che lo aveva del tutto paralizzato ma che, al contempo, non ne metteva a rischio la vita. La situazione di assoluta immobilità divenne insopportabile e, per tale ragione, l'infermo decise di porre termine alla propria esistenza, attraverso l'uso di un macchinario che, attivato con il movimento degli occhi, gli avrebbe iniettato una sostanza letale. Tale operazione, tuttavia, necessitava dell'assistenza di un medico il quale – secondo le linee-guida dell'*Office of Public Prosecutions*<sup>100</sup> – sarebbe stato imputabile a norma della *section 2(1)* del *Suicide Act* del 1961. Il paziente, quindi, decise di rivolgersi alla *High Court*, al fine di ottenere una decisione che dichiarasse l'incompatibilità della normativa vigente in tema di aiuto al suicidio con il diritto al rispetto della propria vita privata (sancito dall'art. 8 CEDU) a causa della mancata distinzione tra chi ha la necessità di ricorrere all'aiuto di un terzo per porre termine alla propria esistenza e chi, invece, potrebbe suicidarsi senza ricorrere all'ausilio altrui. In seguito al rifiuto opposto alla sua istanza, Mr. Nicklinson ricorse – senza esito favorevole – alla *Court of Appeal* e, finalmente, alla *Supreme Court* innanzi alla quale la sua richiesta fu trattata e decisa insieme a quelle di altre due persone che versavano in una identica situazione. La Corte rese una sentenza che evidenziò una netta spaccatura tra i suoi nove componenti, i quali espressero *opinions* estremamente articolate. In particolare, cinque giudici ritennero che la *Supreme Court* avrebbe potuto attestare l'incompatibilità della *section 2(1)* del *Suicide Act* con l'art. 8 CEDU nel senso richiesto dal ricorrente. Tre di loro, tuttavia, ritennero che non era opportuno farlo in quel giudizio, senza che il Parlamento avesse avuto preventivamente la possibilità di valutare la questione alla luce del giudizio stesso, mentre gli altri due stimarono i tempi già sufficientemente maturi. I rimanenti quattro componenti, infine, asserirono che la questione – a cagione della asperità del tema – fosse di stretta competenza parlamentare e, per tale ragione, fu respinta la domanda del ricorrente.

L'invito che la *Supreme Court* rivolse al Parlamento britannico – attraverso l'articolata motivazione del caso *Nicklinson* e, soprattutto, con il messaggio sottinteso nella spaccatura che attraversò le *opinions* dei nove componenti la Corte – non ottenne, tuttavia, gli effetti auspicati. Nel tempo, infatti,

<sup>100</sup> Con riferimento alla *policy* elaborata dal *Director of Public Prosecutions*, la *Supreme Court* sostenne che «la Corte può senz'altro invitare l'Ufficio ad elaborare delle linee-guida, ma di certo non può dettarne il contenuto (...) Il necessario esercizio della discrezionalità da parte del *Director*, la varietà di fattori rilevanti nel singolo caso concreto e l'opportunità di assegnare ad essi un peso differente a seconda delle circostanze sono tutte caratteristiche opportune, oltre che costituzionalmente rilevanti, del nostro sistema di incriminazione nel pubblico interesse» (cfr. par. 141, 249, 271).

sono stati presentati una serie di progetti di legge<sup>101</sup> sull'ammissibilità, a certe condizioni, dell'assistenza al suicidio senza che, tuttavia, essi siano stati trasformati in norme effettive a governo della materia.

L'inerzia del legislatore, particolarmente in alcune vicende che coinvolgono gli aspetti più sensibili dell'esistenza, mal si concilia con le esigenze poste dalla vita reale e reclamate dagli uomini, i cui interlocutori immediati rimangono i giudici ai quali si chiede un intervento sostitutivo dei compiti propri della politica. La questione circa i presupposti di ammissibilità dell'aiuto al suicidio, quindi, è stata di nuovo oggetto di esame, parecchio di recente, da parte della giurisprudenza inglese<sup>102</sup>. Il caso – in breve sintesi – riguardò un uomo (Noel Conway) affetto da una malattia neuro-motoria dalla prognosi infausta, che lo avrebbe condotto al decesso entro un breve turno di tempo. Egli, vinto dalle sofferenze che la malattia gli procurava e dalla situazione di prostrazione fisica che gli imponeva una condizione esistenziale non aderente a canoni di dignità, cercò di ottenere una dichiarazione giudiziaria di incompatibilità della *section 2(1)* del *Suicide Act* del 1961 (che, come detto, incrimina l'assistenza al suicidio) con il diritto al rispetto della propria vita privata di cui all'art. 8 della CEDU; in subordine – nel sottinteso convincimento del rigetto di siffatta istanza – propose alla Corte adita di far proprio una sorta di schema, sintesi delle circostanze e delle modalità in base alle quali potesse essere autorizzato l'aiuto al suicidio, in larga parte ispirato al contenuto delle proposte di legge giacenti in Parlamento.

Non è questo il contesto ove esaminare nel merito il progetto presentato dall'infermo alla Corte, dato che il presente scritto ha la diversa finalità di descrivere il ruolo che la giurisprudenza italiana ed inglese si assegnano nel decidere le questioni in cui sono coinvolte le ipotesi di eutanasia attiva, nelle forme di assistenza prestata a chi vuol togliersi la vita. In quest'ultimo ambito, invece, è opportuno soffermarsi sulla decisione della *Court of Appeal* – con particolare riferimento alle sottintese ragioni di essa – consistente nel rifiuto di aderire alla sollecitazione del ricorrente. La sentenza può essere letta in due differenti piani: il primo, posto in superficie, è connotato da una serie di ragioni tecniche che, da un lato, giustificano la dichiarata infondatezza della pretesa incompatibilità della *section 2(1)* del *Suicide Act* del 1961 con l'art. 8 CEDU; d'altro lato, confutano l'esistenza di un vantaggio connesso alle proposte fatte dal Conway in merito alle condizioni di ammissibilità del suicidio assistito. Il livello inferiore di lettura, connesso ad una sorta di sotto-testo, assume un interesse maggiore in quanto denuncia il persistente disagio dei giudici nel sostituirsi ad un legislatore inerte. Il riferimento preciso è ad una ben determinata affermazione compiuta dalla *Court of Appeal*, secondo la quale «non può esistere dubbio alcuno circa il fatto che il Parlamento sia il luogo maggiormente idoneo a deliberare in merito al suicidio assistito, proprio in vista delle opinioni conflittuali e foriere di contestazioni presenti all'interno del contesto sociale su temi di natura etica, sottese ai rischi ed alle potenziali conseguenze di un mutamento normativo come quello che comporterebbe una eventuale adesione a quanto proposto da Mr. Conway»<sup>103</sup>.

Ancora una volta, quindi, si assiste ad una sorta di dialogo muto tra il legislatore ed i giudici inglesi. Il primo, al quale spetterebbe il compito di pronunciarsi su questioni così urticanti e innervate in pro-

<sup>101</sup> Il richiamo è al «Falconer Bill» del giugno 2015 ed al «Hayward Bill» del giugno 2016.

<sup>102</sup> *R (Conway) v. Secretary of State for Justice*, [2018], EWCA Civ., 1431.

<sup>103</sup> *R (Conway) v. Secretary of State for Justice*, cit., par. 186.

fondità nella sensibilità sociale, si mostra neghittoso nel non dare corso al varo di una normativa a regolamento degli atti eutanasi. I secondi – nella piena consapevolezza del valore cogente delle sentenze, in un contesto ove esse hanno valore di precedente vincolante – cercano di sfuggire ad un compito che non è proprio, rinunciando ad un'opera di supplenza in un ruolo che la politica non può delegare. L'esito ultimo di questo continuo rimbalzo, tuttavia, è inciso sulla carne viva di coloro che cercano di sottrarsi ad una esistenza piena soltanto di sofferenze, la cui sorte meriterebbe un coraggio da parte di chi ha il compito di decidere (legislatore o giudici che siano) almeno pari a quello con cui gli stessi infermi affrontano ogni singolo giorno della propria vita. Sotto questo aspetto, purtroppo, il raffronto tra ordinamenti diversi si appiattisce innanzi ad una sostanziale uniformità di comportamenti e di mancate soluzioni.

*Esays*



## La legge n. 219 del 2017 e la disciplina del fine-vita tra principi costituzionali e problemi aperti. Spunti di riflessione

Ornella Spataro\*

*Ornella Spataro*

LAW NO. 219 OF 2017 AND THE REGULATION OF THE END OF LIFE BETWEEN CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND OPEN PROBLEMS

ABSTRACT: The law no. 219 of 2017 intervened, after an almost thirty-year debate, to introduce a discipline, though still incomplete, of the end of life. It is the first legislative intervention expressed in a matter on which, until recently, there were doubts that the State could intervene. The legislation is constructed by general clauses, which incorporate the jurisprudential right, guaranteeing that the person has possibility for autonomous decisions on how to live the terminal phases of a pathological state that approaches to death. However, it cannot be assumed that it is only a recognition of the already living right, since, in art. 1, the definition of the axiological framework of reference contains important elements, which open the way to further orderly developments. In this sense go the disarticulation of therapeutic self-determination from the right to health, as well as the qualification of the right to life as a subjective right, capable of balancing with the other constitutional rights. This determines new balances between constitutional values, which have immediate repercussions on the legislation in civil and criminal matters, of which, as the Cappato case shows, it becomes necessary to carry out an interpretative or legislative adaptation. The article wants to highlight how the discipline set by the law n. 219 of 2017, from a constitutional point of view, do not limits itself to filling a gap in the legal system by incorporating the interpretation of constitutional principles already established in the courtrooms, but contains elements that could push this interpretation towards further outcomes, with the recognition of new and wider spaces of decision for the individual.

KEYWORDS: End-life; judicial interpretation; constitutional principles; subjective rights; right to life

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La legge n. 219 del 2017 come intervento bidirezionale: tra razionalizzazione del diritto vivente e configurazione di un nuovo quadro assiologico – 2.1. Segue. La legge n. 219 del 2017 come intervento bidirezionale: una nuova cornice assiologica per le scelte sul fine-vita. Diritto alla vita, dignità, autodeterminazione verso nuovi equilibri – 3. La questione dell’adattamento dell’ordinamento giuridico al nuovo quadro assiologico. In particolare, l’impatto sull’art. 5 del codice civile e sugli artt. 579 e 580 del codice penale.

\* *Professoressa associata di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Palermo. E-Mail: [ornella.spataro@unipa.it](mailto:ornella.spataro@unipa.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

## 1. Premessa

L'evoluzione della scienza in campo biologico, incidendo sul rapporto tra la dimensione dell'individualità umana e le basi elementari dell'esistenza, ha aperto, com'è noto, scenari inediti: l'ingegneria genetica, la clonazione, la fecondazione artificiale, l'eutanasia, l'accanimento terapeutico, la libertà di cura, identificano solo segmenti parziali rispetto all'ampiezza delle problematiche che si offrono al dibattito pubblico, e su cui si domanda ormai da più parti una disciplina giuridica più aggiornata e consapevole.

L'esperienza giuridica è investita in pieno da queste profonde tensioni, che chiamano in causa le sue categorie tradizionali, come il concetto stesso di persona, l'autonomia individuale, il rapporto delle azioni umane con il tempo dell'esistenza in vita, e con l'idea stessa che ciascuno abbia di ciò che vita deve considerarsi: man mano che il progresso delle biotecnologie offre possibilità di interazione su fatti che prima erano lasciati al dominio delle leggi della natura, cambia la relazione tra ordinamento giuridico e persona fisica, imponendo il raggiungimento di nuovi equilibri<sup>1</sup>. Se si aprono spazi nuovi per le decisioni umane, si pongono, correlativamente, nuove esigenze di regolazione giuridica: lo sviluppo scientifico rende possibili dinamiche inedite, che determinano esiti in precedenza imprevedibili in ordine al rapporto degli individui con la vita e con il proprio corpo, e che devono essere ricondotte a canoni di coerenza con i principi fondativi dell'ordinamento giuridico.

È chiaro che, laddove si incide sui fatti fondamentali della vita, si sconfinava in temi che hanno profondissime implicazioni etiche e religiose, prima ancora che sociali o politiche, e che si prestano ad una nettissima polarizzazione a seconda dei presupposti da cui ciascun soggetto guarda alle medesime questioni. Tale sostanza etica accresce la dimensione di complessità che già è insita nel rapporto tra diritto e scienza: se la formazione del diritto è troppo lenta in confronto ai ritmi della conoscenza scientifica e delle sue applicazioni tecnologiche, risentendo, dunque, dell'intrinseca instabilità derivante dall'incalzare delle nuove scoperte<sup>2</sup>, nei campi della biotecnologia la mediazione politica è ostacolata ulteriormente dalla difficoltà di trovare una sintesi condivisa tra i diversi modelli etici, religiosi, filosofici e ideologici presenti nel tessuto sociale.

Tuttavia, in un contesto storico in cui l'inizio e la fine della vita non sono più accadimenti incontrovertibili, che l'ordinamento può assumere come dato, ma, piuttosto, eventi suscettibili di manipolazione umana, diventa necessario che il sistema trovi le risorse idonee a garantire interventi conformativi, mediante regole giuridiche che possano orientare il comportamento dei soggetti e le decisioni dei giudici: se la nascita e la morte sono sottratte al dominio delle leggi naturali, per diventare l'approdo di processi governati dalla biomedicina, diventa imprescindibile la configurazione di apparati regola-

<sup>1</sup> Nell'amplessima letteratura v., per tutti, H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1990; S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995; A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005; M. VOLPI (a cura di), *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, Bologna, 2001; F. PUZZO, *Progresso bio-tecnologico, personalismo costituzionale e diritto alla vita*, in *forumcostituzionale.it*, 6, 2012; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. II. Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano, 2012.

<sup>2</sup> V. S. RODOTÀ, *Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione*, in G. COMANDÈ, G. PONZIANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, 398 ss., e, ivi, A. CERRI, *Diritto-scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, 368 ss.

tivi che diano legittimazione alle applicazioni scientifiche, ponendone i limiti<sup>3</sup>. L'alterazione della dimensione di naturalità della morte, in particolare, con la possibilità dell'applicazione di tecniche e di apparati che dilatano lo spazio temporale che conduce alla fine dell'esistenza, ha avuto conseguenze dirimpenti sulla concezione dei diritti legati al corpo, alla salute, e alla vita, aprendo la strada alla rivendicazione di decisioni individuali riguardo al modo in cui ciascuno ritiene di potere affrontare la questione dei confini biologici della propria vita.

Entrano qui inevitabilmente in gioco le concezioni personali che ciascuno abbia maturato sulle categorie fondamentali dell'esistenza e della dignità; mentre i casi giurisprudenziali che, con clamorosa drammaticità, si sono presentati all'opinione pubblica, hanno focalizzato l'attenzione sui risvolti pratici connessi alla titolarità del potere decisionale sull'applicazione delle suddette tecnologie, per l'eventualità che il soggetto interessato non sia più in condizione di esprimere la propria volontà, o non sia in grado, da solo, di provocarne l'interruzione. Dunque, la possibilità di prolungare le energie vitali per un periodo, che può essere anche molto lungo, se non indefinito, nel quale un soggetto, biologicamente esistente, non può operare come individuo autonomo e consapevole, ha determinato la necessità di una regolamentazione.

D'altronde, tale necessità è ampiamente dimostrata dalle iniziative che, in materia, erano state già intraprese a vari livelli ordinamentali: il tentativo di disciplinare la materia con la previsione di disposizioni anticipate di trattamento era già stato compiuto da leggi regionali, dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale per violazione della competenza statale esclusiva in materia di ordinamento civile<sup>4</sup>, mentre molti Comuni, in assenza di una legge in materia, e proprio per evidenziarne la necessità, avevano istituito registri per la raccolta delle disposizioni anticipate di trattamento, talvolta in risposta a petizioni popolari<sup>5</sup>. Anche in quest'ultimo caso si è trattato di iniziative eccedenti rispetto alla competenza deliberativa degli Enti interessati, di valore simbolico, volte a dare risonanza ad una sensibilità affiorante dalla base sociale: i registri comunali, in assenza di base normativa, lungi dall'aver valore vincolante sul piano dell'autodeterminazione terapeutica, potevano servire ad acclarare la volontà del soggetto nei casi controversi<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, in particolare 16 ss., dove si mette in evidenza come al mutamento del paradigma biologico, ad opera delle applicazioni della scienza sull'essere umano, deve conseguire necessariamente il mutamento del paradigma giuridico.

<sup>4</sup> In tal senso la l. n. 4 del 2015 della Regione Friuli Venezia Giulia, recante l'«Istituzione del registro regionale per le libere dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario (DAT) e disposizioni per favorire la raccolta delle volontà di donazione degli organi e dei tessuti», dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con sent. n. 262/2016; la legge della Regione Calabria n. 27 del 2014, in materia di donazione di organi e tessuti, dichiarata illegittima con sent. n. 195/2015, e la proposta di legge, in realtà mai approvata, presentata presso il Consiglio regionale del Veneto, recante Disposizioni in materia di disposizioni anticipate di trattamento sanitario (DAT). Al riguardo, cfr. L. BUSATTA, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento, tra ordinamento civile e «ragioni imperative di uguaglianza»*, in *Le Regioni*, 3, 2017, 576 ss.

<sup>5</sup> Si tratta dei Comuni di Milano, Torino, Aosta, Bologna, Genova, Lucca, Roma, Napoli, Avellino, Caserta, Palermo, Cagliari, assieme ad una pletera di Comuni di più piccole dimensioni. V. S. ROSSI, *Tre ministri e una circolare: nota sui registri comunali delle dichiarazioni anticipate*, in *forumcostituzionale.it*, 9 febbraio 2011, e R. FATTIBENE, *A chi spetta la "disponibilità della disponibilità della vita"? La disciplina del fine-vita come occasione di riflessione sulla partecipazione democratica nelle questioni biogiuridiche*, in *Oss. AIC.*, 3, 2018, 523 e ss.

<sup>6</sup> È adesso subentrato l'intervento sanante della l. 217, che con una disposizione transitoria (art. 6), riveste i registri comunali già istituiti della efficacia giuridica di cui erano in precedenza privi.

Affiorava, dunque, dalla comunità sociale una richiesta di regolamentazione, che, per altro verso, trova un riflesso speculare nelle istanze di tutela giurisdizionale culminate in pronunce clamorose, che, per molti profili, hanno anticipato, come si diceva, la normazione legislativa.

Da ultimo, la legge n. 219 del 2017, recante “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”, è intervenuta, a settant’anni dall’approvazione della Costituzione repubblicana, a razionalizzare i risvolti contenutistici che, già da tempo, erano stati ricavati dalla lettera dell’art. 32, comma 2, sul piano del consenso informato, e su quello, ben più controverso, delle disposizioni anticipate di trattamento.

Se, da una parte, la disciplina in questione è stata da più parti salutata come risposta doverosa a una richiesta di normazione promanante dal tessuto sociale, essa, dall’altra parte, è ben lontana dall’aver fornito un apporto risolutivo alle problematiche coinvolte nella questione cruciale della fine della vita. Dalla sua approvazione, infatti, si è aperto un ulteriore fronte del dibattito sulla possibilità delle scelte umane in tali drammatici frangenti, alimentato dalle lacune<sup>7</sup> che, vistosamente, emergono dal testo normativo, e che, in parte, sono state evidenziate dalla clamorosa decisione della Corte costituzionale assunta con l’ordinanza n. 207 del 2018<sup>8</sup>. Anche un’analisi comparatistica, d’altronde, fa emergere, dal confronto con altri ordinamenti, soluzioni normative idonee a coprire fattispecie più diversificate<sup>9</sup>: resta, infatti, del tutto impregiudicata la questione della possibilità di decidere sulla fine della propria vita nell’ipotesi di diagnosi infausta e di condizioni ritenute contrarie al principio di dignità della persona, compiendo opzioni eutanasiche<sup>10</sup>, sulle quali il dibattito è tuttora aperto, nell’opinione pubblica come nelle aule di giustizia.

Il modello regolativo offerto dalla legge in commento si disvela, dunque, in tutta la sua incompiutezza: esso disciplina solo una delle fattispecie che si possono presentare sul piano delle scelte sul fine vita; inoltre, offre delle indicazioni di massima, interlocutorie, fondate su opzioni di orientamento generale, che sottendono l’impossibilità di raggiungere soluzioni completamente condivise su temi così impegnativi sul piano della sensibilità di ciascuno, e che richiedono un’integrazione sul piano interpretativo-applicativo, oltre che su quello della normazione positiva. La realtà è che su argomenti, quale quello che qui ci interessa, dove alla diversità dei casi concreti si sommano le peculiarità dei singoli individui per visione culturale, credo religioso, sensibilità morale, determinando differenze importanti, è impossibile la pretesa di raggiungere un impianto normativo organico e puntuale. In un simile contesto, una tecnica legislativa imperniata su principi e clausole generali presenta il vantaggio di potersi adeguare, in senso diacronico, al divenire rapido della tecnoscienza e della medicina, e di consentire, su un piano sincronico, la salvaguardia del pluralismo dei valori di riferimento: se ne avrà

<sup>7</sup> Sui contenuti della disciplina posta dalla legge n. 219 del 2017, e sulle relative lacune, v., analiticamente, G. BALDINI, *La legge 219/2017 tra molte luci e qualche ombra*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2019, 1 ss.; R.G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell’art. 5 del codice civile?*, in *giurcost.org*, 1, 2018, 221 ss.

<sup>8</sup> Al riguardo v., *infra*, par. 3.

<sup>9</sup> V. C. CASONATO, *I limiti all’autodeterminazione individuale dell’esistenza: profili critici*, in *Dir. pub. com. eur.*, 1, 2018, 7 ss.

<sup>10</sup> Sulle diverse declinazioni di significato che il termine eutanasia può assumere, v. S. AGOSTA, *op. cit.*, 1 ss.; C. TRIPODINA, *Eutanasia (voce)*, in *Diz. dir. pub.*, Milano, 2006, 2369 ss.; A. D’ALOIA, *Eutanasia (dir. cost.)*, in *Dig. pub.*, Torino, 2012, 300 ss.

una disciplina intrinsecamente flessibile, che fa emergere con maggiore evidenza il ruolo dell'interprete nell'individuare la soluzione del caso concreto.

Con questa consapevolezza il legislatore, scegliendo di regolare un frammento problematico di un tema che, come si è visto, è molto più ampio, si è mosso verso l'approvazione di una disciplina che sembra incorporare i canoni di un diritto mite<sup>11</sup>, che va alla ricerca di soluzioni minime, condivisibili in quanto rispettose dell'autonomia individuale nel compimento di scelte che possono essere diverse o antitetiche nelle medesime situazioni fattuali: la linea seguita non è quella della imposizione di una visione etica che venga assunta come volontà generale, ma, piuttosto, quella di una normazione per clausole generali, che identifica l'ambito entro cui il soggetto può esprimere delle scelte, ponendo i relativi strumenti giuridici.

Se, da un lato, con l'approvazione di una disciplina espressa si dà atto della competenza statale a disciplinare le questioni del fine vita<sup>12</sup>, sia quanto alla possibilità di interrompere i trattamenti artificiali di sostegno vitale, sia quanto al bilanciamento tra il diritto alla vita e quello all'autodeterminazione, dall'altro, si è ben lontani da una disciplina eccessivamente invadente ed interventista; né, saggiamente, il legislatore si è spinto in senso deterministico verso la selezione di una concezione etica connotante<sup>13</sup>: il risultato è quello di dare una garanzia normativa a quell'ambito che, appartenendo alla sfera più intima della persona umana, si sottrae alla decisione discrezionale della legge, ponendo la misura di ciò che è «indecidibile» in sede ordinamentale<sup>14</sup>, e offrendo nuove declinazioni positive all'autodeterminazione dei soggetti. Sotto tale profilo, l'approvazione della legge n. 219 è strumentale al rispetto dell'ultima parte dell'art. 32 della Costituzione, laddove si afferma che «La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»: tale formulazione sembra individuare un'area preclusa alla competenza parlamentare, che viene identificata con riferimento al rispetto assoluto della persona nella sua integralità, e, dunque, della sua libertà di scelta. Tuttavia, dinanzi alla possibilità che si adottassero discipline restrittive, fondate su precisi presupposti etico-religiosi, e ponendosi, nella prassi, vari nodi problematici connessi, ad esempio, al ruolo dei medici e alla loro responsabilità, si rendeva necessario un intervento normativo, che, senza sconfinare in re-

<sup>11</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite: leggi, diritti, giustizia*, Milano, 1997. V. anche S. RODOTÀ, *La vita e le regole, tra diritto e non diritto*, Milano, 2009.

<sup>12</sup> Sul punto la sentenza della Corte EDU sul caso Lambert e altri c. Francia, del 5 giugno 2015, ove viene precisato che spetta agli Stati l'organizzazione del processo volto all'assunzione di una decisione sull'interruzione del trattamento, compresa l'individuazione della persona legittimata a prendere la decisione finale, che, comunque, deve sempre fondarsi sul consenso del paziente, quand'anche questi sia impossibilitato ad esprimere la sua volontà. Per un commento della sentenza v. C. CASONATO, *Un diritto difficile. Il caso Lambert tra necessità e rischi*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 9, 2015, 489 ss.

<sup>13</sup> Nel confronto con la bioetica, il pericolo è, infatti, che si ricorra al diritto (ed in particolare alla legge) come «scorciatoia per far valere una posizione socialmente non condivisa. Un simile atteggiamento è pericoloso non solo perché, ideologicamente, veicolo autoritario, ma anche strumento di delegittimazione della stessa legge» (...); «al diritto sarebbe affidato il compito di imporre certezze che la società ancora non trova, di essere veicolo di autoritarismo o di conservazione di categorie» (...) «evidentemente lontane dalle nuove realtà che dovrebbero regolare». Così S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., 143 e 148. V. anche M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo critico sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in *www.biodiritto.org*, 1, 2018, 138 ss.

<sup>14</sup> S. RODOTÀ, *Introduzione*, in G. BALDINI, M. SOLDANO (a cura di), *Nascere e morire: quando decido io?*, Firenze, 2012, VIII.

gole eccessivamente conformative, consentisse la sintesi, costituzionalmente prefigurata, tra il diritto alla salute e il diritto alla autodeterminazione<sup>15</sup>.

## 2. La legge n. 219 del 2017 come intervento bidirezionale: tra razionalizzazione del diritto vivente e configurazione di un nuovo quadro di riferimento assiologico

Come si è visto, la legge in questione prende in considerazione solo un segmento parziale del tema del fine vita, rispetto al quale la casistica può essere molto diversificata, disciplinando la possibilità che il soggetto decida, attraverso disposizioni anticipate, in ordine ai trattamenti sanitari e agli accertamenti diagnostici cui intenda essere sottoposto nel caso eventuale di una futura incapacità a decidere, o relativamente alla pianificazione di un percorso terapeutico condiviso rispetto alla patologia diagnosticata. Al centro della disciplina viene posta la «relazione di cura e di fiducia» tra medico e paziente, colta nei due diversi scenari del «consenso» espresso dal paziente adeguatamente «informato» sulle sue attuali condizioni di salute e sulle possibilità terapeutiche, e quello del consenso fatto valere quando il paziente, ormai non più nelle condizioni di esprimere la propria volontà, ha lasciato le proprie «disposizioni anticipate di trattamento».

La legge consta di appena 8 articoli<sup>16</sup>, dal contenuto relativamente semplice ad una prima lettura, ma ciascuno dei quali è, in realtà, il portato di una riflessione pluridecennale della dottrina, e, al contempo, l'approdo di un difficoltoso e controverso cammino della giurisprudenza che, come la cronaca di casi clamorosamente drammatici ci ha consegnato, ha dovuto scandire a suon di sentenze, in difetto di un intervento legislativo, l'interpretazione dei principi costituzionali.

Il legislatore, infatti, si è orientato verso una logica di sostanziale recepimento del diritto vivente formatosi grazie all'intervento giurisprudenziale, che, in assenza di una disciplina *ad hoc*, aveva dato

<sup>15</sup> Nell'amplessima letteratura, v. L. CARLASSARE, *L'art. 32 Cost. e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, Vicenza, 1967, 105 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1, 1984, 41 ss.; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Comm. Cost.*, Torino, 2006, 655 ss.; C. TRIPODINA, *Art. 32 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 321 ss.; M. LUCIANI, voce *Salute (diritto alla)* – dir. cost., in *Enc. giur.*, XXVII, 1991, 10 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011, 517 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana, Lezioni*, Torino, 2015; L'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 32 è stata scandita da molteplici sentenze, tra cui; Cass. I sez. penale, n. 26646/2002; Cass. II sez. civ., n. 10014/1994; Cass., III sez. civ., n. 16503/2017; Corte cost., sentt. n. 185/1998; 282/2002; 338/2003; 151/2009; 162/2014; 438/2008, con commenti di R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Rivista AIC*, 23 aprile 2009; C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in *Le Regioni*, 3-4, 2009, 625 ss.

<sup>16</sup> La legge n. 219 del 2017 disciplina il consenso informato; il diritto del paziente di rifiutare le cure; il diritto alla terapia del dolore e la sedazione profonda; il diritto del paziente di rifiutare la nutrizione e l'idratazione artificiale; i diritti e i doveri del medico con riguardo alla volontà manifestata dal paziente in tema di fine vita e le modalità di manifestazione di tale volontà; la dichiarazione anticipata di trattamento. Sui contenuti della legge v. C. TRIPODINA, *Tentammo un giorno di trovare un "modus moriendi" che non fosse il suicidio né la sopravvivenza. Note a margine della legge italiana sul fine vita*, in *forumcostituzionale.it*, 12 gennaio 2018; A. SANTOSUOSSO, *Questioni false e questioni irrisolte dopo la legge n. 219/2017*, in *www.biodiritto.org*, 1, 2018, 85 ss.; C. CASONATO, *Forum: la legge n. 219 del 2017, norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Introduzione: la legge 219 fra conferme e novità*, in *www.biodiritto.org*, 1, 2018, 11 ss.

luogo all'applicazione diretta dei principi costituzionali, fornendone una lettura decisiva, per molti profili, rispetto ai contenuti della legge n. 219.

È fisiologico, infatti, che l'anticipazione giudiziale, in assenza di scelte conformative dell'ordinamento, fornisca la mediazione tra le fattispecie problematiche emergenti dalla casistica e i principi costituzionali, e, contribuendo a delineare i possibili risvolti pratici di decisioni regolative, indichi al legislatore la via da seguire per una successiva decisione politica<sup>17</sup>. Quando, però, la formazione del diritto giurisprudenziale investe temi così intrisi di sostanza etica, esposti ai mutamenti del contesto umano e sociale, si evidenzia al massimo la polidirezionalità del linguaggio costituzionale, e, dunque, dei suoi esiti interpretativi; in tali ipotesi il rischio che si corre, in assenza di opzioni politiche di valenza generale, è quello che si creino differenziazioni profonde nelle decisioni dei singoli casi, oppure che il dilemma etico determini il disallineamento tra l'intervento giudiziario e la volontà politica, determinando il contrasto tra le decisioni assunte dai due poteri, o, addirittura, la contestazione della titolarità della competenza a decidere<sup>18</sup>.

Se è vero, in altri termini, che i principi costituzionali possono fornire parametri sufficienti per le decisioni giurisprudenziali sulle questioni bioetiche, è altrettanto vero che, su temi così controversi, il pluralismo dei valori che la nostra Carta fondamentale sottende emerge in tutta la sua complessità, legittimando risposte non univoche: i principi chiamati in causa, evocando valori fortemente intrisi di soggettività, quali quelli connessi alla vita, alla salute, alla solidarietà, alla dignità, possono offrire, infatti, in assenza di un sufficiente grado di condivisione, chiavi di lettura diverse, e, dunque, esiti applicativi eterogenei.

La necessità di una legge in materia di fine vita emergeva proprio dall'esigenza di fornire dei puntelli che sottraessero gli esiti dell'interpretazione giudiziale alla dimensione dei casi singoli: occorreva affrancare il relativo dibattito dai limiti delle fattispecie individuali, correndo anche il rischio di adottare, in prima battuta, una disciplina incompleta, e, dunque, instabile, in grado, tuttavia, di garantire

<sup>17</sup> Cfr. A. D'ALOIA, *Eutanasia*, cit., 300 ss.

<sup>18</sup> Il riferimento è, ovviamente, al caso Englaro, che determinò ben 13 pronunce dei giudici amministrativi, ordinari e di legittimità, oltre che un pronuncia della corte EDU. Com'è noto, il caso fu poi all'origine, sul versante politico-istituzionale, della proposizione di un conflitto di attribuzioni della Camera e del Senato nei confronti della corte di Cassazione e della Corte di Appello di Milano. Il Parlamento contestava la possibilità che il potere giudiziario, in assenza di una disciplina legislativa, potesse decidere giudiziariamente l'esito della vicenda. Il conflitto fu giudicato inammissibile dalla Corte costituzionale che, con l'ordinanza n. 334 del 2018, rilevò che l'ammissibilità di un conflitto di attribuzioni su atti giurisdizionali si configura «solo quando sia contestata la riconducibilità della decisione o di statuizioni in essa contenute alla funzione giurisdizionale, o si lamenti il superamento dei limiti, diversi dal generale vincolo del giudice alla legge, anche costituzionale, che essa incontra nell'ordinamento a garanzia di altre attribuzioni costituzionali». La Corte rilevò inoltre che un conflitto di attribuzioni non può essere utilizzato come atipico mezzo di gravame nei confronti di una decisione assunta in sede giurisdizionale. Sul punto, v., per tutti, R. BIN, *Se non sale in cielo, non sarà forse un raglio d'asino? (a proposito dell'ord. N. 334/2008)*, in *forumcostituzionale.it*, 22 ottobre 2008; R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in *Riv. AIC*, 11 dicembre 2008, e, ID., *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in *Quad. cost.*, 1, 2009, 91 ss. La medesima vicenda ebbe poi ulteriori strascichi istituzionali, con l'approvazione da parte del Consiglio dei Ministri di un Decreto Legge volto a vietare l'interruzione dell'alimentazione forzata, che non entrò in vigore per il rifiuto di emanarlo da parte del Capo dello Stato. Sul punto C. SALAZAR, *Riflessioni sul "caso Englaro"*, in *forumcostituzionale.it*, 13 febbraio 2009; ivi, A. SPADARO, *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge? le ragioni di Napolitano*, 10 febbraio 2009.

marginari minimi di prevedibilità e certezza nella decisione delle situazioni concrete. L'ordinamento doveva prendere posizione su argomenti quali la protezione della vita, il rifiuto delle cure, il divieto di accanimento, onde evitare che, sulle stesse questioni, si potessero avere atteggiamenti interpretativi espressivi di orientamenti diversi, se non antitetici: era divenuta improcrastinabile, infatti, una normazione espressa che sollevasse i giudici da questo tipo di responsabilità, evitando, al contempo, che il sistema giuridico e sociale fosse esposto alle lacerazioni che, inevitabilmente, conseguono alla polarizzazione del confronto su scelte così impegnative sul piano etico.

L'irriducibile varietà delle situazioni concrete, infatti, in ambiti così intrisi di dimensioni valutative connesse all'individualità di ciascuno, e che chiamano in causa concetti personalissimi quali quello di sostenibilità del dolore, di futilità dei trattamenti, di qualità della vita o della sua degradazione in forme che ciascuno non ritenga conformi alla sua idea di dignità, fa emergere in maniera dirimpente la difficoltà di dare una proiezione univoca a questioni sostanziali, che riguardano il modo di intendere beni fondamentali della vita. In un contesto di tale complessità l'applicabilità diretta dei principi costituzionali non poteva bastare a fornire le risposte alla domanda di giustizia emergente dalla base sociale, né, tantomeno, a garantire un ambiente di certezza minima dinanzi alle aspettative delle persone coinvolte in casi di assoluta drammaticità.

Alcuni dei principi applicabili alle questioni del fine vita, quali il consenso informato<sup>19</sup>, la libertà di coscienza<sup>20</sup>, il diritto alle prestazioni sanitarie essenziali, all'alleviamento della sofferenza e alla palliazione, o la condanna delle cure futili<sup>21</sup>, potevano dirsi, invero, sufficientemente saldi ed univoci nell'orientamento interpretativo della dottrina e della giurisprudenza: in relazione ad essi era già emersa l'incompatibilità costituzionale dell'imposizione di trattamenti sanitari, anche di quelli strumentali al sostegno vitale, a prescindere dal consenso del paziente. Il consenso informato, inoltre, veniva inteso non solo con riferimento ad una scelta fondata su motivi oggettivi, di ordine medico-sanitario, ma anche su criteri di scelta morale legati alla percezione di sé, del proprio corpo, della propria vita<sup>22</sup>. Tale requisito, infatti, si è delineato nella giurisprudenza, come nei singoli interventi normativi disseminati nel nostro ordinamento, prima della disciplina generale introdotta con la legge

<sup>19</sup> Com'è noto, tale principio è stato ricavato dalla lettura dell'art. 32 Cost., ove si afferma che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento se non per disposizione di legge», secondo l'interpretazione che ne ha dato la Corte costituzionale, per la quale (sent. n. 282 del 2002) «la pratica terapeutica si pone all'incrocio tra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica, diritto questo che l'art. 32, comma 2, secondo periodo, Cost., pone come limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica». Il medesimo diritto è poi codificato nella Carta dei diritti dell'Unione Europea, all'art. 3, significativamente collocato nel Capo dedicato alla Dignità, nella Convenzione di Oviedo del 1997, all'art. 9, nonché nel codice di deontologia medica all'art. 34.

<sup>20</sup> La libertà di coscienza, fondata sulla lettura sistemica degli artt. 2, 19 e 21 Cost., è stata ampiamente prospettata dalla Corte costituzionale in plurime sentenze, tra cui si possono citare le sentt. n. 409 del 1989 e n. 467 del 1991. Cfr. E. ROSSI, *Coscienza ed appartenenza nella legislazione e nella giurisprudenza costituzionale: alcune riflessioni*, in R. BIN, C. PINELLI (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996, 257 ss.

<sup>21</sup> V. L. CHIEFFI, *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino, 2003.

<sup>22</sup> Cfr. F. PUZZO, *op. cit.*, 5 del paper.

n. 219, non solo come presupposto meramente legittimante l'attività medica: secondo una più avvertita concezione del rapporto medico-paziente, il consenso informato permette a quest'ultimo di partecipare alla decisione medica, in un contesto relazionale che non si esaurisce nell'adesione passiva alla proposta di cura unilateralmente formulata dal professionista, e nel quale si innesta anche il diritto di rifiutare la terapia.

Questa prospettiva ha inciso profondamente sull'interpretazione dell'art. 32 Cost.: il collegamento tra diritto alla salute, consenso informato, e autodeterminazione terapeutica ha accentuato i profili di libertà individuale presenti nella disposizione costituzionale, da cui si trae la sussistenza in capo al soggetto di una sfera di libertà non suscettibile di essere compressa sulla base di concezioni della salute estranee al sentire del paziente: una terapia imposta in assenza di consenso viola non solo la libertà di scegliere come curarsi, ma anche il diritto a non subire prestazioni sanitarie sul proprio corpo contro la propria volontà, ovvero il diritto alla inviolabilità del corpo stesso. In questo senso, la Corte costituzionale assegna al consenso informato la funzione di sintesi tra i principi dell'autodeterminazione e della salute<sup>23</sup>, come a fare da collegamento tra la pretesa, negativa, di escludere interferenze non volute sul corpo e quella, positiva, di scegliere come tutelare la propria salute avvalendosi dei mezzi terapeutici disponibili<sup>24</sup>.

Se, però, da questa configurazione della salute e del consenso informato si passa ad una lettura che applichi l'autodeterminazione alla possibilità di decidere direttamente sulla fine della vita, il portato dei principi costituzionali si fa ben più problematico, al punto che l'eterogeneità delle posizioni proposte ha impedito il formarsi di parametri sufficienti di certezza. È la questione del c.d. "diritto di morire", come possibilità di esprimere decisioni sulle fasi finali della propria esistenza, che è stato riconosciuto, o negato, a seconda del diverso modo di intendere la sua relazione con il supremo bene della vita: da taluni, infatti, la possibilità di decidere sulla propria fine è concepita sempre e comunque in contrapposizione assoluta ed insanabile con il diritto di vivere; altre posizioni, invece, riconoscono diverse gradazioni problematiche, distinguendo i casi in cui, al verificarsi di determinate condizioni, il diritto di decidere sulla propria fine appaia come risolto, seppure estremo, del diritto di vivere in condizioni legate alla propria idea di dignità.

Ciò fa evincere chiaramente che, quando si ragiona delle categorie esistenziali, il bilanciamento tra medesimi principi e valori può determinare esiti opposti, che derivano dai diversi filtri culturali attraverso i quali si guardi al diritto alla vita, all'autodeterminazione, alla dimensione collettiva e individuale della salute, e alle modalità con cui le scoperte scientifiche possono incidere sui suddetti diritti, dandovi nuova configurazione. In un contesto così frastagliato la struttura costituzionale, intrisa di pluralismo, non può bastare, da sola, a fornire elementi definitivi, fatta salva l'individuazione di limiti invalicabili, quali il divieto di pratiche eutanasiche involontarie e l'indiscutibilità del diritto di rifiutare consapevolmente le cure.

Come si è visto, posizioni diverse possono trovare legittimazione attraverso l'adattamento delle formule costituzionali ad un substrato valoriale piuttosto che ad un altro: occorre, pertanto, che il legislatore pongesse disposizioni che, sviluppando l'impostazione personalista del nostro ordinamento,

<sup>23</sup> Sentenza n. 438/2008.

<sup>24</sup> Cfr. A. CARMINATI, *L'affermazione del principio costituzionale di autodeterminazione terapeutica e i suoi possibili risvolti nell'ordinamento italiano*, in *giurisprudenzapenale.com*, 1-bis/2019, 1 ss.

consentissero ai soggetti di esprimere il proprio orientamento sulla fine della vita entro limiti il più possibile condivisi, sollevando i giudici dall'onere e dalla difficoltà di desumere e ricostruire, volta per volta, la volontà della persona ricostruendone l'identità, la storia, la cultura, le concezioni etiche e religiose. Non si trattava, pertanto, di rispondere alla velleità positivista di dettare una disciplina legislativa precisa e puntuale, che sopperisse ad un vuoto di tutela, poiché tale vuoto, tecnicamente, non poteva ritenersi sussistente, ma di dare stabilità ad un diritto vivente già formatosi nella sede giurisprudenziale, articolando secondo parametri di certezza non solo l'ambito, ma anche le modalità di espressione della volizione individuale.

In tal senso, la legge n. 217 ha provveduto a razionalizzare l'istituto delle disposizioni anticipate di trattamento, e ha segnato una tappa importante nel percorso che, non senza criticità, ha condotto al riconoscimento stesso della possibilità, sulla base del nostro sistema costituzionale, di disporre, seppure entro certi limiti, del tempo dell'esistenza che avvicina alla morte.

Dunque, prendendo atto di un orizzonte etico e culturale che si è inevitabilmente evoluto rispetto alla fase costituente, il legislatore ha assimilato le tendenze interpretative che hanno valorizzato il profilo individuale del diritto alla salute e del diritto all'autodeterminazione, giungendo a configurare espressamente il significato del consenso come possibilità di astensione dai trattamenti di sostenimento in vita, e ad ammettere che tale scelta possa fondare una pretesa giuridicamente rilevante nell'ambito della relazione di cura con il medico, oltre che nei confronti dell'apparato pubblico. Inoltre, la legge n. 217, intervenendo a codificare un diritto che già era stato riconosciuto ai soggetti, ne disciplina le modalità di esercizio, onde escludere le incertezze applicative nei casi concreti, ove, come nel caso Englaro, si ponga la questione di accertare la volontà della persona incapace. Fugando dubbi e timori, infatti, le dichiarazioni anticipate garantiscono che sia rispettata la volontà del paziente, laddove, in precedenza, vi era invece il rischio della prevalenza, anche nonostante i tentativi delle famiglie, della decisione dei medici, che impostavano le terapie decidendo unilateralmente, in "scienza e coscienza"<sup>25</sup>.

L'importanza dell'intervento legislativo, dunque, sta nella circostanza che l'adozione di una disciplina positiva vale, finalmente, a dare compiutezza all'interpretazione giurisprudenziale del testo costituzionale, risolvendo quelle contraddizioni che opponevano al principio del consenso terapeutico il valore dell'indisponibilità della vita<sup>26</sup>, cui sono ispirati il codice civile e il codice penale, e garantendo

<sup>25</sup> Su volontà della persona e trattamenti sanitari, v. F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, 69 ss.

<sup>26</sup> Paradigmatico di tali incertezze il caso Welby: secondo il giudice civile di questo caso l'assenza di una disciplina specifica che consentisse l'attuazione pratica del principio dell'autodeterminazione per la fase finale della vita umana, determinava la prevalenza del principio di indisponibilità del bene della vita, al quale si collegava «un preciso obbligo giuridico di garanzia del medico di curare e mantenere in vita il paziente» (ordinanza del 16-12-2006). V. sul punto C. CASONATO, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 3, 2009, 1052 ss., e C. TRIPODINA, *Intervento al forum L'eutanasia tra bioetica e diritto*, in *Riv. dir. cost.*, n. 12/2007, 348 ss. Una posizione diversa è stata espressa invece dal G.I.P. del Tribunale di Roma (sent. n. 9729 del 23-7-2007) che ha invece dichiarato il non luogo a procedere nei confronti del medico che aveva praticato il distacco del respiratore artificiale su richiesta di Piergiorgio Welby, affermando che «quando si riconosce l'esistenza di un diritto di rango costituzionale, quale quello all'autodeterminazione individuale e consapevole in materia di trattamento sanitario, non è, poi, consentito lasciarlo senza tutela, rilevandone, in assenza di una normativa secondaria di specifico riconoscimento, la sua concreta inattuabilità sulla scorta

una tutela concreta al diritto di richiedere l'interruzione dei trattamenti di sostenimento in vita: si recepisce così quell'orientamento costituzionale che, dal dibattito sulle implicazioni del diritto alla salute, all'autodeterminazione e alla dignità aveva fatto discendere la pretesa dell'individuo al controllo, da esprimersi in termini di assenso o di dissenso, sulla possibilità di prolungare il limite biologico della vita.

## **2.1 Segue. La legge 219 del 2017 come intervento bidirezionale: una nuova cornice assiologica per le scelte sul fine-vita. Diritto alla vita, dignità, autodeterminazione verso un diverso equilibrio**

Come si è visto, la legge n. 219 si pone a suggello del frastagliato percorso che aveva condotto alla formazione di un diritto vivente di matrice prevalentemente giurisprudenziale; essa, tuttavia, interviene nel processo di definizione dei diritti della persona in relazione alla fine della vita non solo in senso ricognitivo: contiene, infatti, degli elementi che si prestano a sviluppi ulteriori sul piano della configurazione dei diritti della persona sul proprio corpo. Se il consenso informato, il divieto di accanimento terapeutico, e, in qualche misura, le disposizioni anticipate di trattamento costituivano oggetti già contemplati dalla riflessione giuridica, ciò che appare innovativa è la definizione espressa della cornice di principio in cui la disciplina espressa viene inserita.

Il quadro di riferimento è quello delineato all'art. 1, comma 1, ove si afferma che «La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge».

V'è da dire, anzitutto, che il richiamo ai suddetti principi e diritti fondamentali non è un semplice artificio retorico, ma è un elemento che va ad arricchire la portata normativa della legge. Si tratta, infatti, come si è già rilevato, di un testo relativamente leggero, dove l'esiguità della regolamentazione deve essere necessariamente compensata dal rinvio ai principi: essi vengono indicati come il substrato di disciplina a cui qualsiasi giudice potrà rivolgersi per dirimere situazioni non espressamente contemplate, consentendo che il loro bilanciamento possa adattarsi per addivenire alle soluzioni giudiziarie più adeguate al caso. Il parametro normativo, in sostanza, deve essere in ogni caso integrato e coordinato con i contenuti aperti che derivano dai principi e dalle clausole costituzionali. In tal modo, l'integrazione tra principi costituzionali, clausole generali e regole, nel testo normativo in esame, consente di mettere insieme disposizioni sulla relazione di cura tra medico e paziente, dove rilevano al massimo i valori di dignità e libertà, e le, non meno necessarie, regole organizzative del sotteso servizio socio-sanitario.

---

dell'esistenza di disposizioni normative di fonte gerarchica inferiore a contenuto contrario, quali gli artt. 5 c.c., (...), e 575, (...), 579 e 580 c.p.». Sul fatto che, in circostanze così problematiche l'art. 32 non è sufficiente a fondare un diritto soggettivo autoapplicativo S. GAMBINO, *Diritto alla vita, libertà di morire con dignità, tutela della salute. Le garanzie dell'art. 32 della Costituzione*, in *forumcostituzionale.it*, 6, 2012. Sul caso Welby, più in generale, v., per tutti, A. PIZZORUSSO, *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, in *Quad. cost.*, 2, 2007, 355 ss.; P. VERONESI, *Sul diritto a rifiutare le cure salvavita prima e dopo il caso "Welby" – una replica*, in *Studium iuris*, 10, 2008, 1074 ss.

Se dal piano della tecnica legislativa ci si sposta, poi, a quello delle scelte di merito, l'intelaiatura assiologica della legge, definita al medesimo art. 1, sembra prefigurare un nuovo equilibrio tra interessi costituzionali, sancendo in termini perentori una scelta che, in precedenza, non appariva esente da dubbi e incertezze. Non si può fare a meno, a questo riguardo, di ricordare che la sentenza pronunciata dal supremo giudice di legittimità sul caso Englaro non andò esente da critiche dottrinali, che, fondate su interpretazioni diverse dei principi costituzionali, imputavano alla Corte di Cassazione un eccesso di decisionismo su questioni che collidevano con l'inviolabilità della vita umana, oltre che con il principio di precauzione, alla luce del quale non avrebbe potuto attribuirsi alcun carattere di vincolatività alla volontà del paziente che non fosse stata espressa in un contesto di attualità temporale<sup>27</sup>. La legge n. 219, invece, conferisce piena legittimazione ad una lettura che, nel rapporto tra gli interessi in gioco, valorizza al massimo il principio di autodeterminazione, declinato nell'ottica di un sistema complesso e multilivello, che fa immediatamente riferimento alla Carta di Nizza, nella consapevolezza che i diritti legati alla vita, alla dignità, alla salute, all'autodeterminazione non vivono nel perimetro segnato solo dalla nostra Costituzione, ma si sostanziano nella prospettiva di un costituzionalismo di dimensione europea, che non può non condizionarne l'interpretazione<sup>28</sup>. In quest'ottica la legge conferisce ulteriore svolgimento agli arresti della magistratura, in relazione ai quali non potrà più parlarsi di mero attivismo giudiziario.

Il predetto art. 1 distingue, non senza problematicità, i «principi» di cui agli artt. 2, 13 e 32 Cost., e 1, 2, 3, della carta di Nizza, dai «diritti» che vengono tutelati, ovvero quello alla vita, alla salute, alla dignità, e all'autodeterminazione, con ciò separando due piani del discorso: un metalivello vincolante, che definisce l'orizzonte valoriale a cui la decisione normativa viene legata, e i diritti che in questo orizzonte vengono contestualizzati, in posizione di pariordinazione, ed assunti, al contempo, ad oggetti della tutela legislativa, in una prospettiva di reciproco bilanciamento.

Viene così delineata, in una sorta di eterogenesi, la declinazione di alcuni valori costitutivi dell'ordinamento in veri e propri diritti soggettivi, in una formulazione che evidenzia il richiamo, oltre che alla salute, al diritto all'autodeterminazione, che viene per la prima volta indicato come tale e non solo come mero substrato sostanziale del consenso informato; alla dignità, che, nell'ampio dibattito sulla bioetica ha sempre assunto una connotazione fortemente polisemica; e, soprattutto, alla vita.

Il richiamo a principi e diritti di tale portata serve a veicolare l'idea di un ancoraggio costituzionale diretto della disciplina, di cui, come si è detto, si rafforza il quadro normativo di riferimento: la legge n. 217 viene posta come espansione di principi costituzionali, la cui intermediazione consente di raccordare la tutela della centralità della persona ad un contesto, quale quello bioetico, caratterizzato da profonda incertezza; emerge, così, il significato potenziale di una linea normativa che collega i principi di inviolabilità dei diritti e di solidarietà, di libertà personale, e di autodeterminazione in ambito sanitario.

<sup>27</sup> Per le letture critiche della sentenza v. M.L. DI BITONTO, *Sulla decisione del giudice del caso Englaro e sulle sue implicazioni*, in *Ragusan*, 303-304, 2009, 160 ss.; P. BECCHI, *L'imperialismo giudiziario. Note controcorrente sul caso Englaro*, in *Riv. int. fil. dir.*, 3, 2009, 379 ss.

<sup>28</sup> Sulla dimensione multilivello dei diritti della persona, con particolare riferimento al diritto alla vita e alle sue interazioni con il diritto alla dignità, alla salute e all'autodeterminazione, v. P. BILANCIA, *Riflessioni sulle recenti questioni in tema di dignità umana e fine vita*, in *federalismi.it*, 5, 2019.

Questo esplicito richiamo legislativo assume particolare valenza, anche innovativa, se si considera che parte della dottrina tendeva ad escludere che il principio di autodeterminazione in materia sanitaria avesse uno statuto costituzionale autonomo rispetto al diritto alla salute, tale da consentirne l'utilizzazione, nel nostro ordinamento, come parametro di portata generale a sostegno di pretese individuali prive di radicamento in specifici diritti di libertà espressamente riconosciuti dalla Costituzione<sup>29</sup>.

Per altro verso, è altrettanto significativo che il diritto alla vita sia posto ad oggetto normativo in combinazione con gli altri diritti della persona che entrano in campo: la legge in questione, già dall'esordio, adotta un'impostazione che fa dialogare il diritto alla vita con gli altri diritti fondamentali, traendolo giù dall'iperuranio dei metavalori, che, collocati in un metafisica superiore, non si ritenevano suscettibili di relazionarsi con gli altri, pur fondamentali, principi, costituzionalmente codificati. Il diritto alla vita, infatti, veniva configurato come preconditione necessaria di qualsiasi altro diritto: un diritto-valore, sia pure non espressamente proclamato, ma risultante come presupposto alla stessa nozione di persona-umana<sup>30</sup>; da ciò si traeva la conseguenza che tale diritto, implicitamente protetto dalla Costituzione, fosse inviolabile, indisponibile, inalienabile e incedibile da parte dello stesso titolare, neppure sul piano della rinuncia alla terapia o all'assistenza<sup>31</sup>.

A conferma di tale impostazione, che identificava un principio di indisponibilità della vita come cardine irrinunciabile dell'ordinamento giuridico, si adducevano le disposizioni degli artt. 579 e 580 del codice penale, dell'art. 5 del codice civile, nonché della deontologia medica: si sosteneva, in particolare, l'esistenza di un diritto "alla vita", ma non "sulla vita", come conseguenza derivante dal limite del rispetto della persona umana.

Si tratta, invero, di posizioni che hanno conosciuto il momento massimo della loro affermazione in epoca pre-repubblicana, quando imperavano concezioni fondate sulla vita umana quale bene super-individuale e indisponibile da parte del singolo, della cui conservazione lo stato doveva farsi garante, come emerge con chiarezza dall'impianto codicistico civile e penale.

Il principio personalistico posto a fondamento, invece, della Costituzione del 1948, ribalta la prospettiva: l'individuo non è funzionale rispetto allo sviluppo della comunità statale, ma, al contrario, la persona con la sfera dei suoi diritti e delle sue libertà è posta al centro del sistema. Da questo punto di vista l'invulnerabilità del diritto alla vita rileva come bene giuridico che, seppure non espressamente codificato come tale in sede costituzionale, è il presupposto imprescindibile di ogni altra libertà fisica

<sup>29</sup> In tal senso, S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Teoria dir. St.*, 2-3, 2009, 258 ss.; L. ANTONINI, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in F. D'AGOSTINO, *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Milano, 2012, 11 ss.; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014, 27 ss.

<sup>30</sup> V. la celebre sentenza della Corte costituzionale, n. 27 del 1975, in materia di aborto.

<sup>31</sup> In tal senso A. BALDASSARRE, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, in M. VOLPI (a cura di), *Le biotecnologie*, cit., 27 ss.; v. anche A. BARBERA, *Eutanasia: riflessioni etiche, storiche e comparatistiche*, in CANESTRARI, CIMBALO, PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto fra discipline*, Torino, 2003, 4, secondo cui tra i diritti inviolabili, indisponibili e inalienabili v'è il diritto alla vita, ma non quello di decidere la propria morte; E. CASTORINA, *Concezioni bioetiche e principi costituzionali: il problema delle scelte di fine-vita*, in *Teoria dir. St.*, 2-3, 2009, 331 ss. Di contrario avviso P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 388 ss., e G. U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co.2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pub.*, 1, 2008, 109 ss.

e morale<sup>32</sup>: esso costituisce, infatti, la preconditione necessaria per la piena manifestazione dell'individuo, come singolo e come parte integrante della società, ai sensi dell'art. 2 Cost.; la sua inviolabilità trova un riconoscimento esplicito nell' art. 27 Cost., che ne afferma l'intangibilità da parte dei poteri pubblici, mentre gli artt. 3 e 36 pongono il collegamento tra la realizzazione del diritto alla vita e le condizioni irrinunciabili di dignità umana.

Una simile prospettiva, in cui il principio personalistico è posto necessariamente in correlazione con la dignità, ha delle refluenze immediate sulla configurazione del diritto alla salute, espressamente qualificato come diritto «fondamentale» dell'individuo, con la conseguenza di porre al centro della relativa disciplina la volontà del malato. In passato, si poteva ritenere che il medico, pur in presenza di un rifiuto del paziente, fosse legittimato a somministrare una terapia in ipotesi di pericolo grave e imminente per la vita, vista come bene super-individuale; in un contesto antropocentrico, al contrario, in cui l'individuo è un fine in sé, non strumentalizzabile a fini collettivistici, la giurisprudenza costituzionale ha fatto perno sulla libertà personale, giungendo, sulla base dell'art. 32, ad elaborare il principio per cui senza il consenso del paziente nessuna attività terapeutica può ritenersi lecita. Alla luce di ciò, la possibilità di rinunciare consapevolmente ad una terapia non può essere limitata per ragioni superindividuali: essa, al contrario, denota un diritto costituzionalmente garantito, alla cui concreta attuazione il medico è chiamato a contribuire, fatta eccezione per le sole terapie imposte dalla legge a salvaguardia della salute collettiva, e, quindi, al fine di evitare pericolo per gli altri ai sensi del secondo comma dell'art. 32<sup>33</sup>.

Partendo da questo assioma il quadro costituzionale si è evoluto sul piano interpretativo, per l'impatto che su di esso hanno esercitato i fenomeni sottesi al progresso della scienza medica nel senso sopra esposto, determinando un cambiamento della sensibilità culturale che, in generale, rende impervia, oggi, l'affermazione della sussistenza di un diritto alla vita in senso assoluto, con esiti che potrebbero sfociare, nei casi concreti, nella prospettazione di un dovere di vivere nelle condizioni, estreme, quali quelle prese in considerazione dalla legge n. 219.

<sup>32</sup> Per la Corte costituzionale, sent. n. 35/1997, «il diritto alla vita, inteso nella sua estensione più lata, è da iscriversi tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per così dire privilegiata, in quanto appartengono (...) all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana». Nella sentenza n. 223/1996, invece, la Corte ha affermato che «il divieto contenuto nell'art. 27, quarto comma, della Costituzione, e i valori ad esso sottostanti – primo fra tutti il bene essenziale della vita- impongono una garanzia assoluta».

<sup>33</sup> Sull'interpretazione della riserva di legge rinforzata di cui all'art. 32, co. 2, Cost., v. Corte cost., sent. n. 307/1990. Sul contemperamento tra il diritto alla salute del singolo e la tutela della salute collettiva, v. Corte cost., sentt. n. 307/1990; 218/1994; 118/1996; 268/2017; 5/2018. In dottrina M. LUCIANI, *Diritto alla salute* (Diritto costituzionale), in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, *ad vocem*; L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 29 ss., e A. PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1974, 275 ss. I due aspetti sono stati separati nella Carta dei diritti dell'UE: il legislatore comunitario ha distinto il diritto fondamentale alla salute, che si esprime nella libertà individuale di disporre del proprio corpo in relazione ai trattamenti medici, dalla dimensione collettiva della tutela della salute, in cui si innesta il diritto sociale ad ottenere trattamenti sanitari erogati dallo Stato. Per il primo dei due profili la Carta non parla di diritto alla salute, ma di «diritto alla propria integrità psico-fisica» e specifica che, nell'ambito della medicina e della biologia, essa è tutelata attraverso lo strumento del «consenso libero e informato della persona interessata» (art. 3). L'integrità è considerata elemento essenziale della dignità umana e, come tale, viene collocata fra i primi principi della Carta dei diritti. L'esigenza di protezione della salute che fonda il diritto di accesso ai servizi sanitari pubblici è tenuta inserita, invece, fra i diritti sociali che realizzano il principio di solidarietà (art. 35 del titolo IV della Carta).

Il principio di protezione della vita è divenuto un principio che è suscettibile di subire limitazioni qualora vi sia la volontà del paziente di rifiutare o interrompere cure inutili: in questo caso, infatti, il soggetto non esprime tanto il desiderio di morire, quanto quello di vivere quello che gli resta secondo modalità più naturali, e che sente più corrispondenti alla sua valutazione morale e alla sua dignità; né appare sostenibile che qualcuno sia condannato a sopportare un dolore senza speranza<sup>34</sup>. Non è configurabile, dunque, un obbligo di curarsi, o un obbligo alla salute<sup>35</sup>, salvi i casi connessi all'esigenza di evitare pericoli per la salute collettiva; d'altro canto, l'ordinamento non ammette che vi sia, sulla vita, una disponibilità senza limiti<sup>36</sup>: nel nostro ordinamento, infatti, non possono ritenersi comprese quelle condotte che integrano la violazione del rispetto della persona umana, anche verso se stessi.

Comunque sia, quel che rileva, in questa sede, è che l'apertura ordinamentale alla possibilità di un controllo giuridico sulle fasi finali dell'esistenza, si iscrive pienamente nel valore della vita, perché chi invoca tale possibilità lo fa in nome della propria concezione della vita stessa: il morire è un fatto che appartiene alla vita di ciascuno, e che, in determinate circostanze, è governabile sulla base di scelte autonome. Questa consapevolezza ha impresso un radicale mutamento della prospettiva giuridica, per cui, in un contesto culturale e antropologico profondamente mutato, l'interpretazione evolutiva del dettato costituzionale, partendo dal consenso libero e informato, ha visto sempre più spostarsi il baricentro a favore del principio di autodeterminazione.

Dunque, l'orizzonte concettuale e assiologico rimane legato al valore della vita<sup>37</sup>, che, però, non è più inteso in senso assoluto o monolitico, ma posto in relazione alla dimensione personale di libertà e di dignità di ciascuno, e al diritto alla salute, intesa nella sua complessità, con riferimento ad un benessere che non è solo fisico, ma anche psichico<sup>38</sup>; la dignità nel vivere ha un risvolto ineludibile in una pretesa di dignità nella fasi terminali, quando il rifiuto consapevole della terapia comporti conseguenzialmente la morte: di qui la rivendicazione del diritto a finire l'esistenza secondo canoni rispettosi della propria idea del bene vita, in un itinerario che, in senso più ampio, denota un mutamento profondo dei paradigmi giuridici che presiedono al rapporto delle persone con il proprio corpo.

Di questo prende atto la legge n. 219 del 2017, nella misura in cui riconosce che, "nel rispetto dei principi fondamentali" evocati dall'art. 1, il complesso dei diritti costituzionali della persona consente la libertà di morire, come conseguenza del diritto di rifiutare le cure. Nel rispetto del diritto all'autodeterminazione e della dignità, la legge n. 219, peraltro, all'art. 2, prende in considerazione le esigenze di chi intende proseguire la propria esistenza con tutta l'assistenza necessaria: di qui il diritto di accedere alle cure palliative ed alle terapie del dolore. Così il legislatore tiene presenti le due scelte opposte che ciascuna persona può compiere, definendo una volta per tutte i doveri delle istituzioni pubbliche.

<sup>34</sup> V. A. D'ALOIA, *Eutanasia*, cit., par. 2.

<sup>35</sup> Cfr. Corte cost., sentt. n. 88/1979; 161/1985; 307/1990; 471/1990; 118/1996; 238/1996; 275/1996.

<sup>36</sup> Cfr. S. MANGIAMELI, *op. cit.*

<sup>37</sup> Cfr. H. JONAS, *Il diritto di morire*, Genova, 1991, 7 ss.

<sup>38</sup> Sul concetto di salute come benessere psichico, oltre che come integrità fisica, Corte di cassazione, n. 21748/2007; e, SS. UU., n. 26972/2008. Sulla dimensione identitaria del diritto alla salute, P. ZATTI, *Dimensioni e aspetti dell'identità nel diritto privato attuale*, in AA.Vv., *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, Padova, 2007, 1 ss.; V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in AA.Vv., *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, 2011, 579 ss.; G. MARINI, *Il consenso*, in P. ZATTI, S. RODOTÀ (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, 361 ss.

Il diritto alla vita, dunque, non esplicitamente formulato nella sede costituzionale, ai fini della disciplina sulle disposizioni anticipate di trattamento viene privato di ogni implicazione oggettiva, per essere considerato, nella formulazione di cui all'art. 1, non tanto nella sua dimensione, implicita, di presupposto di ogni altro diritto soggettivo<sup>39</sup>, ma, piuttosto, nella sua connotazione di diritto a compiere scelte di tipo esistenziale, corrispondenti alla visione di ciascuno circa il modo di intendere i beni fondamentali della vita, la dignità, la salute, il rapporto con la malattia e le situazioni cliniche. In tal senso, il diritto soggettivo alla vita rileva, oltre che nel suo contenuto positivo, ovvero come diritto a mantenere la vita, e ad essere curati in caso di malattia<sup>40</sup>, nel suo contenuto negativo, come pretesa ad ottenere l'interruzione delle cure.

Il diritto alla vita così inteso, come diritto ad una vita conforme alle concezioni personali che ciascuno abbia interiorizzato<sup>41</sup>, assume dei contenuti che vanno oltre l'esistenza come dato oggettivo, biologicamente intesa; né una tale prospettiva collide con la circostanza che la vita è il presupposto su cui è costruito l'impianto costituzionale antropocentrico: ciascuno potrebbe ritenere, infatti, che, trovandosi in determinate condizioni, estreme, non potrebbe più esercitare in concreto nessuno dei diritti soggettivi connessi alla dignità, alla salute, o, comunque, alla sfera delle libertà. Sotto questo aspetto, la forza espansiva del principio di autodeterminazione refluisce sulla connotazione del diritto alla vita, che si assesta su posizioni in cui la dimensione soggettiva sopravanza quella valoriale oggettiva<sup>42</sup>: l'ordinamento, infatti, ha riconosciuto che, in certi casi, il profilo oggettivo debba recedere, per lasciare più ampi margini di affermazione alle volizioni individuali. Ciò non è consentito senza limiti: la legge 219, dunque, positivizza un ambito di esplicazione della personalità umana protetto dall'ordinamento, restando, comunque, nella dimensione del diritto alla vita, ovvero della possibilità di scegliere come accostarsi alle fasi terminali della propria esistenza, e non di un diritto di morire, che non pare trovare spazio di riconoscimento nel nostro ordinamento<sup>43</sup>.

### 3. La questione dell'adattamento dell'ordinamento giuridico al nuovo quadro assiologico. In particolare, l'impatto sull'art. 5 del codice civile e sugli artt. 579 e 580 del codice penale

Questa nuova impostazione assiologica produce un significativo impatto sulla legislazione ordinaria vigente in ambito civile e penale, determinando problemi di adattamento di notevole importanza. Dal riconoscimento giuridico delle disposizioni anticipate di trattamento derivano nuove responsabilità, individuali e sociali, ed emerge immediato anche il problema del limite dell'intervento pubblico e del potere privato: ciò refluisce sullo statuto giuridico del corpo, e, dunque, sui diritti che ad esso si riconducono, che sono, di conseguenza, ridefiniti.

<sup>39</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, in *Riv. AIC*, 1, 2011.

<sup>40</sup> A cui corrispondono il dovere di cura, di soccorrere chi si trova in pericolo di vita e di offrire i mezzi minimi di sostentamento a chi ne fosse privo. Cfr. N. BOBBIO, *Il dibattito attuale sulla pena di morte*, in U. VILLANI (a cura di), *A tutti i membri della famiglia umana*, Milano, 2008, 245 ss.

<sup>41</sup> Sulla libertà morale come corollario necessario della centralità costituzionale della persona umana v. R. NANIA, *La libertà individuale nell'esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989, 24 ss.

<sup>42</sup> Sull'interpretazione dei diritti fondamentali come valori o come diritti soggettivi, e sulle sue ricadute sistemiche, v. S. MANGIAMELI, *op. cit.*

<sup>43</sup> Ritiene sussistente un simile diritto G. GEMMA, *Vita (diritto alla)*, in *Dig. pub.*, XV, Milano, 1990, 670 ss.

Risulta in tal modo modificata la relazione della persona rispetto al proprio corpo<sup>44</sup>, per cui, al venire meno della indisponibilità in senso assoluto della vita si riconnette l'affievolimento dell'indisponibilità assoluta del proprio corpo<sup>45</sup>, con il conseguente ridimensionamento della portata del principio di cui all'art. 5 del codice civile<sup>46</sup>.

Tale ultima disposizione è incisa dal paradigma posto dall'art. 1 della legge 219, e il relativo divieto, venendo ad essere esposto a nuove possibilità derogatorie, si trova ad esprimere una valenza ulteriormente indebolita. Il limite alla disponibilità del proprio corpo<sup>47</sup>, sancito dalla norma, pone la menomazione irreversibile quale discrimine tra ciò che è ammissibile<sup>48</sup> e ciò che è vietato<sup>49</sup>. La legislazione speciale, nel corso degli anni, ha via via attribuito minore rilievo al limite della diminuzione permanente, grazie ad una rivalutazione della nozione di salute, svincolata rispetto a quella più rigida di integrità fisica: quest'ultima esprime essenzialmente un concetto biologico e di natura statica, mentre il diritto alla salute, come si è visto, ha una valenza più complessa, legata anche al benessere interiore della persona, secondo una dimensione che varia da soggetto a soggetto, e che risente dell'evoluzione della società.

In questa prospettiva, la legge n. 219 del 2017 introduce una nuova, importantissima deroga, con la possibilità delle disposizioni di trattamento: essa attesta un nuovo e ulteriore tassello nella concezione della libertà individuale in relazione al corpo, disciplinando anche la forma estrema di esercizio dell'autodeterminazione.

<sup>44</sup> Della necessità di un nuovo *habeas corpus* in relazione alle questioni del bio-diritto parlava già S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ e M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, I, in P. ZATTI, S. RODOTÀ (a cura di), *op. cit.*, 169 ss. Dell'introduzione, in conseguenza della legge n. 219 del 2017, di un nuovo *habeas corpus*, parla R. G. CONTI, *op. cit.*

<sup>45</sup> In senso opposto alcuni Autori fanno derivare proprio dal divieto degli atti di disposizione del proprio corpo, ex art. 5 c.c., la sussistenza di un divieto di disporre della propria vita. In tal senso L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 3, 1995, 727 ss.; M. DOGLIOTTI, *Persone fisiche: capacità, status, diritti*, Torino, 2014, 46 ss.

<sup>46</sup> La disposizione dell'art. 5 c.c. è stata definita «tra le più controverse e tormentate, forse in assoluto la più discussa» del codice civile. Così R. ROMBOLI, *Sub art. 5*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna - Roma, 1988, 245. Le incertezze, collegate alla formula sintetica ed ambigua, hanno riguardato la sua portata generale, il fondamento del potere di disposizione ed il significato da attribuire alle espressioni «atti di disposizione», «diminuzione permanente», «integrità fisica». Due sono i limiti contemplati nella norma: quello speciale alla disponibilità del proprio corpo rappresentato dalla diminuzione permanente o menomazione irreversibile dell'integrità fisica; e quello generale, dato da legge, ordine pubblico e buon costume, posto ricorrendo alla tecnica normativa delle clausole generali.

<sup>47</sup> Sul tema, in generale, v., per tutti, R. ROMBOLI, *I limiti della libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" e in quello "passivo"*, in *foro it.*, I, 1991, 14 ss.

<sup>48</sup> Sono ad esempio consentite la donazione del sangue, disciplinata dalla l. 592/1967; il trapianto del rene tra persone viventi, ai sensi della legge n. 458/1967; il trapianto di parti di fegato a titolo gratuito tra persone viventi, ai sensi della l. 483/1999. A norma dell'art. 1 della l. n. 167/2012 è ammesso disporre a titolo gratuito di polmone, pancreas e intestino, sempre al fine esclusivo di trapianto tra persone viventi. Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 1874/2013, dove si evidenzia che, disciplinando le donazioni, il legislatore ha operato un particolare bilanciamento tra diversi interessi fondamentali, prevedendo una deroga alla norma «imperativa, di ordine pubblico interno qual è l'art. 5 c.c., sulla base di principi di solidarietà e libertà».

<sup>49</sup> È ad esempio vietato il trapianto di cornea di persona vivente, che pregiudicherebbe irrimediabilmente la funzione della vista.

Nonostante questo, non può sostenersi che, nel nostro ordinamento, l'autodeterminazione stessa, concretizzata nel consenso, consenta una disponibilità del corpo senza limiti: sono diversi i casi in cui, infatti, il legislatore vieta attività che paiono incompatibili con il rispetto della persona: basti pensare, in generale, al divieto di atti di disposizione del proprio corpo a titolo oneroso, o al divieto di sperimentazioni cliniche su esseri umani<sup>50</sup>, ai limiti in materia di procreazione assistita<sup>51</sup>, di interruzione volontaria della gravidanza<sup>52</sup>, di rettificazione del proprio sesso<sup>53</sup>. Inoltre, il principio di autodeterminazione diviene recessivo in situazioni di urgenza, nelle quali, a mente dell'art. 8 della Convenzione di Oviedo, si potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata.

Anche sotto questo aspetto, dal complesso delle norme vigenti, non pare potersi desumere la supremazia assoluta del principio di autodeterminazione; emerge piuttosto la tendenza ad una rivalutazione in senso critico del principio di libertà personale di cui esso è declinazione, e che viene problematicamente chiamato a relazionarsi con il parametro connesso alla dignità. In tal senso opera, peraltro, il combinato richiamo, di cui al citato art. 1 della l. n. 217, agli artt. 1, 2 e 3 della Carta di Nizza, con riferimento, rispettivamente, alla dignità umana, al diritto alla vita, al diritto all'integrità della persona. Dunque, mentre viene affermato il rispetto della libertà di decisione di ciascuno, si prefigura un temperamento, caso per caso, del diritto di scelta con altri interessi, alla luce dei principi fondamentali del sistema giuridico: la centralità dell'autodeterminazione sul proprio corpo non integra uno spazio di possibilità senza limiti, ma si pone come riconoscimento sociale, e, dunque, giuridico, della decisione dei singoli in rapporto alla dignità. Ed invero, l'importanza del riferimento alla dignità<sup>54</sup> sta nella sua capacità, più che identificare un nuovo diritto, di filtrare attraverso nuovi paradigmi i diritti tradizionali<sup>55</sup>, ponendosi al tempo stesso come espressione massima della libertà dell'individuo, e come limite alla sua autonomia<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> L. n. 55/2001.

<sup>51</sup> L. n. 40/2003.

<sup>52</sup> L. n. 194/1978.

<sup>53</sup> L. n. 164/1982.

<sup>54</sup> La legge n. 219 fa riferimento alla dignità all'art. 1, c. 1, dove viene qualificata come diritto soggettivo; all'art. 2, dove si parla di terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità della persona, e all'art. 3, dove si dice che il consenso informato, se si tratta di minore o disabile, è espresso nel pieno rispetto della sua dignità.

<sup>55</sup> In tal senso S. RODOTÀ, *Antropologia dell'homo dignus*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 28, 2010, 548 ss. Cfr. anche A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *federalismi.it*, 17, 2013, secondo cui «Per un certo verso, la dignità appare essere essa stessa un diritto inviolabile; per un altro verso, essa risulta piuttosto essere un "metadiritto fondamentale", siccome il *fine* e il *confine* a un tempo dei diritti fondamentali restanti, la radice da cui essi senza sosta si alimentano e per il tramite della quale si inverano nell'esperienza». Sul tema anche M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, IV, 3123 ss. Quest'uso bivalente si riscontra anche nella giurisprudenza delle Corti europee, nonché della Corte costituzionale. Sul riferimento alla dignità nelle sentenze della Corte EDU, e nelle conclusioni degli avvocati generali alla Corte di Giustizia, v. R. G. CONTI, *op. cit.*, 224 ss. Sul riferimento alla dignità nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che se ne avvale, di volta in volta, come limite agli altri diritti costituzionalmente tutelati, o come limite alla discrezionalità del legislatore, o come criterio di bilanciamento tra diritti, come diritto autonomo o fonte di nuovi diritti, e come fonte del divieto di trattamenti inumani o degradanti nei confronti dei detenuti, v. G. MONACO, *La tutela della dignità umana. Sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 1, 2011, 45 ss.; A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, cit.; ID.,

In materia di atti di disposizione del proprio corpo, dunque, il principio dell'autodeterminazione è fatto oggetto di valutazioni di bilanciamento, ogni qualvolta entrino in gioco interessi con esso concorrenti, che l'ordinamento ritenga meritevoli di tutela, e secondo logiche argomentative che devono essere orientate all'obiettivo della massima espansione dei diritti fondamentali: la diminuzione permanente dell'integrità fisica, infatti, non sempre comporta una lesione della dignità umana, come è dimostrato dagli interventi medici compiuti nell'interesse del soggetto e dagli atti di disposizione compiuti in vista dell'adempimento del dovere costituzionale di solidarietà sociale.

L'ordinamento, dunque, riconosce all'interessato il potere e il diritto di derogare al divieto di cui all'art. 5 c.c., purché l'atto compiuto non trovi la sua unica giustificazione nell'arbitrio, ma possa essere valutato secondo parametri di meritevolezza alla luce dei principi costituzionali: per questo la legislazione ordinaria che riconosce il potere di compiere atti di disposizione del proprio corpo pone limiti precisi per lo svolgimento delle relative attività, e le sottopone a penetranti controlli pubblici. In questo contesto, in cui la natura degli interessi coinvolti si riconnette alla salute e alla personalità umana, la regola superiore del bilanciamento non può che essere quella della dignità: essa infatti, reca in sé l'idea del rispetto dell'integrità e dell'identità della persona<sup>57</sup>, viste anche in un'ottica più ampia, ovvero nella loro proiezione sociale. Certo, è evidente che, se nessuno dubita della sua inderogabilità<sup>58</sup>, il concetto stesso di dignità presenta una notevole complessità intrinseca, che, nell'applicazione pratica, rende difficile l'ancoraggio a parametri dotati di oggettività; ciò può determinare il rischio, che, nell'impossibilità di una sua declinazione univoca, esso venga svuotato di ogni precettività laddove si cerchi di applicarlo come regola risolutiva di casi giudiziari, a meno che non si dia luogo a concretizzazioni della dignità che siano riferite alle diverse variabili sociali, culturali, etiche, ed anche economiche, suscettibili di entrare in gioco nelle singole fattispecie. Nonostante que-

---

*Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale", in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 18 dicembre 2013; ID., *Dignità versus vita?*, in *Riv. AIC.*, 1, 2011; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Riv. AIC*, 14 marzo 2008.*

<sup>56</sup> Cfr. G. M. FLICK, *Considerazioni sulla dignità*, in questa *Rivista*, 2, 2017, 7 ss.; e, ivi, M. REICHLIN, *La discussione sulla dignità umana nella bioetica contemporanea*, 101 ss.

<sup>57</sup> In questo senso v. S. STAIANO, *Legiferare per dilemmi sul fine vita: funzione del diritto e moralità del legislatore*, *federalismi.it*, 9, 2012, 8, secondo cui il riferimento alla dignità dell'uomo non può essere inteso come valore "supercostituzionale" o "precostituzionale" o "metacostituzionale", in opposizione all'idea che ciascuno ha di sé, ma solo nel senso fatto proprio dalla Costituzione, e dunque la dignità «è concepibile solo come connessa al perdurare della persona nella sua unicità e irripetibilità e nella libera determinazione del suo progetto di vita».

<sup>58</sup> Sugli sviluppi del concetto di dignità nel sistema costituzionale v., F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Torino, 2018; V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018; G. RAZZANO, *op. cit.*; A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo*, Napoli, 2012; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze 2010; V. BALDINI, *Teoriche della dignità umana e loro riflessi sul diritto positivo*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2012; G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pub.*, 1, 2016, 247 ss.; A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, *giurcost.org*, 2, 2018, 392 ss.; A. MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir., Annali II*, Milano, 2008, 195 ss.; V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *Riv. AIC*, 2, 2013, 1 ss.

ste difficoltà, si tratta di un canone imprescindibile in ogni questione che coinvolga le tematiche del biodiritto<sup>59</sup>, come è ampiamente confermato anche dalle recenti vicende giudiziarie.

Nel nome del primato della persona, e della sua dignità, viene rimodulato l'equilibrio tra le esigenze di una ineludibile protezione pubblica del corpo, necessariamente inviolabile e limitatamente disponibile, e la necessità di mantenere uno spazio di decisione totalmente riservato al suo titolare: se ne ha un nuovo bilanciamento tra le esigenze di protezione della persona, quelle della sua promozione, e le esigenze di sicurezza sociale. Questi mutamenti pongono nuove sfide all'ordinamento giuridico, anche sul versante del codice penale. Ed infatti, da ultimo, il caso di Fabiano Antoniani ha posto in luce il problema dell'inadeguatezza della legislazione penale vigente in relazione al mutato orizzonte valoriale che la legge n. 219 ha positivizzato.

La nostra legislazione assimila l'eutanasia attiva all'omicidio, se operata da terzi (art. 579 c.p., sull'omicidio del consenziente), e considera comportamenti penalmente rilevanti anche le fattispecie di aiuto al suicidio e di istigazione al suicidio (art. 580 c.p.)<sup>60</sup>, in relazione alle ipotesi in cui, come nel caso Antoniani, sia chiara l'autodeterminazione del soggetto ad interrompere i presidi vitali, ma egli non sia in condizioni di provvedere da solo. È chiaro che si tratta di un impianto normativo eticamente orientato, che risente del contesto storico d'origine: l'ordinamento, in una visione organicistica e oggettivizzata del bene vita, reprimeva penalmente le condotte agevolative di atti disposizione del corpo che potessero provocare lesioni permanenti, o che fossero agevolative del suicidio, punendo financo le pubblicazioni e le trasmissioni radiotelevisive tali da potere diffondere il fenomeno<sup>61</sup>.

La nuova declinazione del principio personalista, recepita dalla legge n. 219 del 2017, mette in evidenza la questione della compatibilità costituzionale delle citate disposizioni del codice penale. Se l'eutanasia non volontaria integra, infatti, gli estremi del reato di omicidio, rimane vietata dal nostro ordinamento, altresì, l'eutanasia attiva<sup>62</sup>, ovvero il suicidio assistito, che, invece, altri ordinamenti

<sup>59</sup> V. C. CASONATO, L. BUSATTA, S. PENASA, C. PICIOCCHI, M. TOMASI, G. VACCARI, *Circolazione dei modelli e dialogo fra sistemi: le peculiarità del biodiritto*, in A. Torre (a cura di), *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, Torino, 2015, 87 ss.

<sup>60</sup> Il problema della punibilità del suicidio ha impegnato gli studiosi fin dagli albori del diritto penale. È celebre la riflessione di Cesare Beccaria, che definiva inutile ed ingiusta la repressione penale del suicidio, poiché la pena, anziché ricadere sul reo, sarebbe ricaduta sulla sua famiglia. V. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cap. XXXII. Il nostro ordinamento non punisce il tentativo di suicidio, che, dunque, è un atto neutro sotto il profilo della rilevanza penale. In tal senso S. CANESTRARI, *Biodiritto (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali VIII*, Milano, 2015, *ad vocem*; P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *op. cit.*, 150 ss.; M. NISTICO', *Il suicidio come "indifferente giuridico" fra diritto alla vita e tutela della libertà di autodeterminazione*, in *foro it.*, 9, 2009, III, 490 ss. Vengono invece puniti i terzi che contribuiscano all'atto suicidario (artt. 579 e 580 c. p.); mentre i tentativi di accedere ad una lettura restrittiva dell'art. 580 c. p. non sono stati recepiti dalla Corte di cassazione, che ha ritenuto penalmente rilevante anche il mero aiuto materiale (sent. n. 3174/1998). Sulla *ratio* di tale disciplina v. B. M. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, 175 ss.

<sup>61</sup> Era punita perfino la pubblicazione a mezzo stampa di ritratti di suicidi. Art. 14 l. 47/1948; art. 30 l. 223/1990; art. 114 TULPS. Cfr. S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, Milano, 2018, 237.

<sup>62</sup> Se nel nostro ordinamento può dirsi sussistente un diritto all'eutanasia passiva, che consiste nella sospensione dei trattamenti sanitari, nei casi e modi disciplinati dalla legge n. 219, non altrettanto può dirsi dell'eutanasia attiva, che si verifica ogniqualvolta siano messe in atto condotte idonee a determinare il decesso di una persona. In quest'ultimo caso si distingue ulteriormente tra eutanasia attiva diretta, che consiste nell'assunzione di un farmaco letale da parte del paziente stesso, e indiretta, ovvero suicidio medicalmente assistito, che, invece, si verifica quando la somministrazione di un farmaco letale, nei confronti del paziente con-

consentono. Al riguardo il dibattito è aperto, e impegna la società contemporanea in una delicata riflessione<sup>63</sup>.

Come si è ricordato sopra, i casi Welby ed Englaro avevano già prospettato situazioni in cui il malato che avesse espresso la volontà di interrompere i presidi vitali, non potendo farlo autonomamente, richiedesse l'azione positiva di un soggetto terzo, e, in entrambe le vicende, all'esito di plurimi e controversi passaggi, l'autorità giudiziaria era arrivata ed escludere la responsabilità dei medici coinvolti. Da ultimo, il caso di Fabiano Antoniani ha riproposto il tema della qualificazione giuridica del comportamento di chi fornisca un aiuto non tanto all'azione eutanasi in sé, quanto alle attività che ad essa siano prodromiche<sup>64</sup>. La questione<sup>65</sup>, com'è noto, è giunta alla Corte costituzionale, ed ha dato luogo, in via interlocutoria, all'ordinanza n. 2017 del 2018.

Si tratta di un provvedimento inedito, che ha suscitato non pochi commenti critici da parte della dottrina<sup>66</sup>, con cui la Corte costituzionale esclude, da una parte, che sia rintracciabile nel nostro ordina-

senziente, avvenga ad opera del medico o di un terzo. L'omicidio del consenziente è punito dall'art. 579 c.p.; diversa cosa, invece, è l'aiuto o istigazione al suicidio, di cui all'art. 580 del c.p., che si verifica quando un soggetto istighi un'altra persona al suicidio, o ne agevoli la realizzazione. Sulle varie declinazioni di significato del termine eutanasia, v. A. D'ALOIA, *Eutanasia*, cit.; S. AGOSTA, *op. cit.*, 1 ss.; C. TRIPODINA, *Eutanasia*, cit., 2369 ss.; P. BILANCIA, *op. cit.*

<sup>63</sup> Per alcuni l'eutanasia dovrebbe essere sempre vietata in nome della dignità umana. In tal senso G. RAZZANO, *op. cit.* Altri Autori, invece, ritengono che il relativo divieto sia il prodotto di una pretesa paternalistica dell'ordinamento non rispondente al portato dei principi costituzionali, In tal senso G. GEMMA, *Dignità ed eutanasia: non c'è antitesi. Note a margine di un'opera recente di una costituzionalista cattolica*, in *Mat. st. cul. giur.*, 1, 2016, 256 ss., e G. MANIACI, *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito al suicidio*, in *Rivista AIC*, 1, 2019, 24 ss.

<sup>64</sup> Nel caso di specie Marco Cappato aveva fornito a Fabiano Antoniani informazioni sulle pratiche di suicidio assistito in Svizzera e lo aveva accompagnato fino ad una clinica dove tali pratiche sono messe in atto. Cappato si era poi autodenunciato, allo scopo evidente di sensibilizzare l'opinione pubblica e il dibattito politico, innescando un complesso procedimento giudiziario che non si è ancora concluso. La Procura di Milano, infatti, ha chiesto l'archiviazione, sulla base di una lettura minimalista dell'art. 580 c.p., per cui sarebbe aiuto al suicidio solo quello prestato non nella fase prodromica, ma in quella esecutiva in senso stretto, o, in subordine, che fosse sollevata la questione di legittimità dell'art. 580 c.p. dinanzi alla Corte costituzionale. Avendo il GIP rigettato la richiesta, è stata la Corte di Assise di Milano a sollevare la questione di legittimità costituzionale.

<sup>65</sup> Nella questione la Corte di Assise di Milano interroga la Corte costituzionale sulla legittimità della disciplina codicistica del reato di aiuto al suicidio, nella parte in cui le relative condotte sono punite a prescindere dal loro contributo effettivo al rafforzamento o alla determinazione del proposito di suicidio, e nella parte in cui sono sanzionate senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione. Viene addotto il contrasto con gli artt. 2, 13 co.1, e 117, co.1, Cost. (con riferimento agli artt. 2 e 8 della CEDU, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo), circa il primo profilo di incostituzionalità; con gli artt. 3, 13, 25 co. 2, e 27 co. 3, Cost. per il secondo. Sui contenuti dell'ordinanza, v. A. MORRONE, *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, in A. MORRONE (a cura di), *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, Bologna, 2018, 10 ss., A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *DPC*, 14 giugno 2018; A. ALBERTI, *Il reato d'istigazione al suicidio davanti alla Corte costituzionale. Il "caso Cappato" e la libertà di morire*, in *forumcostituzionale.it*, 20 marzo 2018; P. BILANCIA, *op. cit.*

<sup>66</sup> L'ordinanza n. 207 del 2018 è stata definita "pilatesca" da A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta. Decide di non decidere, perlomeno per ora... (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in *giurcost.org*, 3, 2018, 568 ss.; o "attendista" da U. ADAMO, *La Corte è "attendista"... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. *Nota a Corte cost.*, n. 207 del 2018, in *forumcostituzionale.it*, 23 novembre 2018; altri hanno parlato di ordinanza "a costituzionalità differita", M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Quest. giust.*, 19 novembre 2018; altri ancora hanno rilevato che la Corte avrebbe

mento un vero e proprio “diritto a morire”, rilevando che, piuttosto, l’art. 2 Cost. fonda il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo, come valore in sé, alla luce del quale è da ritenersi che la norma dell’art. 580, reprimendo l’aiuto al suicidio, tuteli interessi meritevoli di tutela<sup>67</sup>. Dall’altra parte, però, il Giudice delle leggi rileva che l’art. 3 Cost. impone di considerare in maniera differenziata le situazioni in cui un soggetto, capace di prendere decisioni libere e consapevoli, abbia bisogno dell’intervento di terzi per sottrarsi ad un mantenimento in vita artificiale, che ha il diritto di rifiutare ex art. 32 Cost. In casi siffatti, per la Corte, il divieto assoluto di aiuto al suicidio limita la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, derivante dagli artt. 2, 13 e 32 Cost., «con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che di ragionevolezza e uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive».

La Corte costituzionale apre, così, ad una considerazione degli sviluppi ulteriori che possono derivare dalla scelta di dare espressa copertura giuridica al diritto di rifiutare i presidi terapeutici salva-vita in nome della dignità personale, prefigurando gli effetti che possono consequenzialmente derivare dalla selezione del quadro assiologico richiamato dalla legge n. 219. Con ciò, pare proprio che anche la Corte abbia metabolizzato l’interpretazione evolutiva dei principi costituzionali che rilegge l’indisponibilità della vita alla luce di una rinforzata considerazione del principio di autodeterminazione, traendone un nuovo bilanciamento, che, se non consente di tratteggiare un vero e proprio diritto a morire, esigibile nei confronti dello Stato, consente, tuttavia, una riconsiderazione in chiave più personalista di ciò che vita deve intendersi e tutelarsi, secondo una valutazione condotta attraverso il prisma della dignità.

Seppure in un’ottica di stretta contiguità con la fattispecie concreta, ovvero facendo un ragionamento che appare specificatamente ritagliato sul caso oggetto del giudizio *a quo*, la Corte costituzionale sembra prefigurare una combinazione tra autodeterminazione e dignità tale da legittimare la pretesa, in capo al malato irreversibile o terminale, la cui sopravvivenza dipenda da trattamenti di sostegno vitale, a chiedere e ottenere aiuto per porre fine alla propria esistenza. Nel ragionamento del giudice delle leggi la suddetta pretesa non è tratteggiata con carattere di assolutezza, ma, piuttosto, è condizionata al verificarsi di circostanze fattuali ben precise, riconducibili ai presupposti considerati della legge n. 219 del 2017, in una prospettiva che, in qualche maniera, fa assurgere la relativa disciplina al rango di *tertium comparationis*.

Proprio partendo dalla peculiarità della fattispecie concreta, la Corte stessa ha ritenuto che, in una materia così delicata, non si potesse consentire un vuoto normativo quale quello che si sarebbe de-

---

invaso l’ambito della discrezionalità legislativa, indicando sostanzialmente al Parlamento una scelta normativa precisa, G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso cappato: può un’ordinanza chiedere al Parlamento di legittimare il suicidio assistito?*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2019.

<sup>67</sup> Per la Corte costituzionale, peraltro, l’art. 580 c.p. non collide con l’art. 8 CEDU, che tutela il diritto degli individui al rispetto della propria vita privata e familiare: la Corte EDU, infatti, ha ritenuto che il divieto di assistere altri nel suicidio possa interferire con tale diritto, ma ragioni connesse alla protezione dei soggetti più deboli e vulnerabili giustificano limitazioni che ciascuno Stato può prevedere, nell’ambito del proprio margine di apprezzamento. Sui contenuti dell’ordinanza, v. R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell’aiuto al suicidio*, in *DPC*, 10, 2018, 97 ss.; U. ADAMO, *Sull’aiuto al suicidio la Corte ha rinviato la palla al Parlamento*, in *lacostituzione.info*, 26 ottobre 2018; M. D’AMICO, *Scegliere di morire degnamente e aiuto al suicidio: i confini della rilevanza penale dell’art. 580 c.p. davanti alla Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2, 2018, 737 ss.

terminato a seguito della pronuncia di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. Tale disposizione, infatti, può continuare ad esprimere una perdurante validità nella repressione di comportamenti che, al di fuori di casi come quello oggetto del giudizio *a quo*, integrino l'istigazione o l'aiuto al suicidio di soggetti psicologicamente deboli, esposti al condizionamento altrui e, dunque, indotti a mettere a rischio la propria vita.

L'ordinanza n. 207, pertanto, rimette al Parlamento il compito di effettuare quei delicati bilanciamenti che sono implicati dalle questioni del fine-vita. Con una tecnica decisoria sostanzialmente inedita, inoltre, anziché limitarsi a dichiarare l'inammissibilità della questione, abbinata al monito<sup>68</sup> nei confronti del Parlamento, la Corte costituzionale, «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale» ha disposto il rinvio del giudizio di legittimità, fissando una nuova discussione per il 24 settembre 2019, «in esito alla quale potrà essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela», ferma restando la sospensione del giudizio a quo «onde evitare che la norma possa trovare, in parte qua, applicazione medio tempore»<sup>69</sup>.

Il monito del giudice delle leggi è proprio un invito al legislatore affinché provveda in tal senso<sup>70</sup>, nella consapevolezza che la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 580 c.p., scriminando l'aiuto dei terzi, avrebbe comportato conseguenze più ampie e sistemiche sul piano della qualificazione giuridica del diritto al suicidio assistito nei casi in cui un soggetto ritenga la vita non più meritevole di essere vissuta dignitosamente. Scelte di siffatta portata, nell'ottica della Corte costituzionale, competono alla discrezionalità legislativa: solo una decisione politica può, infatti, prendere atto di un mutato contesto di valori in un ambito così problematico, decidendo di introdurre deroghe ulteriori alla tutela della vita oggettivamente considerata; ciò anche per motivi pratici: un'apertura così netta alle ipotesi di suicidio assistito richiede, infatti, il supporto di una disciplina organica, idonea a tracciare e a regolamentare il percorso procedimentale di accertamento della volontà, nonché il sostegno terapeutico

<sup>68</sup> Sulle pronunce monitorie v. R. PINARDI, *L'inammissibilità di una questione fondata tra moniti al legislatore e mancata tutela del principio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1, 2013, 379 ss.; L. PALADIN, *Considerazioni preliminari*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989, 11 ss.; ivi, M.R. MORELLI, *Incostituzionalità sopravvenuta (anche a ridosso di precedenti pronunzie monitorie per successiva inerzia del legislatore)*, 417 ss.; A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 3199 ss.; G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, 755 ss.

<sup>69</sup> Molti hanno visto nell'ordinanza in questione una variazione sul tema delle decisioni di incostituzionalità differita. Sul punto M. BIGNAMI, *op. cit.* Sull'argomento v., in generale, A. PIZZORUSSO, *Commento all'articolo 136 della Costituzione*, in G. BRANCA – A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Garanzie costituzionali*. Bologna-Roma, 1997, 175 ss.; M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit., 107 ss.; G. SILVESTRI, *Gli effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1, 1989, 64 ss. P. VERONESI, *La Corte "sceglie i tempi": sulla modulazione delle pronunce d'accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, in *forumcostituzionale.it*, 23 aprile 2015.

<sup>70</sup> Cfr. per tutti A. PUGIOTTO, *Variazioni processuali sul "caso Cappato"*, in A. MORRONE (a cura di), *op. cit.*, 45 ss. In una prospettiva simile, cfr. anche N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Riv. AIC*, 4, 2017, 1 ss.

con cui accompagnarne la realizzazione, e ciò, ovviamente, va ben oltre i limiti dell'intervento ablativo conseguente alla pronuncia di incostituzionalità.

È pur vero, dunque, che, per i profili considerati, il diritto penale vigente appare non compatibile, nemmeno in sede di interpretazione conforme, al mutato approccio dell'ordinamento rispetto alla problematica del fine-vita, attestato dalla legge n. 219 del 2017, ma è altrettanto vero che la Corte costituzionale, in un ambito dai risvolti così complessi, non poteva, senza esorbitare dal proprio ruolo, accentrare su di sé una decisione di tale portata, anche se resta da vedere quali opzioni essa potrà selezionare nell'ipotesi, assai verosimile, che il legislatore alla data fissata per l'udienza non abbia provveduto a riformare la materia.

## La solitudine nella sofferenza. Per un'etica della cura

Stefano Fuselli\*

SUFFERING AND LONELINESS. TOWARDS AN ETHICS FOR CARING

ABSTRACT: Patients with life-threatening illness experience both physical pain and personal suffering, with physical pain being normally circumscribed within the body of the patients' and personal suffering reverberating also on the network of their personal relationships. Both of them can cause loneliness, in particular the so-called existential loneliness. This contribution focuses on the conditions that make it possible to experience this kind of loneliness as well as the theoretical issues that it raises, and outlines an ethical perspective for the caring of these patients.

KEYWORDS: Pain and suffering; palliative care; existential loneliness; intersubjectivity; care ethics

SOMMARIO: 1. Il coraggio della malattia – 2. Malattia, dolore e sofferenza – 3. Malattia ed *existential loneliness* – 4. Solitudine e relazionalità – 5. La morte tra pubblico e privato – 6. La sfida della sofferenza

### 1. Il coraggio della malattia

**N**ulla, forse, vi è di più disarmante e distruttivo di una prognosi infausta. La vita di ogni giorno, la vita che si era condotta fino a quel punto, viene disarticolata dall'improvviso franare di quel solido terreno, fatto di abitudini, prospettive, relazioni, su cui poggiava. Ciò che si dava per scontato improvvisamente non lo è più e la fluidità del consueto si trasforma nella vischiosità di un percorso tanto ignoto quanto ineluttabile.

A rendere tutto più complicato è il fatto che si tratta di una situazione che resta spesso taciuta. Da un lato, vi è il riserbo del malato<sup>1</sup>. Non si tratta solo di un comprensibile senso di disagio, una sorta di pudore nel manifestare la propria vulnerabilità all'esterno, ma anche di un meccanismo di protezione che scatta nei confronti dei propri cari, che si vuole il più possibile tenere lontani dal dolore, dalle fatiche, dalle difficoltà alle quali si andrà incontro. Dall'altro, vi è l'attenzione dei familiari, dei conoscenti, a non far trapelare nel rapporto con chi è malato lo sconforto, le ansie, le preoccupazioni, per

\* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Dipartimento di Diritto privato e Critica del diritto, Università di Padova. E-mail: [stefano.fuselli@unipd.it](mailto:stefano.fuselli@unipd.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

<sup>1</sup> Sulla base della definizione data dalla L. 15.03.2010 n. 38, recante: «Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore», art. 2, c. 1, l. c), «c) "malato": la persona affetta da una patologia ad andamento cronico ed evolutivo, per la quale non esistono terapie o, se esse esistono, sono inadeguate o sono risultate inefficaci ai fini della stabilizzazione della malattia o di un prolungamento significativo della vita, nonché la persona affetta da una patologia dolorosa cronica da moderata a severa», assunto il termine 'malato' nel senso di persona affetta da una patologia il cui esito evolutivo, inarrestabile, è la morte.

non infiacchirne lo spirito, per non instillargli sensi di colpa o per non caricarlo di incombenze a cui non saprebbe più fare fronte. Ma anche il medico tiene per sé quanto prova nel raccogliere gli sfoghi dei pazienti o dei loro familiari o il rovello con cui trovare, ad esempio, il modo per proporre ad ogni singolo paziente un percorso terapeutico senza tuttavia alimentare false speranze.

La malattia crea distacco: il distacco protettivo nei confronti dei propri affetti, il distacco dalle proprie abitudini, il distacco dalle proprie relazioni sociali o lavorative. Soprattutto, però, la malattia può creare il distacco da se stessi, perché non ci si riconosce più in quel destino che essa assegna ai vari soggetti coinvolti: a chi si scopre malato e si vede improvvisamente privato di ciò che era abituato a considerare come la *sua* vita; ai familiari, che sono investiti di compiti tanto inattesi quanto gravosi ai quali non si sa come fare fronte; al medico o al personale infermieristico che vedono, ancora una volta, messo in discussione il senso della loro professione.

Se è vero che «[a]ver coraggio significa sapere di essere sconfitti prima ancora di cominciare, e cominciare egualmente e arrivare sino in fondo, qualsiasi cosa succeda»<sup>2</sup>, allora poche situazioni come una malattia il cui esito sarà infausto richiedono più coraggio da parte di così tanti soggetti: il coraggio del malato, il coraggio dei suoi familiari, il coraggio dei medici e del personale che se ne prende cura. Ciascuno deve affrontare quel destino che la malattia ha tracciato, sapendo che nessuno sforzo, comunque, lo potrà modificare.

## 2. Malattia, dolore e sofferenza

La distinzione fra dolore e sofferenza – per quanto questi vocaboli siano per lo più usati in modo interscambiabile – sembra essere abbastanza consolidata in letteratura. Con il primo termine si indica, in genere, una sensazione del corpo che può essere controllata con un apposito trattamento terapeutico; con il secondo, invece, si intende una situazione che coinvolge la persona nella sua integrità, e per contrastare la quale non vi sono tecnologie disponibili<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> H. LEE, *Il buio oltre la siepe*, trad. it. A. D'agostino Schanzer, Milano, 2015, 119-120.

<sup>3</sup> Cfr. ad es. E.J. CASSEL, *The Nature of Suffering and the Goals of Medicine*, 2nd ed., Oxford-New York, 2004, 270-77; M. BAVIDGE, *Suffering and Choice*, in P. WEMYSS-GORMAN, M. WALLACE (a cura di), *Pain, Suffering and Healing. Insights and Understanding*, London, 2011, 31-40; R. SCHLEIFER, *Pain and Suffering*, New York-London, 2014, 79-101. Anche il CNB, nel 2001, pur dichiarando che «A ben guardare, la sofferenza, o *suffering*, è sempre un'esperienza psichica, anche quando nasce dal corpo. Il termine dolore, o *pain*, si applica alla sofferenza fisica come a quella psichica», usa i due termini in modo alquanto intercambiabile: «La sofferenza alla fine della vita è psichica, sociale, spirituale, oltre che fisica; per questo il dolore è definito "totale". I dolori aumentano spesso in numero e intensità man mano che la morte si avvicina. La risposta appropriata sono le cure palliative, il cui primo obiettivo è il sollievo del dolore, che, pur non essendo né il più frequente né il più grave dei sintomi del malato terminale, è quello che sappiamo curare meglio. Purtroppo, benché disponiamo di mezzi idonei, i malati continuano spesso a sperimentare un dolore evitabile e non voluto; anzi, percepiscono se stessi come vittime di una doppia sofferenza: patiscono gli effetti del dolore sul corpo, sul sé e sulla vita sociale, e in più subiscono lo sguardo indagatore e incredulo di chi, a volte, considera quel dolore irreali, esagerato, manifestato in modo eccessivo» CNB, *La terapia del dolore: orientamenti bioetici*, 30 marzo 2001. Giova infine ricordare che la L. 22.12.2017 n. 219 prevede, all'art. 1, c. 1 che «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», delineando una relazione di tipo mezzo/fine tra terapia del dolore e cura della sofferenza.

Nei limiti di questa distinzione, il dolore è, dunque, sempre il dolore di un individuo, mentre, per contro, la sofferenza – pur essendo sempre e comunque un’esperienza privata<sup>4</sup> – si riverbera sull’intera rete di relazioni che fanno di un individuo una persona<sup>5</sup>. La gravità di una malattia che non lascia prevedere alcuna forma di guarigione non è tale solo per il dolore che essa infligge nel malato, ma anche per il carico di sofferenza che porta con sé per tutto ciò che lo caratterizza come persona, e quindi per l’intera trama di rapporti di cui è intessuta la sua vita: «Quando la malattia entra in una casa non si impossessa soltanto di un corpo, ma tesse tra i cuori un’oscura rete che seppellisce le speranze»<sup>6</sup>, le speranze del malato, dei suoi familiari e amici, di chi se ne prende cura.

Tenere presente questa distinzione non significa affatto stabilire una scala di intensità o una gradazione. Tanto il dolore quanto la sofferenza sembrano dotati, ciascuno a modo loro, di una pari capacità di annichilire il rispettivo soggetto di riferimento.

Così, «[n]el dolore del corpo, nel dolore fisico, si perde ogni contatto con il mondo, e si precipita nel gorgo di un radicale isolamento dal quale non si esce se non quando il dolore si attenua. Si è ripiegati in se stessi: prigionieri di qualcosa dal quale si è sommersi nel corpo e nell’anima. I pensieri, e le emozioni, sono risucchiati in questo gorgo che non consente brecce di speranza; nell’attesa che il dolore abbia fine»<sup>7</sup>. Da questo punto di vista, nel dolore patito, ogni malato «si accorge di non avere un corpo, ma di essere un corpo» e di fronte al dolore che riduce il tutto dell’individuo nei limiti del suo corpo, ben poco aiutano le parole di conforto<sup>8</sup>.

Dal canto suo, anche «la sofferenza disumanizza»<sup>9</sup>, perché non solo spezza le forze e la vita di chi ne è colpito, ma può avere un peso tale da schiacciare chi è vicino. Perciò costituisce una lacerazione profonda di quel tessuto connettivo in cui si radica la vita della persona. Nella sofferenza, è la propria dignità personale a essere messa in gioco e compromessa, cosicché, quale ne sia la sorgente (dolore, paura, o altro), la sofferenza comporta sempre un conflitto interiore<sup>10</sup>.

Distinti, anche se non separati, dolore e sofferenza hanno dunque un tratto in comune che è dato dalla peculiare forma in cui la loro capacità distruttiva si esercita: entrambi, infatti, sono distruttori di relazioni, entrambi producono distacco. Distacco dal contesto spazio-temporale in cui siamo inseriti come corpi individuali, perché nel dolore siamo ridotti a quel “qui ed ora” adimensionale e totalizzante che domina ogni fibra del nostro organismo. Distacco dal contesto intersoggettivo di cui è intessuta la nostra quotidianità e che ha plasmato quel *chi* che noi siamo a noi stessi e agli altri. Distacco che si traduce in un’esperienza di estraneità: estraneità rispetto agli altri e a se stessi, estraneità

<sup>4</sup> E.J. CASSEL, *op. cit.*, 287.

<sup>5</sup> Poche nozioni paiono essere più radicalmente ambigue di quella di *persona*; cfr. F. CHEREGHIN, *Dall’antropologia all’etica. All’origine della domanda sull’uomo*, Milano, 1997, 55. Tuttavia, un tratto che pare esserle costitutivo – indipendentemente dalla consistenza ontologica che le si vuole attribuire – è quello della relazionalità: cfr. ad es.: R. SPAEMANN, *Persone. Sulla differenza tra “qualcosa” e “qualcuno”*, trad. it. L. Allodi, Roma-Bari, 2005, *passim*; M. QUANTE, *The Social Nature of Personal Identity*, in *Journal of Consciousness Studies*, 14, 2007, 56-76; G. AZZONI, *Dignità umana e diritto privato*, in *Ragion Pratica*, 38, 2012, 75-98.

<sup>6</sup> M. BARBERY, *L’eleganza del riccio*, trad. it. E. Caillat, Cinzia Poli, Roma, 2007, 65.

<sup>7</sup> E. BORGNA, *La solitudine dell’anima*, Milano, 2013, 54.

<sup>8</sup> M.A. BASSETTO, S. LOVATO, *Nel tempo del dolore. E Saturno disse: finché vive, lo custodisca Cura*, in G.L. CETTO (a cura di), *La dignità oltre la cura. Dalla palliazione dei sintomi alla dignità della persona*, Milano, 2009, 65.

<sup>9</sup> X. THÉVENOT, *Ha senso la sofferenza?*, Bose, 2009, 34.

<sup>10</sup> E.J. CASSEL, *op. cit.*, 287.

rispetto alla possibilità stessa di farsi una ragione di ciò che è accaduto, che sta accadendo, che accadrà<sup>11</sup>.

### 3. Malattia ed *existential loneliness*

Con il suo carico di dolore e di sofferenza, la malattia è senza dubbio una delle condizioni in cui tutti i soggetti coinvolti, il malato, i suoi familiari, medici e assistenti sperimentano particolari situazioni di solitudine. Anche restringendo l'attenzione al solo malato, vi sono tuttavia diverse declinazioni in cui la solitudine si dà, si manifesta e viene vissuta.

In uno studio di qualche anno fa, dedicato alla cura nel fine vita, utilizzando il repertorio lessicale della lingua inglese è stata condotta una ricerca partendo dalla distinzione fra *isolation* (isolamento), *solitude* (solitudine) e *loneliness* (il sentirsi soli)<sup>12</sup>. Nel primo caso, sostenevano gli autori, ci si riferisce allo stato di fatto dell'essere separati, cioè a una condizione oggettiva che può essere anche imposta e misurata. Tale condizione oggettiva può dare luogo a due diverse esperienze soggettive, designate, rispettivamente, dal secondo e dal terzo termine. *Solitude* indica un'esperienza di isolamento e di distacco voluta, cercata, perché valutata e vissuta positivamente quale occasione per stare con se stessi; il che è esattamente l'opposto di quanto designa il termine *loneliness*, in cui la situazione di distacco e di isolamento viene patita e subita come una condizione di abbandono. È in questa prospettiva che viene a delinearci anche la nozione di *existential loneliness* (solitudine esistenziale) come condizione in cui si avverte e si sperimenta un senso di vuoto, di disperata tristezza: una situazione che frequentemente è patita proprio da chi si trova ad affrontare una malattia il cui esito sarà, con ogni probabilità, infausto.

Chi si è occupato del tema intende per lo più questa *existential loneliness* come il riflesso della nostra umana separatezza, del nostro strutturale solipsismo di individui configurati come entità circoscritte, di cui si prende coscienza in modo acuto e tangibile proprio con la visione della morte che ci si para di fronte all'improvviso con l'insorgere di una grave malattia o in una situazione di crisi in cui si avverte l'assenza di una comunicazione profonda, autentica, con gli altri individui<sup>13</sup>. Al contempo, però, si riconosce che la sfida per chi si trova a doversi prendere cura di pazienti che versano in questa condi-

<sup>11</sup> X. THÉVENOT, *op. cit.*, 40.

<sup>12</sup> E.J. ETTEMA, L.D. DERKSEN, E. VAN LEEUWEN, *Existential loneliness and end-of-life care: A systematic review*, in *Theoretical Medicine and Bioethics*, 31, 2010, 141-169.

<sup>13</sup> «EL is understood as an intolerable emptiness, sadness, and longing, that results from the awareness of one's fundamental separateness as a human being. EL is mostly experienced in life-threatening situations because it is in the confrontation with death that one is most aware of one's own fundamental aloneness. This loneliness can be nullified neither by the presence of others nor by an adequate dealing with feelings—the isolation of having to die alone remains. EL is therefore claimed to be essential to the understanding of the loneliness of dying», E.J. ETTEMA, L.D. DERKSEN, E. VAN LEEUWEN, *op. cit.*, 142; «EL can be understood as the immediate awareness of being fundamentally separated from other people and from the universe, primarily through experiencing oneself as mortal, or, and especially when in a crisis, experiencing not being met (communicated with) at a deep human (i.e. authentic) level, and typically therefore experiencing negative feelings, that is, emotion or moods, such as sadness, hopelessness, grief, meaninglessness or anguish»: I. BOLMSJÖ, P.-A. TENGLAND, M. RÄMGÅRD, *Existential loneliness: An attempt at an analysis of the concept and the phenomenon*, in *Nursing Ethics*, 2018, 13.

zione è di non lasciarli soli nel cercare di attribuire un significato a quanto stanno vivendo, alla sofferenza che provoca loro l'essere malati senza speranza di guarigione.

Per altro verso, sembra esserci una certa concordia nell'ammettere che questo sia un compito alquanto arduo perché, di contro a un sistema che appare prevalentemente concentrato soprattutto sulla terapia del dolore fisico, sembra esservi invece una generale impreparazione ad affrontare la solitudine esistenziale dei pazienti, aiutandoli a trasformare in modo positivo questa loro esperienza, ricordando loro che hanno valore nonostante stiano morendo<sup>14</sup>. Per questo si auspica che vi sia un apposito programma di formazione degli operatori e che vengano create le condizioni per un dialogo che – visto il carattere personale delle questioni esistenziali – non può certo ridursi a dispensare risposte e soluzioni già pronte<sup>15</sup>.

#### 4. Solitudine e razionalità

Questo tipo di studi ha senza dubbio il merito di richiamare, una volta di più, l'attenzione sulla centralità del paziente, piuttosto che della sua malattia, sulla dimensione esistenziale oltre che organica di quest'ultima, in una visione "olistica" tanto della salute quanto della terapia, che non comprende solo la "cura", ma anche il "prendersi cura", non solo *to cure*, ma anche *to care*<sup>16</sup>. Al tempo stesso, però, diventa almeno altrettanto importante un tipo di analisi che non si limiti soltanto a raccogliere, comparare, sintetizzare, organizzare il modo in cui termini e categorie vengono usati tra gli addetti ai lavori o a proporre una ridefinizione<sup>17</sup>, ma cerchi di portarne allo scoperto le premesse antropologiche di fondo e la loro intelaiatura concettuale.

Così, ad esempio, se si ammette che, come esperienza, *l'existential loneliness* si traduce in un sentimento di totale assenza di relazionalità, come un senso di vuoto, come l'avvertimento di una man-

<sup>14</sup> E. J. ETTEMA, L. D. DERKSEN, E. VAN LEEUWEN, *op. cit.*, 166.

<sup>15</sup> I. BOLMSJÖ, P.-A. TENGLAND, M. RÄMGÅRD, *op. cit.*, 12. Anche il CNB, pur riconoscendo che «[l]a L. 38/2010 ha delineato un percorso per la realizzazione di un sistema organizzativo articolato, finalizzato ad assicurare su tutto il territorio nazionale risposte socio-assistenziali anche di elevata complessità, che, in quanto tali, presuppongono una adeguata formazione del personale che si trova ad interagire nel percorso di cura», sottolinea che «[l]a normativa [...] non è di per sé sufficiente se parallelamente non si afferma un nuovo approccio alla sofferenza del paziente», cosicché si affermi «una cultura medica diffusa, capace di guardare alla sofferenza del paziente come a una parte integrante della malattia che il medico è chiamato a curare» CNB, *Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte*, 29 gennaio 2016. In questa direzione vanno sia il D.M. 04 giugno 2015, recante: «Individuazione dei criteri per la certificazione della esperienza triennale nel campo delle cure palliative dei medici in servizio presso le reti dedicate alle cure palliative pubbliche o private accreditate, di cui alla legge 27 dicembre 2013, n. 147, comma 425», sia il documento approvato dalla Conferenza Permanente dei Presidenti di Consiglio di Corso di Laurea Magistrale in Medicina e Chirurgia, approvata a Roma il 22 Gennaio 2018, in cui si raccomanda l'attivazione di un tirocinio specializzante in Cure palliative e Terapia del dolore. Per parte sua, il Legislatore, con la già citata L. 219/2017, ha stabilito, all'art. 1, c. 8, che «Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura» e, al c. 10, che «La formazione iniziale e continua dei medici e degli altri esercenti le professioni sanitarie comprende la formazione in materia di relazione e di comunicazione con il paziente, di terapia del dolore e di cure palliative».

<sup>16</sup> Su questo tipo di problematiche si veda, ad es., C. UDO, *The concept and relevance of existential issues in nursing*, in *European Journal of Oncology Nursing*, 18, 2014, 347–354.

<sup>17</sup> Così come fanno ad esempio E. J. ETTEMA, L. D. DERKSEN, E. VAN LEEUWEN, *op. cit.*, *passim*.

canza<sup>18</sup>, allora interpretarla come il riflesso della condizione naturale per cui un individuo esiste in un corpo separato dagli altri, incapsulato nella sua mente, tanto unico quanto solitario nella sua alterità al mondo e agli altri individui, appare quanto meno riduttivo. Tale spiegazione, infatti, privilegiando una concezione di tipo solipsistico dell'essere umano, pare trascurare il fatto che chi fosse fatto per stare solo non potrebbe mai sentirsi solo. In altri termini, il fatto di essere fisicamente separati gli uni dagli altri non ha nulla a che vedere con il fatto di sentirsi soli: se ci si può sentire soli è proprio per il fatto che non siamo unicamente dei corpi individuali separati gli uni dagli altri, ma siamo esseri relazionali per i quali la situazione di abbandono o di "incapsulamento" rappresenta una fonte di sofferenza.

A questo riguardo, mi paiono pertinenti le considerazioni di Eugenio Borgna, il quale distingue tra una forma positiva di solitudine, creatrice, e una negativa, dolorosa, che egli chiama isolamento. La differenza fra le due, al di là dei riflessi esistenziali o psicologici sulla persona, è strutturale. Mentre la solitudine propriamente detta «è definita dalla relazione all'*altro*», questo non avviene invece nell'isolamento<sup>19</sup>. Così come chi tace può, se vuole, rimettersi a parlare, mentre chi è muto non ha la possibilità di dire nulla, altrettanto nella solitudine permane quell'apertura sul mondo o sulle cose che è impossibile nell'isolamento, dove si è invece chiusi in se stessi. Perciò, se la solitudine «è un momento della vita nella quale si continua a realizzare valori interpersonali e comunitari», per contro, invece, con l'isolamento «ci si allontana dal mondo, e ci si immerge negli orizzonti di esperienze divorate dall'indifferenza e dal rifiuto di ogni dialogo, e di ogni comunicazione; pietrificandoci nei confini di un io che diviene monade senza porte e senza finestre»<sup>20</sup>.

Questa distinzione mi sembra proficua perché consente di inquadrare in una cornice più ampia le dinamiche della solitudine che caratterizzano anche l'esperienza della malattia estrema. La situazione di isolamento di cui parla Borgna, nella quale mi pare si possano ritrovare i tratti della *existential loneliness*, non è cioè il mero riflesso della consapevolezza di essere separati dagli altri, nemmeno laddove quella consapevolezza si fa acuta proprio quando il corpo ha il sopravvento: come nella malattia, dove si viene bruscamente posti di fronte alla propria finitezza individuale e alla concreta prospettiva che per sé, e per sé soli, non per "gli altri", non ci sia più alcun futuro. Piuttosto è la manifestazione di una situazione di incapacità, di impossibilità in cui il soggetto è intrappolato: e precisamente è intrappolato nell'incapacità di esperirsi o immaginarsi come un centro di relazioni.

Ora, se è condivisibile l'idea che la *existential loneliness* sorga in circostanze tipiche, tra le quali anche lo stare morendo<sup>21</sup>, questa incapacità di comunicare o di essere compresi parrebbe insidiare non solo la nostra integrità come individui, ma prima ancora la nostra identità di uomini che è, appunto, fatta di relazionalità. Parrebbe lecito, cioè, concludere che la *existential loneliness*, lungi dal rappresentare un riflesso della nostra condizione naturale, segni invece lo smarrimento di ciò di cui si nutre la nostra umanità.

Anche a questo riguardo, però, vale la pena di non trarre conclusioni affrettate. Scrive Heidegger, nel corso tenuto a Marburgo nel '25 sui *Prolegomeni alla storia del concetto di tempo*, che ciò che carat-

<sup>18</sup> E. J. ETTEMA, L. D. DERKSEN, E. VAN LEEUWEN, *op. cit.*, 175.

<sup>19</sup> E. BORGNA, *op. cit.*, 19.

<sup>20</sup> E. BORGNA, *op. cit.*, 21.

<sup>21</sup> I. BOLMSJÖ, P.-A. TENGLAND, M. RÄMGÅRD, *op. cit.*, 8-9.

terizza in maniera costitutiva il nostro modo di esistere, il nostro essere nel mondo, è di «*essere assegnati l'uno all'altro*»<sup>22</sup>, nel senso che l'aver a che fare con gli altri non sarebbe mai possibile se non fosse già inscritta in noi la capacità di relazionarci agli altri, di *essere-con*<sup>23</sup>. La cosa interessante è che, agli occhi di Heidegger, questo carattere costitutivo del nostro essere umani non spiega solo le reciproche relazioni (costruttive o distruttive, di accettazione o di rifiuto, pacifiche o ostili), ma anche come sia possibile la reciproca indifferenza, il fatto che ci schiviamo gli uni gli altri. Solo per un essere che è strutturalmente in relazione con gli altri, infatti, ha senso qualcosa come l'indifferente passarsi accanto: «Una pietra o un mattone che cada dal tetto non passa a rigore, incurante, accanto a una finestra»<sup>24</sup>.

Allo stesso modo, verrebbe da dire, solo per un essere che ha nella relazionalità, nella comunicazione, il suo tratto costitutivo ha senso non solo qualcosa come la solitudine costruttiva, ma anche quel tipo di situazione che viene colta dalla nozione di isolamento o da quella di *existential loneliness*. Tanto la condizione di assenza di relazionalità quanto quella di incapacità di relazionalità sono significative solo se riferite a un ente che è strutturalmente relazionale, un ente il cui modo di darsi proprio e specifico è quello di *essere-con*. Solo per un tale ente, verrebbe da dire, sono possibili tanto la solitudine nella sofferenza, quanto la sofferenza per la solitudine. Paradossalmente, cioè, la condizione di solitudine e di abbandono, il senso di vuoto e di disperazione che caratterizzano la sofferenza di chi vive la malattia nella sua forma estrema non fa che ribadire – in modi che possono diventare anche intollerabili – il carattere costitutivo della nostra umanità. Se il dolore è privilegio del vivente, come afferma Hegel<sup>25</sup>, la solitudine devastante che in alcuni casi lo accompagna è, per quanto amaro, privilegio dell'uomo.

## 5. La morte tra pubblico e privato

Come si è visto, in letteratura viene riconosciuto che una delle condizioni in cui più frequentemente e intensamente è sperimentata la sofferenza della solitudine esistenziale è quella dei malati terminali o, comunque, di chi è posto di fronte alla prospettiva della morte. L'esperienza di questa condizione estrema suscita il senso di abbandono e la sofferenza che lo accompagna.

Nella filosofia del Novecento uno degli aspetti su cui sono state scritte le pagine più acute e intense sulla morte è quello per cui se ne contrappone il carattere impersonale – per cui *si sa* che *si muore* – al suo carattere assolutamente individuale – in base al quale la morte è sempre e soltanto la propria morte, rispetto alla quale non si danno sostituti.

Una delle ricadute più ovvie, ma anche più inquietanti di questo fatto, è che la morte non è affrontabile con le consuete modalità con cui si realizza e si organizza la nostra esperienza dei fatti del mondo. Come osserva Jaspers, se c'è una cosa che non posso mai sperimentare questa è proprio la mia morte: «Solo la morte degli altri è un evento, la mia *non la posso sperimentare*, al massimo posso sperimentare qualcosa che vi si riferisce. I dolori del corpo, l'angoscia che si prova, la situazione di

<sup>22</sup> M. HEIDEGGER, *Prolegomeni alla storia del concetto di tempo*, trad. it. R. Cristin, A. Marini, Genova, 1999, 297-298.

<sup>23</sup> M. HEIDEGGER, *op. cit.*, 294.

<sup>24</sup> M. HEIDEGGER, *op. cit.*, 298.

<sup>25</sup> Cfr. G.W.F. HEGEL, *Scienza della logica*, II, Roma-Bari, 1988, 874.

una morte che appare inevitabile, tutto questo posso viverlo, superandone poi il pericolo; morendo soffro la morte, ma non la sperimento mai»<sup>26</sup>.

Si crea così in modo inevitabile, strutturale, una tensione fra il carattere pubblico e quello individuale della morte. I modi in cui questa tensione si manifesta ed è stata interpretata sono molteplici. Così, ad esempio, Heidegger sottolinea il fatto che, nel mondo pubblico dei rapporti quotidiani, la tendenza di confinare la morte nella indeterminatezza impersonale del «si muore»<sup>27</sup> ha due conseguenze. La prima è che viene equivocato il senso della morte perché qualcosa che è mio «in modo assolutamente insostituibile»<sup>28</sup>, qualcosa che mi rende unico e che come tale custodisce la possibilità di conferire un senso alla mia esistenza, viene confuso con un accadimento comune che non capita a nessuno in particolare. In tal modo ciascuno perde *se stesso* nell'anonimato del *si* impersonale e omologante, ciascuno abbandona all'indifferenziato quanto custodisce la sua possibilità più propria. La seconda conseguenza è che l'atteggiamento comune, quotidiano, diffuso, con cui *si* guarda alla morte è quello di una «costante tranquillizzazione»<sup>29</sup> nei confronti di un evento minaccioso che si vuole allontanare e coprire il più possibile, per non venirne turbati, al punto che «[n]on raramente si vede nella morte degli altri un disturbo sociale o addirittura una mancanza di tatto, nei confronti della quale la vita pubblica deve prendere le sue misure»<sup>30</sup>. In quest'ottica, il prendersi cura del morente diventa lo sforzo consolatorio di rassicurare, tranquillizzare, prospettare il ritorno alla quotidianità, dissimulando la sua situazione e in qualche modo espropriandolo di ciò che è massimamente suo.

Qualche anno prima, in uno scritto pubblicato postumo, Scheler aveva sostenuto che l'atteggiamento nei confronti della morte che caratterizza il nostro tempo è un portato dell'imporsi della visione individualista propria dell'«uomo europeo occidentale moderno»<sup>31</sup> e della sua mentalità calcolante, che riduce tutti i valori all'utile e trasforma in istinti spontanei, e perciò illimitati, il lavoro e la ricerca del profitto. Buttarsi a capofitto nel vortice degli affari, tendere al successo, dedicarsi all'accumulo di ricchezze, diventa quel *pharmakon* che consente all'uomo moderno di rimuovere il pensiero della morte e di costruirsi l'illusione di una vita interminabile, che viene vissuta «alla giornata» finché si scopre che non vi è più nessuna giornata. Ecco allora che la morte sopraggiunge sempre e solo come una «catastrofe», e nessuno «sente più e sa più di dover morire la propria morte»<sup>32</sup>: nella immagine sociale, pubblica, in cui quest'uomo individualista votato al successo si è perduto, a morire è sempre un altro e ognuno muore in quanto è un altro per gli altri.

A ben vedere, in questo modo va perduto non solo il senso della propria morte, ma la consapevolezza di ciò che ci qualifica come esseri viventi rispetto ai non-viventi. Anche delle cose, infatti, diciamo che nascono e muoiono, ma «i viventi sono quelle cose che nascono e muoiono *in maniera assoluta*, non soltanto – come i non viventi – in relazione a un soggetto che li osserva»<sup>33</sup>. Da questo punto di

<sup>26</sup> K. JASPERS, *Filosofia*, 2, *Chiarificazione dell'esistenza*, Milano, 1978, 201.

<sup>27</sup> M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, trad. it. P. Chiodi, Milano, 1976, 308.

<sup>28</sup> M. HEIDEGGER, *op. cit.*, 309.

<sup>29</sup> M. HEIDEGGER, *op. cit.*, 309.

<sup>30</sup> M. HEIDEGGER, *op. cit.*, 309.

<sup>31</sup> M. SCHELER, *Morte e sopravvivenza*, in *Id.*, *Il dolore, la morte, l'immortalità*, a c. di Franco Biasutti, trad. it., A. Rizzi, Torino, 1983, 93.

<sup>32</sup> M. SCHELER, *op. cit.*, 96.

<sup>33</sup> M. SCHELER, *op. cit.*, 89.

vista, si potrebbe dire che questo uomo individualista – che si è imposto con il mondo moderno e che «[n]on sa di morire anche per se stesso»<sup>34</sup> – non sa di essere un vivente, prima ancora di non sapere di essere un uomo.

Alla luce di queste analisi sulla tensione fra l'immagine pubblica e il carattere individuale della morte, l'esperienza del malato terminale si rivela essere un'esperienza terribile – di terribile solitudine – anche per una certa situazione culturale che caratterizza in modo specifico il nostro tempo.

Massimo Reichlin ha osservato, acutamente, che «la speranza di cui vive l'uomo contemporaneo non è tanto quella di dare un senso alla vita o alla sofferenza, ma quella che la medicina scientifica compie il miracolo di risparmiargli ogni sofferenza, prolungandone indefinitamente la vita»<sup>35</sup>. Così, egli sostiene, nel contesto delle nostre società civilizzate, dove predomina il sapere tecnico, il venire meno di un sistema di riferimento simbolico e il concomitante affermarsi di un paradigma individualistico, gli eventi supremi si sono trasformati in fatti privati, per i quali manca un *ethos* pubblico che aiuti gli individui a riappropriarsi della propria mortalità come di un momento qualificante della propria esistenza.

Sembra, cioè, che siamo immersi in una temperie culturale volta a dimenticare, occultare o allontanare l'esperienza della morte, stemperandola in un'evenienza impersonale, cosicché chi si trova a vivere l'imminenza o ad avvertirne l'ineluttabilità si trova ad essere isolato e rinchiuso in un suo "mondo privato" che è tale non perché sottratto alle intrusioni altrui, ma perché lo priva di qualsiasi possibilità di condivisione della sua situazione in quanto *sua*.

Nelle situazioni estreme come quelle della malattia terminale (ma anche quelle di grave infermità che costringono ad esempio alla nutrizione o alla respirazione artificiale) viene così a confluire una pluralità di istanze che si avviluppano formando un nodo inestricabile. Infatti, ci si ritrova a fare i conti con l'indisponibilità di ogni significato omogeneo a quelli con cui *si vive* usualmente e che strutturano le nostre relazioni quotidiane. Inadatta a connettersi alla trama dei rapporti usuali, la propria situazione diviene non solo inusuale, ma inutile e, quindi, insensata e incomunicabile.

Si può certo leggere la sensazione di solitudine radicale esperita nelle situazioni estreme come un segnale, un indicatore del fatto che quello dei rapporti quotidiani, usuali, non è l'unico possibile orizzonte di senso, così come non lo sono la visione dell'uomo e della vita a cui esso si informa. E tuttavia questo non risolve, ma semmai acuisce il bisogno che la relazionalità costitutiva di ogni uomo si mantenga anche laddove si è posti di fronte a quanto non può essere strutturalmente condiviso.

Da questo punto di vista, se è vero che «nessuno può morire bene se muore da solo»<sup>36</sup>, ed è quindi necessario «promuovere anche una sorta di *ethos* del morire, un sistema di rappresentazione sociale dell'evento della morte che, al di là dell'ossessione per il controllo tecnologico, ci consenta di riconciliarci con la nostra natura mortale»<sup>37</sup>, che aiuti gli individui ad appropriarsi di questi eventi dotandoli di un significato che non può essere elaborato individualmente, è altrettanto vero che questo non può tradursi in una sorta di *prontuario* di risposte o di forme simboliche precostituite con cui illudersi

<sup>34</sup> M. SCHELER, *op. cit.*, 96.

<sup>35</sup> M. REICHLIN, *L'etica dell'accompagnamento al morente e i diritti del paziente*, in G.L. CETTO (a cura di), *op. cit.*, 191.

<sup>36</sup> M. REICHLIN, *op. cit.*, 198.

<sup>37</sup> M. REICHLIN, *op. cit.*, 197.

di poter affrontare il vuoto di senso – e quindi la disperante solitudine – che accompagna l'esperienza di sofferenza a cui va incontro il malato<sup>38</sup>. Come giustamente è stato osservato, la domanda se la sofferenza abbia un senso è una domanda sbagliata perché «[f]a pensare che il senso delle cose *preesista* allo sforzo interpretativo degli uomini e all'azione umana. In realtà il senso di una situazione, di una grave malattia ad esempio, non *preesiste* alla mia azione»<sup>39</sup>.

## 6. La sfida della morte

La sofferenza del malato è quindi una richiesta di senso, il bisogno di un significato che, nel valere proprio per lui, lo mantenga al contempo in relazione con altri e vinca la sua solitudine<sup>40</sup>.

Forse non si è poi così lontani dal vero se si legge quella sensazione di impotenza o di pesantezza esistenziale che spesso viene denunciata da chi – familiari, medici, assistenti – si trova ad avere a che fare con il malato come il segnale della fatica richiesta da un compito immane. Infatti, da quanto si è visto fino ad ora, sembra lecito sostenere che quella richiesta di senso può essere soddisfatta solo laddove sia all'opera la reciproca compenetrazione di ciò che è massimamente singolare, il dover affrontare la *propria* morte, con ciò che, nel suo presidiare l'intersoggettività strutturale di quell'ente che è capace di soffrire di solitudine, è massimamente universale.

In questo modo, però, nella tensione fra la singolarità del “questo” e l'universalità dell' “ogni” la sofferenza colloca la richiesta di senso nel campo proprio dell'agire. L'azione, infatti, quando non sia confusa con un mero moto corporeo, nel manifestare o realizzare un'intenzionalità porta a compimento, nel qui ed ora della sua puntualità, qualcosa che trascende il caso specifico e che può valere come criterio di riferimento, come criterio regolatore per altri casi.

Il problema specifico dato dalla richiesta di senso che proviene dalla sofferenza del malato sta però proprio nel tipo di azione che essa richiede, ovvero nel carattere di quel criterio di riferimento e nella modalità della sua connessione alla *propria* situazione. Se non si vuole ricadere nell'impersonalità del *si*, bisogna accettare fino in fondo il fatto che non vi sia un criterio precostituito a cui fare ricorso. Quel criterio, infatti, non può essere inteso alla stregua di un qualche valore o direttiva o schema regolativo già predisposti ai quali *si* attinge, adattandoli di volta in volta alla situazione individuale, attraverso una qualche tecnica specifica. Non siamo, cioè, di fronte ad un tipo di richiesta che possa essere soddisfatto da quel tipo di azione che si ha nell'operare tecnico-applicativo. Ecco allora che il terreno su cui pare radicarsi la richiesta di senso acquista i contorni propri di un agire libero, di un agire, cioè, che è in grado di fornire a se stesso il criterio esplicativo, la regola, il *nomos* del suo darsi e che, nella sua autonomia, accoglie in sé, nella sua concreta puntualità, quell'intersoggettività a cui l'uomo è da sempre consegnato. La difficoltà nel trovare una risposta che soddisfi la richiesta di senso che viene dal sofferente è proprio quella di realizzare un atto la cui singolarità si pone in uno con l'universalità che lo regola e che, proprio per questo, se da un lato «non è

<sup>38</sup> A scanso di equivoci, non sto sostenendo che questo sia il senso delle tesi di Reichlin.

<sup>39</sup> X. THÉVENOT, *op. cit.*, 104.

<sup>40</sup> «L'approccio alla persona inguaribile necessita di specifici supporti parentali, amicali, solidaristici e spirituali, resi possibili solo nell'ambito di un intervento “ad elevata umanizzazione”», <http://ioveneto.it/unit/sc-terapia-del-dolore-e-cure-palliative>; (ultimo accesso: 17.09.2018).

passibile di *imitazione*»<sup>41</sup>, nella sua irripetibilità è tuttavia significativa non solo per chi lo compie, ma per chiunque, in quanto testimonianza di una possibilità che a ciascuno è dato di realizzare a propria volta, nel modo più proprio. Se una qualche valenza etica è possibile riconoscere alla sofferenza del malato, essa allora non sta in altro che in questo: nello suscitare il bisogno di un atto di libertà.

Da questo punto di vista, il prendersi cura non è tanto un soddisfare questo bisogno: nessuno può sostituirsi in questa soddisfazione all'interessato stesso; semmai il prendersi cura è *custodire* le condizioni perché quest'atto sia possibile. Prendersi cura del sofferente è custodire le condizioni per un atto di libertà con il quale il malato può ritrovarsi, può ricostituirsi come centro unitario – in-dividuo – di relazioni<sup>42</sup>.

Come noto, la L. 38/2010, all'art. 1, c. 3, stabilisce che «le strutture sanitarie che erogano cure palliative e terapia del dolore assicurano un programma di cura individuale per il malato e per la sua famiglia, nel rispetto dei seguenti principi fondamentali: a) tutela della dignità e dell'autonomia del malato, senza alcuna discriminazione; b) tutela e promozione della qualità della vita fino al suo termine; c) adeguato sostegno sanitario e socio-assistenziale della persona malata e della famiglia»<sup>43</sup>.

Nulla, credo, pare essere più adeguato e consono a tutelare la dignità e l'autonomia del malato che apparecchiare e custodire le condizioni per quell'atto di libertà che, solo, può soddisfare la richiesta di senso; e nulla risulta più necessario – a questo scopo – che venga fornito al malato e ai suoi familiari tutto il sostegno, sia medico-sanitario, sia socio-assistenziale, adeguato.

<sup>41</sup> F. CHEREGHIN, *Possibilità e limiti dell'agire umano*, Genova, 1990, 176.

<sup>42</sup> Intendere il contenuto di tale atto di libertà esclusivamente come l'autodeterminarsi nella scelta tra possibilità alternative e totalizzanti (come, per esemplificare in modo alquanto rozzo, nel caso della scelta di anticipare o meno la propria morte) sarebbe quantomeno riduttivo. Infatti, anche una scelta siffatta è rimessa a qualcosa che esorbita la sua portata, in quanto ne costituisce la condizione di possibilità. Condizione di possibilità di una scelta totalizzante può essere solo alcunché che si presenta come totalità di condizioni, ovvero, come qualcosa che non è soggetto a nessuna condizione, in quanto le racchiude tutte in sé ed è quindi, letteralmente, incondizionato. È proprio questa capacità dell'incondizionato a costituire il contenuto più proprio e profondo di quell'atto di libertà grazie al quale il malato è restituito a se stesso e si dispone (anche) a esercitare una qualche scelta. Trovare la misura e la via terapeutiche che possano custodire fino in fondo questa capacità è la sfida più ardua.

<sup>43</sup> Per un commento alla legge rinvio a T. PASQUINO, *Le cure palliative nel prisma del diritto alla salute dei malati terminali*, in *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, 1, 2017, 79-90. Molto chiara, a questo riguardo, la sintesi fornita dallo IOV: «Le cure palliative consistono nell'applicazione di un insieme coordinato e integrato di approcci non esclusivamente sanitari, quindi anche socio-assistenziali, solidaristici e amicali, rivolti alle persone affette da malattie inguaribili a rapida evoluzione. Le cure palliative hanno lo scopo di lenire la sofferenza intesa non solo come dolore ma come l'insieme dei disturbi fisici, psicologici, sociali e spirituali che possono affliggere i pazienti in fase molto avanzata di malattia. Le cure palliative mirano a migliorare la qualità della vita di questi malati, pur senza intervenire sulla malattia di base, di per sé ormai giunta ad uno stadio in cui la guarigione non è più possibile», <http://ioveneto.it/unit/sc-terapia-del-dolore-e-cure-palliative>; (ultimo accesso: 17.09.2018).



## I contratti di Ulisse. Autodeterminazione e sofferenza psichica

Letizia Mingardo\*

ULYSSES CONTRACTS: SELF-DETERMINATION AND PSYCHIC SUFFERING

**ABSTRACT:** Advance Directives are written documents, which are used for people to notify their preference for a future situation when they are unable to give their consent. In psychiatry, “Ulysses contracts” or psychiatric advance directives (PADs) can be used for patients with chronic psychotic disorders such as schizophrenia, or bipolar disorder. PADs give the patient an opportunity to state wishes in advance about his/her treatment when he/she is in an acute state of illness. PADs may contain information about medication, (non) pharmaceutical devices, and the name of a proxy decision maker. In this paper, by looking at the figure of Ulysses, who is considered to give his companions the first PAD in Western history, it is argued that PADs are likely to become a useful tool in psychiatric care. In fact, they may strengthen the autonomous self-control, the empowerment and the insight of the patient in respect of his/her illness. But it is also argued that this outcome is possible only if we consider the concept of autonomy as relational authenticity (and not as sovereignty), as the current “relational turn” and “vulnerability turn” in bioethics and biolaw suggest.

**KEYWORDS:** Ulysses contracts; advance directives; autonomy; self-determination; psychiatric care

**SOMMARIO:** 1. Il biodiritto della sofferenza psichica: verso il massimo grado di autonomia possibile – 2. L’autodeterminazione terapeutica preventiva del sofferente psichico – 3. Direttive anticipate e contratti di Ulisse – 4. La pazzia di Ulisse: la valenza bioetica di una metafora – 5. Le direttive psichiatriche anticipate: possibilità e limiti – 6. La lezione di Ulisse a confronto con la legge n. 219/2017.

### 1. Il biodiritto della sofferenza psichica: verso il massimo grado di autonomia possibile

« Il giorno io lo guadagno con fatica/ tra le due sponde che non si risolvono,/ insoluta io stessa per la vita/ ... e nessuno m’ajuta»<sup>1</sup>. Così scriveva Alda Merini nel 1948, raccontando la lacerazione interiore che il disagio psichico le procurava, ma avvertendo, altresì, lucidamente, quanto potente fosse la solitudine cui si sentiva, suo malgrado, consegnata.

La malattia mentale è sempre stata, e spesso continua ad essere, per molti versi, un tabù. Anche giuridico. L’attenzione diffusa alla tutela dell’integrità della persona affetta da disturbi psichici è guada-

\* Professore a contratto in Metodologia e informatica giuridica, Università degli Studi di Padova. E-Mail: [letizia.mingardo@unipd.it](mailto:letizia.mingardo@unipd.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

<sup>1</sup> I versi sono tratti dalla poesia di A. MERINI, *Il gobbo*, in G. SCHEIWILLER (a cura di), *Poetesse del Novecento*, Milano, 1951.

*Ulisse*

gno recente, in Italia, ed ancora insufficiente<sup>2</sup>. Da più parti si sollecita l'adesione della società, e del diritto, ad un modello di trattamento della disabilità psichica che, abbandonato il vecchio paradigma della segregazione<sup>3</sup>, superi anche il pur lodevole modello dell'integrazione, per tendere a quello dell'inclusione, in grado di custodire la diversità salvaguardando il senso di appartenenza della persona alla comunità<sup>4</sup>.

Tale indirizzo di fondo emerge chiaramente da importanti documenti internazionali, a partire dalla Risoluzione ONU n. 46/119 del 17 dicembre 1991 sulla Protezione delle persone affette da malattia mentale e il miglioramento delle cure di salute mentale, nonché dalla Convenzione di Oviedo sui Diritti umani e la biomedicina del 1997 e dal Libro Bianco del Consiglio d'Europa dedicato al Trattamento dei pazienti psichiatrici del 24 settembre 1999, passando attraverso la Dichiarazione di Helsinki sulla Salute mentale del 2005 e la Convenzione di New York sui *Diritti delle persone con disabilità* del 2006, per arrivare, infine, alla Convenzione ONU sui *Diritti delle persone con disabilità* del 2007.

A livello nazionale, nel più recente dei molti pareri dedicati alla malattia mentale, *La cura delle persone con malattie mentali: alcuni problemi bioetici*, del 21 settembre 2017, il Comitato Nazionale per la Bioetica raccomanda una prospettiva di cura delle persone con malattie mentali che integri la "cure", centrata sulle componenti neurobiologiche alla base della malattia, con la "care", ossia il "prendersi cura" della sofferenza, della soggettività e dei bisogni della persona. I due aspetti si intersecano e si integrano in modo particolare nella cura delle persone con malattie mentali, sulla base del riconoscimento dell'importanza, da un lato, di un trattamento medico efficace, e, dall'altro, di una speciale attenzione verso le componenti relazionali e socio-ambientali, che influiscono grandemente sullo sviluppo della malattia e sulle prospettive di recupero.

Sulla scia della svolta paradigmatica avvenuta, in Italia, con la chiusura delle istituzioni manicomiali prima (con la nota legge Basaglia n. 180/1978), e degli ospedali psichiatrici giudiziari poi (con la legge n. 81/2014), anche il biodiritto appalesa, nel passaggio dal modello custodialista segregante a quello

<sup>2</sup> Cfr. S. ROSSI, P. TINCANI (a cura di), *I diritti forzati. Conversazioni sulla follia a quarant'anni dalla legge Basaglia*, Milano, 2018; P. CENDON, *I diritti dei più fragili. Storie per curare e riparare i danni esistenziali*, Milano, 2018; L. DIMASI, *Il diritto della psiche*, Canterano, 2018; G. FERRANDO, G. VISINTINI (a cura di), *Follia e diritto*, Torino, 2003; P. CENDON (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente*, Napoli, 1988.

<sup>3</sup> Per il quale è doveroso un rimando al pensiero biopolitico di Foucault, così come esposto, in particolare, in M. FOUCAULT, *Storia della follia nell'età classica*, Milano, 2011; Id., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 2014; Id., *Storia della clinica. Una archeologia dello sguardo medico*, Torino, 1998.

<sup>4</sup> Là dove l'integrazione punta, secondo un approccio di tipo compensatorio, a intervenire sul soggetto, incrementando una risposta di tipo specialistico, l'inclusione considera la globalità dei contesti sociali di riferimento del disabile, intervenendo prima sull'ambiente e poi sul soggetto, per arrivare a trasformare la risposta specialistica in ordinaria. Per uno studio sul mutamento di paradigma, dalla integrazione all'inclusione, che ha interessato la teoria delle istituzioni nel trattamento delle minoranze e delle devianze, cfr. F. BELVISI, *Verso l'inclusione. La teoria delle istituzioni e l'integrazione sociale mediante il diritto*, Bologna, 2012. Più specificamente, in tema di inclusione del soggetto disabile, cfr. G. GRIFFO, *L'inclusione come strumento di tutela dei diritti umani*, in M. MUSCIA (a cura di), *Dialogo interculturale, diritti umani e cittadinanza plurale*, Venezia, 2007, 167-182; G. GRIFFO, *Persone con disabilità e diritti umani*, in T. CASADEI, *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Torino, 2012, 143-163.

terapeutico integrante/inclusivo, la crescente tensione verso una cura del disagio psichico improntata alla garanzia, nei confronti del malato, del maggior grado di autonomia possibile<sup>5</sup>.

La promozione del massimo livello di autonomia possibile è, del resto, la *ratio* sottesa alla stessa introduzione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, rivolto alla protezione di persone affette da menomazioni o infermità fisiche o psichiche, avvenuta con la legge n. 6/2004. Tale misura, com'è noto, è andata ad aggiungersi a (e colmare lo spazio lasciato vuoto da) i tradizionali strumenti di protezione legale degli incapaci, ossia l'interdizione e l'inabilitazione, di impostazione paternalistica<sup>6</sup>. Essa ha avuto un ruolo fondamentale nel ripensamento dello statuto della persona disabile, contribuendo a riaccendere l'attenzione della dottrina sulla autodeterminazione delle persone con capacità cognitive e/o decisionali compromesse, come, ad esempio, nei casi di demenza, ma anche di ludopatia, depressione grave, disturbo bipolare, disturbi deliranti cronici e schizofrenici<sup>7</sup>.

In questo contesto, è (stato) inevitabile tornare a interrogarsi su possibilità e limiti del diritto all'autodeterminazione terapeutica nell'ambito della malattia mentale. Come sottolinea Ferrando, la stessa evoluzione del principio del consenso al trattamento medico, nella recente storia dell'ordinamento giuridico italiano, manifesta una progressiva apertura verso la considerazione della partecipazione e del coinvolgimento del paziente nella relazione terapeutica come un valore da salvaguardare, a garanzia del fondamentale diritto alla salute ex art. 32 Cost., anche per il sofferente psichico<sup>8</sup>. La sensibilità giuridica contemporanea non accetta più come necessaria e indiscutibile la correlazione tra malattia mentale, incapacità e totale inettitudine a prestare il proprio consenso agli

<sup>5</sup> Per uno studio su questa evoluzione ordinamentale, a confronto con il dettato costituzionale, cfr. S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015; S. ROSSI, *La legge n. 180/1978 quale fattore di revisione dei paradigmi. Dall'immunitas alla communitas*, in questa *Rivista*, 3, 2018, 123-138.

<sup>6</sup> Dalla Balla interpreta questa evoluzione del sistema nei termini di una progressiva deistituzionalizzazione, rispetto alla quale non bisogna abbandonare lo spirito critico, pur riconoscendone gli indubbi meriti di promozione della dignità e della libertà del malato. Ad avviso dell'autore, difatti, alla "fuga dal diritto amministrativo" corrisponde una poco meditata "corsa agli istituti civilistici", che rischia di consegnare il malato, puramente e semplicemente, a se stesso, senza adeguati strumenti compensatori di garanzia né per l'individuo, né per la collettività (F. DALLA BALLA, *I paradigmi normativi dell'amministrazione psichiatrica. Servizi territoriali e strumenti per l'autodeterminazione terapeutica a quarant'anni dalla Legge Basaglia*, in questa *Rivista*, 1, 2019, 400-432).

<sup>7</sup> Per un esame della casistica, si rimanda a F. DALLA BALLA, *op. cit.*; S. MONOSI, N. TACCONI, *L'amministrazione di sostegno*, in *Studi e materiali. Quaderni trimestrali. Consiglio Nazionale del Notariato*, 3-4, 2017, 357-384; M. F. TOMMASINI, *L'amministrazione di sostegno tra sussidiarietà e solidarietà. Margini per una reinterpretazione del sistema*, in *Rassegna di diritto civile*, 3, 2015, 961-989; A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2012, 547; A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 5, 2013, 424-432; P. CENDON, *Questioni attuali in tema di amministrazione di sostegno*, in *Questione giustizia*, 3, 2018, 80-86; G. FERRANDO, *L'amministrazione di sostegno e le sue recenti applicazioni*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 12, 2010, 836-848;

<sup>8</sup> Con mirabile sintesi, la studiosa ricorda come, seguendo quella «linea che segna il passaggio dal paternalismo del medico al coinvolgimento del paziente nella relazione terapeutica», il consenso all'atto medico non possa più considerarsi, secondo la risalente concezione penalistica, come consenso dell'avente diritto, idoneo a scriminare una condotta medica altrimenti illecita, e neppure, secondo la successiva logica contrattualistica, come un atto di disposizione del corpo; piuttosto, si è ormai consolidato l'orientamento per cui il consenso (informato) al trattamento medico è atto di partecipazione del paziente al processo terapeutico e, al contempo, esercizio del diritto alla salute (G. FERRANDO, *Incapacità e consenso al trattamento medico*, in *Id.*, G. VISINTINI (a cura di), *op. cit.*, 126).

atti medici. Piuttosto, «anche nel malato di mente vanno ricercati e valorizzati gli spazi di autonomia compatibili con la sua condizione»<sup>9</sup>.

Anche presso la nostra dottrina si è, dunque, diffusa la tesi per cui il riferimento, in tema di capacità richiesta per le scelte mediche, non dovrebbe essere alla tradizionale categoria generale della capacità legale di agire, intesa quale attitudine a porre in essere atti giuridicamente vincolanti. Piuttosto, è opportuno guardare alla concreta e specifica capacità del soggetto di comprendere e apprezzare, compatibilmente con la sua condizione, l'impatto che l'altrettanto concreta e specifica scelta medica in questione potrebbe avere sulla sua vita.

A partire dalla problematizzazione della tradizionale "capacità di intendere e di volere" (o "naturale" o "di fatto"), che, indicando l'idoneità *hic et nunc* del soggetto a rendersi conto del valore delle proprie azioni e ad autodeterminarsi, offre un valido esempio di capacità *situazionale*, si sta formando un nuovo quadro teorico di riferimento. Anche su stimolo della letteratura straniera, stanno emergendo nuove categorie giuridiche in tema di scelte mediche, che fanno capo, secondo un comune approccio contestuale e funzionale, non senza aporie ed ambiguità, alla "capacità di discernimento" o di "autodeterminazione", alle "capacità [al plurale] di comprensione e decisione", alla cd. *competence*<sup>10</sup>.

Tale evoluzione è confortata da recenti studi in ambito medico, che sottolineano come non vi sia, di per sé, alcuna correlazione necessaria tra sintomi di rilievo psichiatrico ed incapacità decisionali rispetto al consenso agli atti medici. Indipendentemente dalla condizione clinica, sono i livelli di disfunzione cognitiva quelli che appaiono più strettamente associati alle capacità di prestare un consenso informato, sia in campioni di pazienti con patologie psichiatriche, che in popolazioni cliniche differenti ed eterogenee. Vero è che la presenza, variabile, di deficit cognitivi è frequente in molte sindromi psichiatriche e può, quindi, rappresentare un fattore idoneo a limitare la capacità di prestare un valido consenso. Tuttavia, ciò non toglie che la sussistenza di tale capacità non meriti una attenta valutazione caso per caso, all'insegna della valorizzazione degli spazi di autonomia possibili<sup>11</sup>.

## 2. L'autodeterminazione terapeutica preventiva del sofferente psichico

Nell'ambito di tale rinnovato interesse per l'autodeterminazione terapeutica del sofferente psichico, che pure si sta lodevolmente consolidando, vi è un tema sul quale l'attenzione della dottrina, perlomeno italiana, sembra ancora agli albori. Si tratta della autodeterminazione terapeutica cd. *preventiva*, relativa alla possibilità che il sofferente psichico scelga "ora per allora" le terapie a cui sottoporsi,

<sup>9</sup> G. FERRANDO, *Incapacità e consenso al trattamento medico*, cit., 127.

<sup>10</sup> Cfr. *ex multis*, M. PICCINNI, *Prendere sul serio il problema della "capacità" del paziente dopo la l. n. 219/2017*, in *Responsabilità medica*, 3, 2018, 249-268; E. SALVATERRA, *Capacità e competence*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, vol. III, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da) *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, 341 ss.; F. CEMBRANI, M. TRABUCCHI, L. FERRANNINI, C. AGOSTINI, *Capacità ed incapacità al banco di prova della nuova legge sul biotestamento: i tempi della vita nel traffico di un diritto (sempre meno) gentile*, in *Responsabilità medica*, 3, 2018, 235-244; M.G. BERNARDINI, *Soggettività mancanti e disabilità. Per una critica intersezionale all'immagine del soggetto di diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2018, 281-300.

<sup>11</sup> Cfr. G. MANDARELLI, R. POLITI, S. FERRACUTI, *Schizofrenia: il problema del consenso informato al trattamento con clozapina*, in *Giornale Italiano di Psicopatologia*, 2, 2009, 126-132, al quale si rimanda per l'ampia bibliografia specialistica, riportante studi e ricerche di settore.

o non sottoporsi, in caso di futura perdita di competenza/capacità decisionale per il sopraggiungere di una fase acuta della malattia mentale.

Difatti, l'ormai quasi trentennale dibattito nazionale sulla autodeterminazione terapeutica preventiva si è da subito focalizzato sul "testamento biologico"<sup>12</sup> e le "dichiarazioni (o direttive) anticipate di trattamento sanitario" rese dal soggetto *compos sui*, normodotato, capace e competente, specialmente in previsione di trattamenti salva-vita, nutrizione artificiale, ventilazione meccanica, cure palliative<sup>13</sup>. Da ultimo, è intervenuta la legge n. 219/2017, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, che disciplina possibilità e limiti dell'autodeterminazione tera-

<sup>12</sup> Testamento "biologico" o "di vita", traduzione di *living will*, è ormai espressione comune, anche se giuridicamente impropria, come sin da subito segnalato dalla dottrina civilistica. Essa incappa, infatti, nell'equivoco di alludere ad un negozio tipicamente dispositivo della sfera patrimoniale dell'individuo, ad efficacia *mortis causa*, in riferimento ad un atto relativo alla sfera personale e destinato ad avere efficacia *ante mortem* (cfr., *ex multis*, i rilievi di T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009, 72 ss.). Per altre, più risalenti, definizioni, cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18 settembre 2003, par. 1; A. BONDOLFI, voce *Living will*, in *Dizionario di Bioetica Leone-Privitera*, Bologna-Acireale, 1994, 553-556; L. MILONE, *Il testamento biologico (living will)*, in *Vita Notarile*, 1, 1997, 106-113.

<sup>13</sup> La letteratura sul punto è ormai vastissima, data anche la trasversalità etica e giuridica del tema. Senza alcuna pretesa di esaustività, si indicano alcuni recenti contributi su direttive anticipate e testamento biologico: L. MINGARDO, *Incontro alle Sirene. Autodeterminazione e testamento biologico*, Napoli, 2015; AA.VV., *Testamento biologico e libertà di coscienza: Roma, 12-13 aprile 2013*, Roma, 2013; F. CEMBRANI, G. ZUMIANI (a cura di), *Testamento biologico e direttive anticipate. Atti del Seminario Testamento biologico: un patto tra medico cittadino? Trento, 20 ottobre 2012*, Trento, 2013; P. MACCHIA (a cura di), *Ai confini delle cure: terapia, alimentazione, testamento biologico, profili clinici, giuridici, etici. Atti del convegno di Asti 11 novembre 2011*, Napoli, 2012; D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione. Atti del Convegno di Genova (23 maggio 2011)*, Torino, 2012; G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, Torino, 2012; P. BECCHI, *La giustizia tra la vita e la morte. Welby, Englaro e il testamento biologico*, Torino, 2012; M.B. MAGRO, *Sul limite. Testamento biologico e decisioni di fine vita*, Roma, 2012; P. BECCHI, *Il testamento biologico. Sui limiti delle Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, Brescia, 2011; S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *op. cit.*, dove il capitolo 7 del tomo II è dedicato alle disposizioni anticipate, con contributi di M. AZZALINI, *Le disposizioni anticipate del paziente: prospettiva, civilistica*, 1935 ss., D. PROVOLO, *Le direttive anticipate: profili penali e prospettiva comparatistica*, 1969 ss., N. ZAMPERETTI, *Le direttive anticipate tra clinica e bioetica. Il punto di vista del rianimatore*, 2005 ss.; D. NERI (a cura di), *Autodeterminazione e testamento biologico. Perché l'autodeterminazione valga su tutta la vita e anche dopo*, Firenze, 2010; G. COSMACINI, *Testamento biologico: idee ed esperienze per una morte giusta*, Bologna, 2010; M. GENSABELLA FURNARI, A. RUGGERI (a cura di), *Rinuncia alle cure e testamento biologico: profili medici, filosofici e giuridici. Atti di due incontri di studio (Messina, 3 aprile e 15-16 ottobre 2009)*, Torino, 2010; T. PASQUINO, *op. cit.*; D. NANIA, *Il testamento biologico. La terza via*, Roma, 2009; E. CALÒ, *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, Milanofiori, Assago, 2008; F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008; C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *Testamento biologico: quale autodeterminazione?*, Firenze, 2007; P. BORSSELLINO, D. FEOLA, L. FORNI (a cura di), *Scelte sulle cure e incapacità: dall'amministrazione di sostegno alle direttive anticipate*, Varese, 2007; M. ARAMINI, *Testamento biologico. Spunti per un dibattito*, Milano, 2007; AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2005; AA.VV., *Il testamento di vita e il ritorno delle autonomie*, in *Notariato*, 13, 2005; R. DAMENO (a cura di), *Autodeterminarsi nonostante. Atti del Convegno "Verso il riconoscimento giuridico della carta di autodeterminazione: un confronto europeo" Milano, 11-12 novembre 1999*, Milano, 2002; L. IAPICHINO, *Testamento biologico e direttive anticipate. Le disposizioni in previsione dell'incapacità*, Assago, 2000.

peutica (anche) preventiva, prevedendo allo scopo gli istituti delle disposizioni anticipate di trattamento e della pianificazione condivisa delle cure<sup>14</sup>.

Marginale è stato, finora, l'approfondimento delle potenzialità di questi istituti rispetto al mondo della disabilità psichica, curato in pochi e pregevoli contributi<sup>15</sup>, al contrario di quanto avviene da tempo oltre i confini nazionali, dove tali potenzialità risultano maggiormente esplorate da dottrina, giurisprudenza e legislazione.

Nella letteratura anglofona sul tema è ormai d'uso definire "*Ulysses contracts*" tutta una serie di accordi *self-binding* (autovincolanti), contenenti direttive sanitarie in vista di una futura e temporanea compromissione della capacità decisionale. L'espressione rimanda, suggestivamente, al noto episodio dell'Odissea, in cui Ulisse, per sentire il canto delle Sirene senza caderne vittima, chiede ai suoi compagni di legarlo all'albero della nave e di non scioglierlo, nemmeno in caso di sue esplicite richieste contrarie, fintantoché non avessero superato l'antro delle mortifere creature.

Il più delle volte, con "contratto di Ulisse" si intende proprio l'atto con cui pazienti psichiatrici affetti da malattie mentali a decorso ciclico o intermittente, in un momento di lucidità, chiedono ai loro medici di disattendere il rifiuto della terapia che essi dovessero manifestare nei periodi di obnubilamento dovuti alla fase acuta della malattia<sup>16</sup>. Tali direttive possono contenere anche procure sanitarie, indicazioni circa eventuali ospedalizzazioni o ricoveri, trattamenti farmacologici e non farmacologici, misure contenitive o coercitive. Per dare maggiore concretezza al loro possibile contenuto, si pensi a istruzioni preventive sull'uso di neurolettici, antipsicotici, farmaci *long-acting* o *depôt*, sul luogo dell'eventuale ricovero, sull'impiego di terapie elettroconvulsioni o elettroshock, sull'uso di mezzi di contenzione fisica, sul mantenimento del segreto della malattia verso certi soggetti e non altri, sulla scelta di un rappresentante terapeutico o di un c.d. facilitatore, investito del compito di incoraggiare la discussione tra paziente, familiari e medici nei momenti di crisi<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Seppure salutata con favore da molti, dopo una lunghissima gestazione durante la quale da più parti si invocava la assoluta necessità di una disciplina organica in tema di consenso informato e che introducesse anche in Italia gli istituti di autodeterminazione terapeutica preventiva, la normativa non ha affatto messo a tacere il dibattito. Quest'ultimo, piuttosto, si è riaperto a partire dalle formulazioni con cui la legge ha ridisegnato i temi cruciali, che Pasquino sintetizza nelle «questioni attinenti al contenuto che le DAT devono avere per rispettare la loro funzione di atto di autodeterminazione del paziente, fondato sull'art. 13 Cost., e quale grado di discrezionalità riconoscere ai suoi destinatari, sempre nel rispetto della funzione ad esse assegnata» (T. PASQUINO, *Sul contenuto delle DAT tra autodeterminazione del paziente e decisioni di altri: profili civilistici*, in questa *Rivista*, 1, 2019, 283-298). Tra gli innumerevoli commenti alla nuova disciplina, si segnalano tra i più recenti e per il carattere interdisciplinare: C. CASONATO, S. PENASA, M. RODOLFI, *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Milano, 2018 e M. FOGLIA (a cura di), *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, Pisa, 2019.

<sup>15</sup> Cfr. il pionieristico L. BRUSCUGLIA, *Sul cosiddetto testamento psichiatrico*, in G. FERRANDO, G. VISINTINI (a cura di), *op. cit.*, 100-113, assieme ai più recenti A. DAVERIO, G. PIAZZI, A. SAYA, *Il contratto di Ulisse in psichiatria*, in *Rivista di Psichiatria*, 6, 2017, 220-225; S. ROSSI, *Il contratto di Ulisse. Costruzioni giuridiche e tutela costituzionale del sofferente psichico*, in M. FOGLIA (a cura di), *op. cit.*, 81-108.

<sup>16</sup> Cfr. T. VAN WILLIGENBURG, P.J.J. DELAERE, *Protecting Autonomy as Authenticity Using Ulysses Contracts*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 4, 2005, 395-409; G. WIDDERSHOVEN, R. BERGHMANS, *Advance directives in psychiatric care: a narrative approach*, in *Journal of Medical Ethics*, 2, 2001, 92-97; A. WICKLIN, *Bound to Freedom: the Ulysses Contract and the Psychiatric will*, in *University of Toronto Faculty of Law Review*, 1, 1987, 37-68; R. DRESSER, *Bound to Treatment. The Ulysses Contract*, in *The Hasting Center Report*, 3, 1984, 13-16.

<sup>17</sup> Cfr. S. ROSSI, *Il contratto di Ulisse*, cit., p. 105; L. BRUSCUGLIA, *op. cit.*

Altrei noti come *psychiatric advance directives* (PAD), o *psychiatric wills*<sup>18</sup>, questi particolari tipi di accordi preventivi sono previsti e regolamentati in molti ordinamenti stranieri, dove vengono utilizzati, ad esempio, in caso di disturbo bipolare, disturbi deliranti cronici o schizofrenici<sup>19</sup>. In Gran Bretagna sono noti anche come *crisis cards*<sup>20</sup>, mentre negli USA, dove se ne riscontra la maggiore diffusione, si utilizza anche l'espressione di *joint crisis plans*<sup>21</sup>. In Italia, agli inizi degli anni 2000, Bruscuola è stato tra i primi a parlare di *testamento psichiatrico*, sostenendone una seppure problematica compatibilità con l'ordinamento giuridico nazionale allora vigente, in assenza di un intervento legislativo *ad hoc*, ritenuto comunque auspicabile<sup>22</sup>.

Nell'ambito dei disturbi da abuso di sostanze, la locuzione "contratti di Ulisse" è sfruttata in relazione alle richieste con cui i tossicodipendenti domandano ai soggetti curanti di ignorare loro eventuali pretese di interruzione dei trattamenti di disintossicazione<sup>23</sup>. Si tratta di fattispecie concrete nient'affatto sconosciute al contesto italiano. Tra la metà degli anni Ottanta e la metà degli anni Novanta, infatti, fece scalpore il caso della comunità di recupero di San Patrignano, per entrare nella quale i tossicodipendenti prestavano un consenso preventivo ad esservi trattenuti anche contro la propria volontà<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> Secondo una certa lettura, mentre l'espressione *psychiatric advance directives* apparterebbe al linguaggio tecnico, quella di *psychiatric wills* apparterebbe al linguaggio comune (cfr. quanto riferito da A. MOORHOUSE, D.N. WEISSTUB, *op. cit.*, 107: «Advance directives for health care, well known in the popular press and among lay people as living wills, have become widely accepted»).

<sup>19</sup> Gli Stati Uniti d'America sono tra i Paesi che da più tempo riconoscono e promuovono l'utilizzo delle PAD, anche per il tramite di enti come il NRC PAD (*National Resource Center on Psychiatric Advance Directives*). Legislazioni specifiche sono presenti in Olanda, Germania, Paesi Scandinavi, Nuova Zelanda, Australia, India. Per un approfondimento, cfr. S. ROSSI, *Il contratto di Ulisse*, cit., 98 ss., nonché A. DAVERIO, G. PIAZZI, A. SAYA, *op. cit.*, 223, dove, peraltro, si dà conto delle notevoli difficoltà applicative che, a prescindere dall'ordinamento di riferimento, le normative sulle PAD incontrano, specialmente con riguardo al raccordo tra PAD e trattamenti sanitari obbligatori.

<sup>20</sup> K. SUTHERBY, G.I. SZMUKLER, A. HALPERN, et al., *A study of "crisis cards" in a community psychiatric service*, in *Acta Psychiatrica Scandinavica*, 1, 1999, 56-61.

<sup>21</sup> C. HENDERSON, R. LEE, D. HERMAN, D. DRAGATSI, *From psychiatric advance directives to the joint crisis plan*, in *Psychiatric Services*, 10, 2009, 1390-1391.

<sup>22</sup> L. BRUSCUOLA, *op. cit.* Qui l'autore, all'interno di un dibattito nazionale in cui si cominciava a parlare di "testamento biologico", intendendo ciò che si sarebbe arrivati poi a designare più diffusamente (e tecnicamente) come "direttiva anticipata", affermava che il cosiddetto testamento psichiatrico «si può rappresentare anche come una specificazione del cosiddetto testamento biologico (noto comunemente come *living will*). In sostanza, il testamento biologico nelle sue varie formulazioni può avere un contenuto tale da ricomprendere anche disposizioni di volontà per la sopravvenienza di una malattia mentale grave con conseguente trattamento sanitario obbligatorio» (*ivi*, 101).

<sup>23</sup> Cfr. ad esempio, T. WALKER, *Ulysses Contracts in Medicine*, in *Law and Philosophy*, 1, 2012, 77-98; Y.M. BARIAN, *Ulysses Contracts and the Nocebo Effect*, in *The American Journal of Bioethics*, 3, 2012, 37-39.

<sup>24</sup> Per aver segregato alcuni ospiti in crisi d'astinenza, che minacciavano di fuggire per procurarsi la droga, il fondatore Vincenzo Muccioli e alcuni suoi collaboratori furono accusati di sequestro di persona e maltrattamenti. Il c.d. processo delle catene che ne seguì portò ad una condanna in primo grado, poi smentita in sede d'appello. La Corte d'Appello motivò l'assoluzione in base al riconoscimento della sussistenza delle scriminanti del consenso dell'avente diritto e dello stato di necessità. La motivazione fu successivamente corretta dalla Cassazione, che ritenne esimente il solo stato di necessità (peraltro putativo), e non il consenso, considerato inidoneo a scriminare la condotta. Cfr. V. ANDREUCCI, A. BALLONI, R. SAPIO (a cura di), *San Patrignano, i perché di un processo*, Bologna, 1985; D. PULITANÒ, *Coazione a fin di bene e cause di giustificazione*, in *Foro*

Non manca, peraltro, un uso residuale dell'espressione "*Ulysses contracts*" che esula dal mondo del disagio psichico e rimanda all'accordo con cui chi si sottopone volontariamente a protocolli di sperimentazione medica chiede che, nei periodi in cui il trattamento somministrato dovesse menomare la capacità decisionale, non vengano assecondate eventuali revoche del consenso alla sperimentazione<sup>25</sup>.

Il contratto di Ulisse è visto, dunque, come una particolare *species* all'interno del più ampio *genus* delle "direttive anticipate di trattamento", su cui è bene tornare ora, seppure sommariamente, per poi tornare ad approfondire a ragion veduta le peculiarità della *species*.

### 3. Direttive anticipate e contratti di Ulisse

È noto come gli ordinamenti della *Western Legal Tradition* considerino genericamente come "direttive anticipate" tutti quegli strumenti giuridici deputati all'espressione anticipata delle volontà sulle cure, i quali possono contenere solo direttive di istruzioni (indicazioni sui trattamenti), solo direttive di delega (la nomina rappresentante o fiduciario terapeutico), oppure entrambe, così come espressamente previsto in Italia dall'art. 4 della legge n. 219/2017 per le "disposizioni anticipate di trattamento".

Tipico esempio di direttiva di istruzioni è il *living will* della tradizione americana, nato (e sfruttato) soprattutto per rifiutare i mezzi di sostegno vitale artificiale nel caso di *terminal condition*. Ma l'atto può prevedere anche la nomina di un fiduciario, con funzioni di garante e interprete qualificato della volontà espressa.

Tipici esempi di direttive di delega sono i mandati in previsione dell'incapacità, come il *mandat de protection future pour soi-même* francese, o le procure sanitarie, come il *durable power of attorney for health care* degli USA. Ma non è infrequente che l'atto di nomina possa contenere una serie di istruzioni<sup>26</sup>.

La figura del rappresentante o fiduciario terapeutico è riconosciuta, per via legislativa o giurisprudenziale, in molti ordinamenti: si pensi alla *personne de confiance* francese, al *Betreuer* tedesco,

---

italiano, II, 1985, coll. 438-446; G. BARBALINARDO, *Sopravvenuto dissenso sul trattamento in comunità terapeutica e sequestro del tossicodipendente*, in *Giurisprudenza di Merito*, 3, 1988, 556-574; L. SARACENI, "L'immagine e l'istituzione di San Patrignano" al vaglio del giudizio di Cassazione, in *Questione Giustizia*, 2, 1989, 385-398; A. SERENI, *Il caso Muccioli e i motivi dell'azione necessitata*, in *L'Indice Penale*, 2, 1989, 439-459.

<sup>25</sup> Cfr. M.G. HANSSON, M. HAKAMA, *Ulysses Contracts for the doctor and for the patient*, in *Contemporary Clinical Trials*, 3, 2010, 202-206; A. MOORHOUSE, D.N. WEISSTUB, *Advance Directives for Research: Ethical Problems and Responses*, in *International Journal of Law and Psychiatric*, 2, 1996, 107-141.

<sup>26</sup> Cfr. C. CASONATO, *Fine vita: il diritto all'autodeterminazione*, in *Il Mulino. Rivista bimestrale di cultura e di politica*, 4, 2017, 597-604; D. PROVOLO, *op. cit.*; E. CALÒ, *op. cit.*; C. VEZZONI, *Advance treatment directives and autonomy for incompetent patients: an international comparative survey of law and practice, with special attention to the Netherlands*, Lewiston NY, 2008; F.G. PIZZETTI, *op. cit.*; E. STEFANINI, *Direttive anticipate di trattamento: un percorso europeo*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2006, 688-721; G. SALITO, *Il testamento biologico nell'ordinamento italiano e di altri paesi*, Fisciano, 2003; L. IAPICHINO, *op. cit.*; H.M. SASS, R.M. VEATCH, R. KIMURA, *Advance directives and surrogate decision making in health care: United States, Germany, and Japan*, Baltimore-London, 1998.

all'*attorney-in-fact for health care* anglosassone, all'amministratore di sostegno italiano<sup>27</sup>, al "fiduciario" espressamente riconosciuto, come anticipato, dalla recente legge italiana sul consenso informato.

In generale, l'esecuzione delle direttive anticipate può essere condizionata al sopraggiungere di una incapacità ad autodeterminarsi definitiva o temporanea. Esse ben possono essere redatte da pazienti all'inizio di patologie progressivamente invalidanti, come il Parkinson, l'Alzheimer, o malattie oncologiche. In tali frangenti, possono diventare d'ausilio all'interno di più articolati percorsi di PAC (Pianificazione Anticipata delle Cure), come previsto, peraltro, dall'art. 5 della legge italiana n. 219/2017, dedicato alla "pianificazione condivisa delle cure"<sup>28</sup>.

Richiamata brevemente la nozione di "direttive anticipate", è tempo di interrogarsi sulla peculiarità dei contratti di Ulisse. Secondo Magro e Maniaci, nel caso specifico del contratto di Ulisse, si configurerebbe un accordo, vincolante persone determinate, stipulato in vista di una temporanea riduzione della capacità di intendere e di volere, peraltro ormai imminente. Netta sarebbe, dunque, la differenza dal *living will* o testamento biologico, altra tipica direttiva anticipata, che, invece, si configurerebbe come un atto unilaterale, rivolto a un numero indeterminato di persone nel futuro (parenti, medici, amici), in vista di una ipotetica, irreversibile e pressoché totale perdita della capacità di intendere e di volere<sup>29</sup>.

Tale distinzione fra contratto di Ulisse, da un lato, e testamento biologico, dall'altro, è inserita, dagli autori citati, nel più ampio contesto del dibattito contemporaneo sul paternalismo giuridico<sup>30</sup>, sviluppatosi soprattutto nel mondo anglofono<sup>31</sup>. Approssimando notevolmente, si può dire che all'interno

<sup>27</sup> In Italia, all'amministratore di sostegno, ufficio introdotto con la legge n. 6/2004 a tutela degli incapaci, è stato riconosciuto dalla giurisprudenza tutelare il ruolo di rappresentante terapeutico (cfr. il *leading case* di Trib. Modena, decr. 18 maggio 2008, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 2, 2008, 341-346, con note di M.G. SCACCHETTI, *Il testamento biologico è già previsto e tutelato dalle norme sull'amministrazione di sostegno. Il leading-case del decreto del Giudice Tutelare di Modena*, alle 227-236 e di G. FERRANDO, *Il diritto di rifiutare le cure e le direttive anticipate*, 329-340).

<sup>28</sup> Per una ricostruzione del rapporto tra pianificazione anticipata delle cure direttive anticipate nei contesti di terapia e cura in situazioni-limite, cfr. L. ORSI, *Le cure palliative*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, III, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *op. cit.*, 613 ss.; per una disamina del possibile ruolo dell'amministratore di sostegno nei processi di PAC, cfr. M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, *ivi*, 361-415. Da ultimo, sulla pianificazione condivisa delle cure ex legge n. 219/2017, cfr. C. CASONATO, *La pianificazione condivisa delle cure*, in C. CASONATO, S. PENASA, M. RODOLFI, *op. cit.*, 41-51.

<sup>29</sup> Cfr. G. MANIACI, *Teorie della coercizione, antipaternalismo e autonomia contrattuale*, in *Etica & Politica*, 2, 2013, 371 ss.; M.B. Magro, *op. cit.*, 83 ss.

<sup>30</sup> Secondo una recente definizione proposta nel panorama giusfilosofico italiano, per paternalismo giuridico s'intende quella «concezione etico-politica in base alla quale lo Stato, o un soggetto autorizzato dallo Stato, può usare la (minaccia dell'uso della) forza, contro la volontà di un individuo adulto, anche qualora le sue scelte siano razionali e libere da coazione altrui, al fine, esclusivo o principale, di tutelare (quelli che vengono considerati) i suoi interessi, ovvero (ciò che viene qualificato come) il suo bene; in particolare al fine di evitare che questi, tramite un'azione o un'omissione, cagioni, o rischi in modo significativo di cagionare, a se stesso (ciò che viene considerato) un danno, ad esempio fisico, psicofisico, economico» (cfr. G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2011, 134).

<sup>31</sup> Cfr., solo per citare alcuni dei nomi particolarmente rappresentativi, T. BEAUCHAMP, *The Concept of Paternalism in Biomedical Ethics*, in L. HONNEFELDER, D. STURMA (edited by), *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik* 14, Berlin, 2009, 77-92; J. FEINBERG, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, New York, 1996; G. DWORKIN,

di un orizzonte paternalista è più agevole negare validità, vincolatività e coercibilità alle direttive anticipate; all'interno di quello antipaternalista, invece, si tende a non imporre vincoli a che l'individuo decida per sé su di sé, a patto che la sua scelta non danneggi altri, secondo il noto "principio del danno" elaborato da John Stuart Mill<sup>32</sup>.

Nelle analisi di Magro e Maniaci, distinguere tra "richiesta di Ulisse" e "testamento biologico" è funzionale all'argomento volto a mostrare come, nelle due diverse situazioni, non possano valere le medesime ragioni (antipaternalistiche) a sostegno della coercibilità degli atti autovincolanti<sup>33</sup>. La predi-

---

*The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge, 1988; D. VANDEVEER, *Paternalistic Intervention. The Moral Bounds on Benevolence*, Princeton, 1986; J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986; J. KLEINIG, *Paternalism*, Totowa NY, 1984; R. SARTORIUS (a cura di), *Paternalism*, Minneapolis, 1983; R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977; J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, 1971; P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford, 1965; H.L.A. HART, *The Morality of the Criminal Law*, Oxford, 1965; H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Stanford, 1963.

Per una ricostruzione critica del dibattito, cfr. M. SJÖSTRAND et al., *Paternalism in the Name of Autonomy*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 6, 2013, 710-724; G. BASSHAM, *Legislating Morality: Scoring the Hart-Devlin Debate after Fifty Years*, in *Ratio juris*, 2, 2012, 117-132; K. BAYERTZ, T. GUTMANN, *Happiness and Law*, *ivi*, 236-246; H. HÄYRY, *Legal Paternalism and Legal Moralism: Devlin, Hart and Ten*, in *Ratio juris*, 2, 1992, 191-201; ID., *Liberalism and Legal Moralism: The Hart-Devlin Debate and Beyond*, in *Ratio juris*, 2, 1991, 202-218; R.D. FARRELL, *Autonomy and Paternalism: The Political Philosophy of Joseph Raz*, in *Ratio juris*, 1, 1991, 52-60; E. GARZÓN VALDÉZ, *On Justifying Legal Paternalism*, in *Ratio juris*, 3, 1990, 173-184; tra gli studi italiani, cfr. E. DICIOTTI, *Paternalismo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 1986, 557-586; ID., *Preferenze, autonomia e paternalismo*, in *Ragion Pratica*, 1, 2005, 99-118; G. MANIACI, *Teorie della coercizione, antipaternalismo e autonomia contrattuale*, *cit.*; ID., *Contro il paternalismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2011, 133-159 *cit.*; P. TINCANI, *Perché l'antiproibizionismo è logico (e morale). Filosofia, diritto e libertà individuali*, Milano, 2012.

<sup>32</sup> Cfr. J.S. MILL, *Sulla libertà*, Milano, 2000. Edito nel 1859, il saggio del filosofo inglese, divenuto manifesto del liberalismo, fu aspramente criticato in *Liberty, Equality, Fraternity* (1873) dal giurista James Fitzjames Stephen, difensore della necessità della coercizione a tutela della morale e degli interessi sociali (cfr. J.F. STEPHEN, *Liberty, Equality, Fraternity*, Cambridge, 1967).

Per una recente rielaborazione del cd. *harm principle* nell'ambito del diritto civile, cfr. G. CRICENTI, *Il sé e l'altro. Bioetica del diritto civile*, Pisa, 2013, in cui si critica la tendenza del diritto civile a trasformare atti *self regarding* in atti *other regarding* (ad esempio tramite l'uso dei concetti di "dignità umana" e "indisponibilità"), al fine di vietare condotte che, in realtà, non nuocciono a terzi e riguardano il solo titolare del diritto. Per una diversa prospettiva, che, sempre nell'ambito del diritto civile, problematizza l'*harm principle*, valorizzando piuttosto la dignità umana come un modo della autonomia ed un limite alla autodeterminazione, nel riconoscimento kantiano della sussistenza di 'doveri verso se stessi', cfr. G. AZZONI, *Dignità umana e diritto privato*, in *Ragion pratica*, 38, 2012, 75-98. Per una ulteriore problematizzazione dell'*harm principle*, condotta alla luce dell'esame del concetto di "ordine pubblico", di cui si propone una originale interpretazione come assetto relazionale dei valori sottesi alle pratiche sociali, in grado di limitare le potenzialmente illimitate pretese dell'autodeterminazione soggettiva, cfr. F. MACIOCE, *Ordine pubblico e autodeterminazione*, Torino, 2010. Si vedano, inoltre, la ricostruzione del principio e le riflessioni giusfilosofiche a commento di P. TINCANI, *Harm Principle. Il principio del danno*, in F. SCIACCA (a cura di), *L'individuo nella crisi dei diritti*, Genova, 2009, 55-80.

<sup>33</sup> Nell'ambito di una prospettiva filosofica analitica, Maniaci sostiene una posizione antipaternalista moderata, simile a quella del *soft paternalism* difeso da Joel Feinberg (cfr. J. FEINBERG, *op. cit.*): l'ordinamento giuridico «non può limitare la libertà di un individuo adulto, se è certo o verosimile che la volontà di tale individuo adulto si sia formata in modo razionale e sia (tra le altre condizioni) sufficientemente libera da pressioni coercitive, salvo qualora cagioni danni a terzi» (G. MANIACI, *Teorie della coercizione, antipaternalismo e autonomia contrattuale*, *cit.*, 344). Al ricorrere di queste condizioni, la vincolatività degli accordi di Ulisse sarebbe giustificata (*ivi*, 371 ss.). Similmente, la legittimità di certi *Ulysses contracts* è specificamente argomentata sulla

sposizione di mezzi giuridici atti a costringere il “promissario infedele” ad adempiere al suo impegno, infatti, risulterebbe più facilmente giustificabile nel caso dei c.d. accordi di Ulisse, che non del testamento biologico<sup>34</sup>.

A prescindere da intenti e tenuta dell’argomento, mi interessa qui sottolineare un fatto, per smussare la potenziale rigidità della distinzione proposta: quella di *Ulysses contract* è una espressione *metaforica*. Ciò sta a significare che certi atti *self binding* vengono ritenuti talmente simili all’antica richiesta dell’eroe greco da poter essere indicati, con un atto linguistico di sintesi estrema, per certi versi approssimativo, come “accordi di Ulisse”<sup>35</sup>.

L’espressione risulta individuare una *serie* di direttive anticipate, che ricomprende al suo interno la gestione preventiva di trattamenti medici nell’ambito di disturbi psichici, protocolli sperimentali, dipendenze. Tali situazioni risultano accomunate dalla presenza di un soggetto che, al momento della espressione della volontà anticipata, si trova *già situato* in un ambiente, in un contesto, in una rete relazionale che implicano la sua presa in carico, da parte delle istituzioni o degli operatori medici di

base dell’adesione al *weak paternalism* da R. SPELLECY, *Reviving Ulysses contracts*, in *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 4, 2003, 373–392.

Nell’ambito di uno studio di diritto penale, Magro analizza i requisiti di “genuinità” del volere necessari per attribuire a una “volontà anticipata” valore vincolante ed esonerare, quindi, il medico adempiente da responsabilità ascrivibili a reati quali violenza privata, lesioni, omicidio del consenziente, assistenza o aiuto al suicidio. Astrattezza, genericità, approssimazione e rischio di inattualità della volontà espressa in una direttiva anticipata sarebbero tra le principali ragioni ostative al riconoscimento della coercibilità di un testamento biologico (perlomeno negli stessi termini in cui la possibilità di coazione sarebbe giustificata per gli “accordi di Ulisse”, cfr. M.B. MAGRO, *op. cit.*, p. 79 ss.).

<sup>34</sup> Peraltro, pur adoperando una accezione di testamento biologico sulla scorta di quella propria del *living will*, l’opinione in commento finisce per invertire la percezione della problematicità di *Ulysses contracts* e *living will* presente nel dibattito anglosassone. Qui, infatti, a fronte di una diffusa accettazione del *living will* (che è istituto giuridicamente riconosciuto e disciplinato), il caso degli *Ulysses contracts* è considerato molto più problematico, sia dal punto di vista giuridico che etico.

<sup>35</sup> È parere di chi scrive che le qualificazioni di *Ulysses contracts* e *living wills*, nella versione di Magro e Maniaci qui discussa, vada accolta con cautela, tenendo conto della polivoca apertura di senso consentita proprio dall’uso della metafora, senza lasciarsi imbrigliare da tassonomie troppo rigide. La distinzione tra le due *species* di direttive anticipate ha certamente il merito di ricercare il *proprium* degli *Ulysses contracts*, che è senz’altro degno di indagine. Tuttavia, va consaputa l’impossibilità di giungere a qualificazioni giuridiche incontrovertibili, che sarebbero inesorabilmente destinate ad essere smentite dall’incessante proliferare dell’esperienza giuridica. Il bisogno di ricostruire tassonomie legali, tipico di un certo spirito pandettistico dei sistemi di *Civil Law*, mal si attaglia al contesto, più pragmatico, dei sistemi di *Common Law*, in cui gli istituti per l’autodeterminazione terapeutica preventiva sono nati. Qui si è sviluppato e continua a svilupparsi il lessico di riferimento, secondo una logica *a posteriori* (o *bottom up*) lontana dalla metodologia *a priori* (o *top-down*), che vorrebbe ricavare la “nozione” da una preventiva definizione legislativa e/o da una previa riflessione teorico-sistemica, quasi a prescindere dalla sperimentazione della prassi applicativa.

Così, bisogna tenere presente che spesso *living wills* e *advance directives* sono considerati sinonimi, come dimostra anche l’uso indistinto, nell’ambito dei contratti di Ulisse, di *psychiatric wills* o *psychiatric advance directives*, il quale, sulle prime, parrebbe mettere in discussione la tenuta stessa della distinzione tra *living will* e *Ulysses contracts*. Un fenomeno linguistico simile si può riscontrare in Italia in relazione alle espressioni di testamento biologico e direttive anticipate, nonché, da ultimo, in relazione alle espressioni di testamento psichiatrico e direttive psichiatriche anticipate (v. *infra*). In certi contesti, difatti, *living will* e testamento biologico vengono spese come espressioni “comuni”, in alternativa a quelle “tecniche” di *advance directives* e direttive anticipate. In altri contesti, poi, accade pure che *living will*/testamento biologico valga a designare il *genus* delle *advance directives*/direttive anticipate tramite la *species*, in via di sineddoche.

riferimento, rispetto ad una complessa, specifica e già sussistente condizione di sofferenza e vulnerabilità, prossima all'aumento critico del rischio di danni alla sua integrità psico-fisica, in previsione del quale egli desidera autodeterminarsi. I contratti di Ulisse si manifestano, dunque, come direttive anticipate "mirate", secondo una qualificazione da tempo conosciuta all'interno del dibattito biogiuridico, perché dettate in previsione dell'evolversi di una situazione patologica già in atto<sup>36</sup>.

In ogni caso, nella letteratura specialistica, là dove compare, il riferimento a Ulisse risulta un semplice espediente stilistico-retorico o, al più, un mezzo "difettivo" per designare un concetto in alternativa alle varie denominazioni "tecniche" di *voluntary commitment contract*, *psychiatric will*, *advance self-commitment directive*, *pre-commitment directive*<sup>37</sup>. Tuttavia, a parere di chi scrive, conviene soffermarsi con maggiore attenzione sull'immagine offerta dalla metafora omerica<sup>38</sup>, per riflettere sulle aperture di senso da essa consentite, utili ad approfondire, dal punto di vista bioetico, il tenore di queste particolarissime direttive anticipate.

#### 4. La pazzia di Ulisse: la valenza bioetica di una metafora

Ci narra Omero di come Ulisse, avvicinandosi all'incontro con le mortifere Sirene, chieda ai suoi marinai di assicurarlo all'albero della nave, così da sentirne il canto ammaliatore senza mettere in pericolo sé stesso o i compagni, resi sordi da tappi di cera infilati nelle orecchie.

Questa astuzia era stata suggerita all'eroe da Circe, che lo aveva messo in guardia sulla infausta sorte che attende gli incauti che odano le voci delle Sirene e ne afferrino i lidi. L'alternativa, come ricorda il re di Itaca al suo equipaggio, è radicale: «possiamo affrontare la morte o sfuggire al destino fatale»<sup>39</sup>. Così Ulisse consegna loro il suo volere, dichiarando ciò che essi dovranno fare nel momento in cui, perso ogni raziocinio, egli non sarà più in grado di badare a se stesso: «Con saldissime funi dovete legarmi perché io resti immobile, ritto alla base dell'albero – ad esso siano fissate le corde. E se vi prego e vi ordino di liberarmi, allora dovete stringermi con funi ancora più numerose»<sup>40</sup>.

Sin dall'antichità, molte sono state le interpretazioni e le rivisitazioni di questo famoso episodio del poema omerico<sup>41</sup>. Tra queste, una in particolare, come si è detto, è presente nel dibattito biogiuridico.

<sup>36</sup> Cfr. *ex multis* D. VINCENZI AMATO, *Il silenzio della legge e il testamento di vita*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2005, 179.

<sup>37</sup> Nell'ambito del dibattito del secondo dopoguerra sulla metafora, il termine *defective* è usato da Searle, secondo il quale il tropo costituisce una deviazione rispetto all'uso corrente o normale della lingua. Il significato metaforico sarebbe un prodotto secondario, derivato dal livello primario del discorso, quello del significato letterale (cfr. J. SEARLE, *Methaphor*, in A. ORTONY (edited by), *Methaphor and Thought*, Cambridge, 1993, 83-111).

<sup>38</sup> Per uno studio sulla metafora giuridica, che, rimarcandone il carattere endossale, connette a questa particolare figura retorica l'apertura di uno spazio in cui concordare e ri-concordare sempre nuovi significati, cfr. C. SARRA, *Lo scudo di Dioniso. Contributo allo studio della metafora giuridica*, Milano, 2010.

<sup>39</sup> OMERO, *Odissea*, canto XII, v. 157 (la traduzione proposta è quella di M.G. Ciani in OMERO, *Odissea*, Venezia, 1994, 415).

<sup>40</sup> OMERO, *Odissea*, canto XII, vv. 160-165, cit., 415).

<sup>41</sup> Ad esempio, per Jon Elster, metodologo delle scienze sociali e filosofo norvegese tra i maggiori teorici contemporanei del cd. individualismo metodologico, l'episodio è emblema dell'esercizio di una 'razionalità imperfetta' (cfr. J. ELSTER, *Ulisse e le Sirene. Indagini sulla razionalità e l'irrazionalità*, Bologna, 1983). Tra le innumerevoli letture filosofiche del brano omerico, si può ricordare quella che vede nella misura presa da

co contemporaneo: quella secondo cui la richiesta di Ulisse ai compagni potrebbe corrispondere all'archetipo della decisione "ora per allora", con cui il sé cosciente detta indicazioni per (e su) il sé incosciente.

Quando si trovano a dare conto dell'uso di questa immagine in riferimento ai contratti di Ulisse, i vari autori tendono a "sciogliere" la metafora, trasformandola in similitudine, per poi elencare analiticamente le proprietà che giustificano la similarità. Certi atti "sono come" la richiesta di Ulisse in quanto caratterizzati *da una qualche*: vincolatività nei confronti del disponente, specificità dei destinatari, vincolatività nei confronti dei destinatari, efficacia condizionata al sopraggiungere di una futura, ma certa (non eventuale), perdita temporanea di "raziocinio"<sup>42</sup>.

Quando compaiono criticità interpretative tali da incrinare la (supposta) univocità del riferimento classico, le riformulazioni della nozione di *Ulysses contract* che si rendono necessarie vengono spiegate come semplici interventi di "ortopedia linguistica", utili a riportare le espressioni controverse al loro "vero" significato. Tale operazione è tacito presupposto della stessa individuazione della nozione di "contratto di Ulisse", all'interno della distinzione dal "testamento biologico", adottata da Magro e Maniaci.

E parimenti avviene, ad ulteriore e più specifico esempio, con riguardo ad uno dei temi più problematici nel campo delle direttive anticipate, ossia la determinazione del *confine*, di quel *limite* che distingue la capacità dall'incapacità, la competenza dall'incompetenza, la normalità dalla devianza, la sanità di mente dalla pazzia. È proprio l'individuazione di questo confine a consentire la determinazione delle coppie di concetti speculari appena nominate, con la designazione del significato proprio di ciascun termine. È proprio l'individuazione di questo limite ad indicare quando, nel situarsi *al di qua* del confine, il soggetto può redigere una valida direttiva, e quando, invece, ormai situato *al di là* di quello stesso confine, traghettato dalla malattia, egli si trovi nel bisogno di vedere attuata da altri quella stessa direttiva<sup>43</sup>.

Odiseo in vista del passaggio davanti alle Sirene «l'allegoria presaga della dialettica [autodistruttiva, n.d.a.] dell'illuminismo» (cfr. M. HORKHEIMER, T.W. ADORNO, *Dialettica dell'Illuminismo*, Torino, 1966, 43). Secondo un recente studio di filosofia analitica, l'episodio ripropone la paradossale questione dell'autovincolo, ossia del potere normativo che pretenda limitare se stesso (cfr. C.R. LUZZATI, *Quattro modi per sopravvivere alle antinomie*, in F. PUPPO (a cura di), *La contraddizione che noi consente. Forme del sapere e valore del principio di non contraddizione*, Milano, 2010, 182 ss.). Sono state proposte persino interpretazioni economicistiche, condotte alla luce della categoria del c.d. paternalismo di Ulisse, espressione che indica «una situazione nella quale un soggetto chiede nel proprio interesse che venga ridotta la propria libertà di scelta» (cfr. L. BELTRAMETTI, *Paternalismo e politica economica*, in G. BARBERIS, I. LAVANDA, G. RAMPA, B. SORO (a cura di), *La politica economica tra mercati e regole. Scritti in memoria di Luciano Stella*, Soveria Mannelli, 2005, 107).

<sup>42</sup> Cfr. T. VAN WILLIGENBURG, P.J.J. DELAERE, *op. cit.*; A. WICKLIN, *op. cit.*; R. DRESSER, *op. cit.*; T. WALKER, *op. cit.*; Y.M. BARILAN, *op. cit.*; M.G. HANSSON, M. HAKAMA, *op. cit.*; A. MOORHOUSE, D.N. WEISSTUB, *op. cit.*; D.H. REGAN, *Freedom, Identity, and Commitment*, in R. SARTORIUS (a cura di), *op. cit.*, 127 ss.; J. FEINBERG, *op. cit.*, 82-83; G. MANIACI, *Teorie della coercizione, antipaternalismo e autonomia contrattuale*, *cit.*, 371 ss.; M.B. MAGRO, *op. cit.*, 83 ss.

<sup>43</sup> Per far fronte a questa difficoltà, negli anni sono affiorate numerose proposte di differenti *competence assessment tools*, ossia scale di valutazione del livello di competenza decisionale del paziente (cfr. G. MANDARELLI, R. POLITI, S. FERRACUTI, *Schizofrenia: il problema del consenso informato al trattamento con clozapina*, in *Giornale Italiano di Psicopatologia*, 2, 2009, 126-132, dove si cita il *MacArthur Competence Assessment Tool*), anche con specifico riferimento alle direttive anticipate psichiatriche (cfr. D. SREBNIK, P.S. APPELBAUM, J. RUSSO, *Assessing competence to complete psychiatric advance directives with the competence assessment tool for psychiatric advance directives*, in *Comprehensive Psychiatry*, 4, 2004, 239-245).

Così, per tornare alla metafora omerica, la “pazzia” di Ulisse, di fronte alla quale le disperate richieste di liberazione dell’eroe, incatenato all’albero della nave, devono cedere alle pregresse direttive, coinciderebbe, per alcuni, ad uno stato di perdita di razionalità sfociante nella irrazionalità<sup>44</sup>. Per altri, essa rappresenterebbe uno stato di incompetenza decisionale<sup>45</sup>. Per altri ancora, vi sarebbe non tanto una mancanza, ma una menomazione della capacità di intendere e di volere<sup>46</sup>. Precisando ulteriormente quest’ultimo approdo, vi è chi ritiene che gli “accordi di Ulisse” siano caratterizzati dalla *permanenza della competenza decisionale* in capo al paziente obnubilato, al momento della esecuzione delle direttive, come nel caso di un bipolare in fase depressiva, un tossicodipendente in crisi d’astinenza, un soggetto in minimo stato di coscienza. Questi, e non altri, sarebbero gli accordi di Ulisse *propriamente detti*<sup>47</sup>. Cosa che li renderebbe, nel contesto delle direttive anticipate, estremamente problematici, molto più problematici di un semplice (si fa per dire) *living will*, sotto ogni profilo (giuridico, morale, etico, deontologico).

Gli esempi di differenti ricostruzioni di quel “confine” potrebbero moltiplicarsi, ma si ritiene che quelli riportati bastino a incoraggiare due ordini di riflessioni: il primo rivolto alla considerazione, più banale, di come le varie categorie utilizzate non siano coincidenti tra loro; il secondo, più profondo, teso a rilevare quanto ciascuna di esse presupponga una particolare risoluzione della questione di cosa voglia dire essere “padroni di se stessi”<sup>48</sup>, nonché l’adozione di una particolare interpretazione dei concetti di “autonomia”, “identità” e della loro connessione concettuale.

Senza scendere nel dettaglio di un dibattito che si è sviluppato soprattutto a cavallo tra bioetica e filosofia, si intende qui sottolineare come, lungo quelle diverse ricostruzioni del riferimento alla “pazzia” di Ulisse, appaiano due differenti modi di intendere la struttura di quel “confine”, che ora è meglio definire “limite”. Vi è, infatti, chi, concependo la “pazzia”, in negativo, come la “assenza di” (razionalità, capacità, competenza, a seconda delle diverse versioni), traccia il limite come una linea di netta demarcazione fra *stati*, sulla scorta del presupposto che le capacità che promanano da autonomia e identità si diano come un “tutto o niente”. Dall’altra parte, vi è chi, concependo la “pazzia”, in positivo, come la “menomazione di” *nella permanenza* di alcunché di precedente, traccia il limite come un confine discreto e poroso, all’interno di un *processo*, sulla scorta del presupposto che auto-

<sup>44</sup> Cfr. J. ELSTER, *op. cit.*

<sup>45</sup> Cfr. G. WIDDERSHOVEN, R. BERGHMANS, *op. cit.*

<sup>46</sup> Cfr. D. H. REGAN, *op. cit.*, 127 ss., J. FEINBERG, *op. cit.*, 82-83.

<sup>47</sup> «Genuine Ulysses contracts do not address loss of lucidity, as is the case with all forms of advanced directives, but anticipated weakness of will or change of perspective despite remaining fully competent» (Y.M. BARILAN, *op. cit.*, 37; parimenti si esprimono T. WALKER, *op. cit.*, 78 e B.J. WINICK, *Foreward. Planning for the Future Through Advance Directive Instruments*, in *Psychology, Public Policy, and Law*, 3, 1998, 583; sul tema, cfr. altresì J.K. DAVIS, *How to Justify Enforcing a Ulysses Contract When Ulysses is Competent to Refuse*, in *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 1, 2008, 87-106; Y. VARELIUS, *Respect for Autonomy, Advance Directives, and Minimally Conscious State*, in *Bioethics*, 9, 2001, 505-515).

<sup>48</sup> Sull’evoluzione del concetto di “padronanza di sé” nel pensiero giusfilosofico moderno, cfr. V. MARZOCCO, *“Dominium sui”. Il corpo tra proprietà e personalità*, Napoli, 2012.

nomia e identità si diano esse stesse come processi, calati in un contesto inevitabilmente *relazionale*<sup>49</sup>.

Come sottolinea Fuselli, si può parlare di una vera e propria *svolta relazionale* che sta interessando l'intero settore della bioetica contemporanea<sup>50</sup>, e che si pone al centro delle riflessioni sull'etica della cura: «Alla luce di questo *relational turn*, viene messa in discussione l'idea che essere autonomi significhi essere sovrani di se stessi, autori della propria vita e della propria identità. Piuttosto si afferma, da un lato, l'idea che non si possa essere autonomi se non in quel contesto relazionale nel quale noi siamo costitutivamente annidati; in tal modo, essere autonomi significa realizzare questo nostro sé relazionale. Dall'altro lato, viene enfatizzato il fatto che anche la più individuale delle scelte non matura mai nel *vacuum* sociale, ma è sempre orientata dall'insieme di valori o preferenze maturate in un certo contesto storico-culturale»<sup>51</sup>.

Come anticipato in apertura del presente contributo, un appello a questo *relational turn* è presente anche nel dibattito contemporaneo in tema di vulnerabilità, anche psichica, a partire dall'idea che la presenza consapevole a se stessi (*awareness*) non sia qualcosa di privato che semplicemente scompare con la malattia mentale, ma sia multidimensionale, perché si struttura nel contesto delle interazioni di funzioni cognitive, risposte psicologiche individuali e influenza del contesto sociale<sup>52</sup>. Per questa via, il *relational turn* si collega saldamente al cosiddetto *vulnerability turn*<sup>53</sup>, nelle cui prospettive universalistiche, come osserva puntualmente Bernardini, l'appello alla vulnerabilità "universale", perché condivisa da tutti gli esseri umani, seppure secondo manifestazioni differenti, consente di riscattare la condizione disabile.

La considerazione della comune fragilità favorisce la transizione della disabilità da stato di devianza ed eccezionalità rispetto alla normalità "normodotata" a quello di variazione del funzionamento umano. «Il paradigma della vulnerabilità universale permette, dunque, di superare il modello medico della disabilità e si pone in dialogo con il paradigma modello biopsicosociale laddove, anziché fare

<sup>49</sup> Cfr. S. FUSELLI, *Identità e autonomia: due nozioni alla prova del morbo di Alzheimer*, in *Medicina e Morale*, 2018, 4, 451-463; S. GALLAGHER, *Deep Brain Stimulation, Self and Relational Autonomy*, in *Neuroethics*, published online 6 March 2018.

<sup>50</sup> *Ex multis*, cfr. B. JENNINGS, *Reconceptualizing Autonomy. A Relational Turn in Bioethics*, in *Hasting Center Report*, 3, 2016, 11-16; G. MAIO, *Fundamentals of an Ethics of Care*, in F. KRAUSE, J. BOLDT (edited by), *Care in Healthcare: Reflections on Theory and Practice*, Cham, 2018, 51-63; F. MACIOCE, *Between Autonomy and Vulnerability. Rethinking Informed Consent in a Relational Perspective*, in *Notizie di Politeia*, 134, 2019, 111-128.

<sup>51</sup> S. FUSELLI, *op. cit.*, 459.

<sup>52</sup> Per un recente studio sul concetto di vulnerabilità, variamente intesa come limitazione del funzionamento individuale, esposizione al danno, o alla disabilità stessa, cfr. O. GIOLO, B. PASTORE, *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, 2018. Sulle sue ricadute biogiuridiche, cfr. F. MACIOCE, *Between Autonomy and Vulnerability*, cit.; T. CASADEI, *op. cit.*; C. Sarthea, *Biodiritto. Fragilità e giustizia*, Torino, 2012. Più specificamente, in tema di vulnerabilità psichica, cfr. M. DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS, *La disabilità intellettiva e la disabilità psicosociale come situazioni di vulnerabilità*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2018, 301-320; V. MARZOCCO, *La disabilità mentale tra vulnerabilità soggettiva e controllo sociale. Il caso della sofferenza psichica*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2018, 321-334.

<sup>53</sup> Cfr. L. BURGOURGUE-LARSEN, *La vulnérabilité saisie par la philosophie, le sociologie et le droit. De la nécessité d'un dialogue interdisciplinaire*, in L. BURGOURGUE-LARSEN (sous la direction de), *La vulnérabilité saisie par le juges en Europe*, Paris, 2014, 237-243.

propria la distinzione qualitativa tra condizione esistenziale “normodotata” e quella disabile, riconfigura la disabilità stessa quale espressione della diversità umana»<sup>54</sup>.

Nello spazio aperto da questo mutamento di paradigma, anche le direttive anticipate di chi è psichicamente vulnerabile possono essere riguardate sotto una nuova luce, come strumenti per consolidare la rete relazionale attorno alla persona, garantendole, responsabilmente, l’esercizio del massimo grado di autonomia possibile.

## 5. Le direttive psichiatriche anticipate: possibilità e limiti

Per apprezzare più concretamente i risvolti positivi delle PAD, conviene cominciare considerando un aspetto di cui le direttive psichiatriche anticipate costituiscono un punto di osservazione particolarmente privilegiato, che inerisce, per la verità, ad ogni relazione terapeutica: la natura del rapporto tra medico e paziente. All’insegna della valorizzazione dell’autonomia del paziente, la sensibilità bioetica e biogiuridica contemporanea non accoglie più il paternalismo come chiave di lettura di tale rapporto, così come emerge chiaramente dalla stessa espressione “alleanza terapeutica”. Ma se non è (più) paternalistica, la relazione terapeutica non può nemmeno fondatamente ritenersi, all’opposto, perfettamente simmetrica e del tutto priva di connotati direttivi.

Nell’ambito della cura psichiatrica, in particolare, assume notevole importanza l’aspetto per cui è il medico che propone e promuove la cura, a fronte dell’affidamento che il paziente opera nei suoi confronti. Tuttavia, come è stato recentemente sottolineato, «l’eticità delle PAD trova le sue ragioni non solo in principi individualistici, ma piuttosto in principi che coinvolgono un paradigma relazionale: reciprocità, responsabilità del medico, fiducia del paziente»<sup>55</sup>.

Difatti, tra medico e paziente si apre uno spazio di confronto fra due diverse visioni della malattia, ciascuna assistita da una forte istanza di rispetto della autonomia personale che a ciascuno dei due è propria (e che, nell’un caso, è anche professionale). Una concezione della autonomia intesa in senso solipsistico come *sovranità*, del medico sul paziente (paternalismo medico), o del paziente sul medico (“imperialismo” del paziente), non può che alimentare l’idea di uno scontro incompontibile fra due

<sup>54</sup> M.G. BERNARDINI, *op. cit.*, 283. Nella vasta letteratura ormai presente sul tema, può essere qui opportuno richiamare alcune prospettive riconducibili alle teorie universalistiche della vulnerabilità. McIntyre, ad esempio, sottolinea come vulnerabilità umana e dipendenza dai propri simili siano componenti *costitutive* della condizione umana, sulle quali la storia della filosofia occidentale non ha riflettuto a sufficienza. A partire da una prospettiva aristotelico-tomistica, il filosofo scozzese riconosce nello sviluppo delle virtù il mezzo per promuovere la specifica razionalità umana. Ma il perseguimento di questo fine non può compiersi, secondo lui, senza la consapevolezza che l’uomo è anche ed essenzialmente “corpo”, destinato a incontrare la sofferenza, la malattia, il limite (cfr. A. MCINTYRE, *Animali razionali dipendenti. Perché gli uomini hanno bisogno delle virtù*, Milano, 2001).

Nel recente panorama italiano, è Sartea a collocare la vulnerabilità umana, concepita come “fragilità”, al centro di un indispensabile ripensamento del paradigma biogiuridico dominante, che ritiene impregnato di volontarismo. Fragilità e dipendenza non sono, infatti, fattori dominabili dalla volontà individuale, che pure assurge aporeticamente a facoltà regina dell’*homo technologicus* (cfr. C. SARTEA, *Biodiritto. Fragilità e giustizia*, Torino, 2012).

<sup>55</sup> A. DAVERIO, G. PIAZZI, A. SAYA, *op. cit.*, 222. Nello stesso senso, I. GREMMEN, G. WIDDERSHOVEN, A. BEEKMAN, R. ZUIDERHOUDT, S. SEVENHUIJSEN, *Ulysses arrangements in psychiatry: a matter of good care?*, in *Journal of Medicine and Ethics*, 2, 2008, 77-80.

volontà che si pretendono parimenti insindacabili. Al contrario, una concezione relazionale della autonomia apre le porte al riconoscimento, da parte di ciascuno, della propria imperfezione e della propria vulnerabilità, e della correlativa necessità di fare affidamento sull'altro, stimolandone la responsabilità<sup>56</sup>.

Per il medico, che Gadamer così suggestivamente definiva un "guaritore ferito", ciò significa "prendersi cura di", nel senso di farsi carico, in scienza e coscienza, della fragilità altrui, attivandone la risposta alla cura. Per il paziente ciò significa, prima di tutto, riconoscere la propria fragilità, ossia farsi consapevole, per quanto possibile, della propria malattia. Tale presa in carico della propria malattia corrisponde a un processo noto come *insight*, che, soprattutto in ambito psichiatrico, è di fondamentale importanza perché il paziente possa farsi parte attiva nel percorso terapeutico, attivando le sue proprie risorse di "guaritore ferito" ed arrivando, in tal modo, a "prendersi cura" di sé<sup>57</sup>.

La previsione della "crisi" che si attua in una PAD è una occasione preziosa perché la persona psichicamente sofferente elabori la propria *insight*, riflettendo su di un momento che spesso i pazienti psichiatrici vivono come un trauma, soprattutto quando, per farvi fronte, si attuano interventi d'emergenza non acconsentiti, con inevitabili effetti di *impasse* nelle dinamiche di comunicazione con medici e familiari. All'interno di una sana relazione terapeutica, grazie alla PAD, la perdita del controllo di sé e il senso di soggezione all'operato altrui che il paziente sperimenta nel momento della crisi possono essere compensati, prima e *dopo* la crisi, da un esercizio dell'autodeterminazione che può (ri)scoprirsi, nei limiti del possibile, più forte e matura. Infatti, là dove eventuali interventi coercitivi, tra cui la contenzione fisica, trovino origine e fondamento (anche) in un preventivo consapevole pensiero del paziente, il loro potenziale di rottura del vincolo fiduciario con lo psichiatra viene notevolmente ridotto. Come rilevato, «se alla base c'è un pensiero o una decisione di autodeterminazione (che possa prevedere anche la contenzione fisica), l'autorità del gesto contenitivo viene generata dal paziente stesso. Colui che contiene è stato investito direttamente dal paziente di quella autorità e lo scontro tra le parti (paziente e medico) potenzialmente si riduce»<sup>58</sup>.

Ma le PAD non risultano favorire solo la collaborazione e la comunicazione tra paziente e psichiatra. In un recente studio è stato sottolineato, infatti, come esse siano d'aiuto per allargare la condivisione della cura a tutto l'universo familiare del paziente, in special modo quando la PAD prevede la nomina di un fiduciario oppure di un facilitatore<sup>59</sup>.

D'altra parte, altri studi evidenziano come le PAD, laddove diffuse, risultino migliorare la continuità terapeutica, non solo promuovendo il cd. *empowerment* del paziente, all'insegna di quella valorizzazione della autodeterminazione possibile sulla quale ci si è sin qui soffermati, ma anche favorendo in-

<sup>56</sup> Sul paradigma del "paziente sovrano", cfr. L. MINGARDO, *Il testamento biologico e le ultime volontà del paziente sovrano*, in F. ZANUSO (a cura di), *Diritto e desiderio. Riflessioni biogiuridiche*, Milano, 2015, 91-115. Sul tema cfr. altresì F. MACIOCE, *Between Autonomy and Vulnerability*, cit. Sulle PAD come strumento di tutela della autonomia del paziente intesa non tanto come "sovranià", quanto come "autenticità", nel senso di corrispondenza agli interessi personali più profondi, cfr. T. VAN WILLIGENBURG, P.J.J. DELAERE, *op. cit.*; cfr. altresì M.S. DEWOLF BOSEK, M.E. RING, R.F. CADY, *Do psychiatric advance directives protect autonomy?*, in *JONA's. Healthcare Law, Ethics, and Regulation*, 1, 2008, 17-24.

<sup>57</sup> Cfr. H.G. GADAMER, *Dove si nasconde la salute*, Milano, 2009.

<sup>58</sup> Cfr. A. DAVERIO, G. PIAZZI, A. SAYA, *op. cit.*, in particolare per quanto riguarda gli aspetti psicodinamici delle PAD.

<sup>59</sup> M.M. EASTER, J.W. SWANSON, A.G. ROBERTSON, L.L. MOSER, M.S. SWARTZ, *Facilitation of Psychiatric Advance Directives by Peers and Clinicians on Assertive Community Treatment Teams*, in *Psychiatric Services*, 2017, 717-723.

terventi precoci e prevenzione secondaria<sup>60</sup>. Altri benefici effetti risiederebbero nella riscontrata riduzione di misure contenitivo-coercitive, ricoveri e trattamenti sanitari obbligatori<sup>61</sup>, nonché in un accertato decremento del contenzioso giudiziario<sup>62</sup>.

A fronte di questi benefici, però, non bisogna commettere l'errore di trascurare le criticità da cui le PAD sono affette. Non tutti i disturbi psichiatrici possono avvalersi proficuamente di strumenti di questo tipo<sup>63</sup>. Nell'universo della malattia mentale, vi sono sindromi in cui la valorizzazione della autonomia del paziente può essere, se non illusoria, controproducente. È chiaro che la sfida consiste nel cercare e valorizzare ogni spiraglio di autonomia nella sofferenza, ma senza cadere, a seconda dei casi, in forme di più o meno velato abbandono terapeutico, mascherate da lusinghiere promesse di autodeterminazione.

Nel dibattito internazionale, un tema particolarmente controverso, poi, come pure è (stato) per le direttive anticipate in genere, è quello del valore, se vincolante o orientativo, che gli operatori sanitari, i fiduciari e i familiari coinvolti devono attribuire alle PAD. Correlativamente, nei Paesi in cui le PAD sono previste e regolamentate, le maggiori difficoltà applicative si sono riscontrate nel bilanciamento fra il rispetto della direttiva anticipata e la necessità di procedere a trattamenti sanitari obbligatori<sup>64</sup>. Con riferimento all'ordinamento italiano vigente, vi è da ritenere che le PAD non possano incidere sull'*an* di un trattamento sanitario obbligatorio<sup>65</sup>, interdicensi l'adozione, bensì sul suo *quomodo*, in ordine, ad esempio, a terapie da preferirsi o persone da informarsi<sup>66</sup>.

In ogni caso, al netto degli innegabili profili problematici, permane, ad avviso di chi scrive, la considerazione dei contratti di Ulisse come di uno strumento prezioso, a presidio della dignità del sofferente psichico. È arrivato, dunque, il momento di indicarne più precisamente le possibilità di applicazione e operatività all'interno del nostro ordinamento, non prima, però, di avere ulteriormente riflettuto sulla "lezione di Ulisse". Essa, difatti, è idonea a mostrare l'orizzonte bioetico entro cui ogni esito appli-

<sup>60</sup> Y. KHAZAAL, R. MANGHI, M. DELAHAYE, A. MACHADO, L. PENZENSTADLER, A. MOLODYSKI, *Psychiatric advance directives, a possible way to overcome coercion and promote empowerment*, in *Frontiers in Public Health*, 2, 2014.

<sup>61</sup> Y. KHAZAAL, R. MANGHI, M. DELAHAYE, A. MACHADO, L. PENZENSTADLER, A. MOLODYSKI, *op. cit.*; G. WIDDERSHOVEN, R. BERGHMANS, *Coercion and pressure in psychiatry: lessons from Ulysses*, in *Journal of Medicine and Ethics*, 2007, 560-563; C. HENDERSON, R. LEE, D. HERMAN, D. DRAGATSI, *From psychiatric advance directives to the joint crisis plan*, in *Psychiatric Services*, 2009, 1390-1391; J.W. SWANSON, M.S. SWARTZ, E.B. ELBOGEN, et al., *Psychiatric advance directives and reduction of coercive crisis interventions*, in *Journal of Mental Health*, 2008, 255-267.

<sup>62</sup> Cfr. R. BORBE, S. JAEGER, S. BORBÉ, T. STEINERT, *[Use of joint crisis plans in psychiatric hospitals in Germany: results of a nationwide survey]*, in *Der Nervenarzt*, 2012, 638-643. E. MAITRE, C. DEBIEN, P. NICAISE, et al., *[Advanced directives in psychiatry: A review of the qualitative literature, a state-of-the-art and viewpoint]*, in *L'Encephale*, 2013, 244-251.

<sup>63</sup> A. DAVERIO, G. PIAZZI, A. SAYA, *op. cit.*, 223.

<sup>64</sup> Cfr. A. DAVERIO, G. PIAZZI, A. SAYA, *op. cit.*; J.M. ATKINSON, H.C. GARNER, W.H. GILMOUR, *Models of advance directives in mental health care: stakeholder views*, in *Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology*, 2004, 673-680; L.S. SHIELDS, S. PATHARE, A.J. VAN DER HAM, J. BUNDERS, *A review of barriers to using psychiatric advance directives in clinical practice*, in *Administration and Policy in Mental Health*, 2014, 753-766; J.W. SWANSON, M.S. SWARTZ, M.J. HANNON, et al. *Psychiatric advance directives: a survey of persons with schizophrenia, family members, and treatment providers*, in *International Journal of Forensic Mental Health*, 2, 2003, 73-86; E.M. GALLAGHER, *Advance Directives for Psychiatric Care. A Theoretical and Practical Overview for Legal Professionals*, in *Psychology, Public Policy, and Law*, 3, 1998, 746-787.

<sup>65</sup> È esplicito, in tal senso, ad esempio, Rossi in S. ROSSI, *Il contratto di Ulisse*, cit., 105.

<sup>66</sup> Cfr. L. BRUSCUGLIA, *op. cit.*

cattivo abbisogna di calarsi, per non correre il rischio di trasformare l'appello alla autonomia possibile del sofferente psichico in una assurda pretesa di autosufficienza, con conseguente consegna (e ritorno) del malato alla sua solitudine.

## 6. La lezione di Ulisse a confronto con la legge n. 219/2017

Come nave che solca i mari, nel percorrere l'avventura del proprio vivere, può capitare di imbattersi nel fortunale della infermità psichica. Proprio come il canto delle Sirene, la malattia mentale rischia di provocare la menomazione, se non l'annichilimento, del sé. Le mostruose creature non sono esse stesse la morte<sup>67</sup>, ma sono in grado di arreararla, ed in ogni caso procurano crudele smarrimento e totale obnubilamento ai malcapitati naviganti<sup>68</sup>.

Esse cercano di ammaliare Ulisse promettendo sapere e conoscenza<sup>69</sup>: «Nessuno mai è passato di qui con la sua nave nera senza ascoltare il nostro canto dolcissimo: ed è poi ritornato più lieto e più saggio. Noi tutto sappiamo, quello che nella vasta terra troiana patirono Argivi e Troiani per volere dei numi. Tutto sappiamo quello che avviene nella terra feconda»<sup>70</sup>.

Chi ritorna all'integrità del proprio sé, chi esce dalla crisi della malattia riguadagnando la *salus*, salute-salvezza, non può che gioire e, forse, ritrovarsi in una nuova ed arricchita consapevolezza. Il passaggio attraverso la sofferenza della crisi può portare ad una accresciuta conoscenza, tramite una reinterpretazione del proprio vissuto. Ulisse, autorevolmente definito «l'eroe del dolore», si fa così espressione del *topos* antico, ma sempre attuale, del *pathei mathos*, ossia della convinzione che la sofferenza possa aumentare la saggezza<sup>71</sup>.

Ma a guardare l'abisso, fronteggiando l'annichilimento, non si può essere che soli. Scrive magistralmente Chierighin: «Di fronte a qualcosa che non si è mai stato dato prima di sperimentare, l'uomo è sempre solo: egli può essere immerso nella folla, circondato dagli amici e dagli affetti più cari, ma

<sup>67</sup> Al pari di tutti gli esseri viventi, anche le Sirene sono destinate al trapasso, sedotte dal richiamo di Ade. A ciò allude Socrate nel *Cratilo* di Platone (PLATONE, *Cratilo*, vv. 403d-403e, in PLATONE, *Tutti gli scritti*, Milano, 2008, 151).

<sup>68</sup> Vengono qui alla mente le intense pagine nelle quali Amato descrive il pervasivo senso di straniamento e alienazione che la malattia provoca in chi ne è colpito (cfr. S. AMATO, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla fine della vita*, Torino, 2011, 27 ss.)

<sup>69</sup> Lo stesso Cicerone sottolinea come la promessa di conoscenza sia particolarmente allettante per l'eroe (cfr. M.T. CICERONE, *Il sommo bene e il sommo male*, libro I, XVIII, 49, Milano, 1992). Sulla mortifera tentazione di onniscienza, definita come "originaria", si sofferma A. TARABOCHIA CANAVERO, *Sirene. Un canto per l'anima*, in M. ANTICO GALLINA (a cura di), *I Greci. Il sacro e il quotidiano*, Cinisello Balsamo, 2004, 130-139.

<sup>70</sup> OMERO, *Odissea*, canto XII, vv. 186-191 (ed. cit., 417).

<sup>71</sup> Cfr. G. REALE, *Corpo, anima e salute. Il concetto di uomo da Omero a Platone*, Milano, 1999, 317 ss. All'interno dell'opera dell'illustre storico della filosofia, il capitolo dedicato a «Il dolore e la sofferenza» contiene una lettura del loro significato metafisico e assiologico nel pensiero antico, sulle tracce del *pathei mathos*, una «verità che costituisce una delle radici della coscienza dell'uomo europeo». A partire dalla formulazione della legge divina dello "imparare mediante il soffrire" nell'*Agamennone* di Eschilo, passando attraverso la figura di Edipo nell'*Edipo a Colono* di Sofocle, emblema dell'uomo tragico che impara soffrendo, si giunge a riflettere su Ulisse, uomo che si forma nel dolore tanto nell'*Odissea* quanto nella *Repubblica* di Platone (*ivi*, 311-325). Per una ricostruzione della storia filosofica del *pathei mathos*, condotta esplicitamente alla luce della considerazione della categoria della vulnerabilità, cfr. A. JORI, *Vulnerabilità e storia della filosofia. To pathei mathos: imparare attraverso la sofferenza*, in O. GIOLO, B. PASTORE, *op. cit.*, 37-55.

quando qualcosa d'inaudito si fa avanti a partire dal silenzio, questo si propone solo per lui e pur essendo in sé qualcosa di massimamente evidente, non può essere comunicato al pari di qualunque altro contenuto passibile d'informazione e di essere trasmesso dall'uno all'altro»<sup>72</sup>.

Forse a questa radicale solitudine allude quello stagiarsi solitario di Ulisse sull'albero della nave, quel mantenere i suoi soli occhi ed i suoi soli orecchi rivolti alle Sirene, a differenza dei suoi compagni di viaggio, ai quali è risparmiata l'esperienza diretta del maleficio.

Tuttavia, il viaggio non si compie che insieme, la nave raccoglie individui che, volenti o nolenti, si ritrovano ad essere compagni di avventura. Ulisse realizza una scelta: all'approssimarsi dell'oblio, decide di *affidarsi* ad altri, perché, sebbene non possano esimerlo dalla radicalità di quella esperienza, lo aiutino ad *oltre-passare*.

Di fronte alla tragicità della crisi, la scelta di Ulisse è una scelta per la vita, per continuare a pensare, parlare, agire, oltrepassate le Sirene. L'eroe si avvede, però, che per affrontare il pericolo non può che consegnarsi ai suoi fedeli compagni, a coloro che si sono trovati a condividere con lui la perigliosa avventura del vivere. Egli riconosce la necessità di affidarsi all'*altro* e all'*oltre*, tramite un affidamento che implica il rispetto della libertà altrui e il riconoscimento della propria finitudine.

Ad avviso di chi scrive, questa è la lettura dell'episodio omerico che più si adatta a descrivere la valenza bioetica dei contratti di Ulisse: cercare di far sì che ciò che è primariamente e inevitabilmente soggettivo non resti solipsistico, ma risulti condiviso e condivisibile. Non vi è scelta che riguardi se stessi che non coinvolga, inevitabilmente, anche altri, tutti quegli altri che sono o saranno chiamati a confrontarsi con il nostro volere (siano essi medici, fiduciari, congiunti).

Così, per non svuotare di senso di una PAD, rendendola sterile strumento di una autodeterminazione concepita in senso solipsistico, occorre sempre tenere presente, da un lato, la componente inevitabilmente relazionale di ogni pretesa autonomia, e, dall'altro, la *direzione* verso cui anche le PAD sono orientate, ossia il guadagno del massimo grado di *salute mentale* possibile, in costante tensione verso quella che si chiama, oggi, *recovery*<sup>73</sup>. Quest'ultimo pare essere il tratto che più di ogni altro segna la differenza tra una PAD e un testamento biologico, il quale è primariamente rivolto a gestire il trapasso verso un *oltre* che coincide non con la vita, ma con la morte<sup>74</sup>.

Reinterpretata alla luce di quanto sin qui argomentato, la PAD diviene un atto di affidamento, un atto che consente la perpetuazione della volontà mediante il suo sacrificio. La volontà delegante rinuncia, in un certo qual modo, a se stessa, deponendo ogni senso di onnipotenza, riconoscendosi bisognosa dell'altro (medico, fiduciario, facilitatore che sia).

Tale "consegnarsi" non può irrigidirsi nella analitica indicazione di istruzioni a cui pretendere di vincolare in maniera assoluta l'operato di medici, fiduciari, facilitatori, che altrimenti, si vedrebbero privati

<sup>72</sup> F. CHEREGHIN, *Dall'antropologia all'etica. Alle origini della domanda sull'uomo*, Milano, 1997, 27 (a commento del pensiero di Schelling sulla solitudine di fronte all'infinito).

<sup>73</sup> Il concetto di *recovery* individua non tanto lo stato della completa guarigione clinica, quanto, piuttosto, il percorso verso il miglior stato di salute possibile, con la migliore qualità della vita possibile, nel contesto della migliore integrazione sociale possibile, cfr. M. LEAMY, V. BIRD, C. LE BOUTILLIER, J. WILLIAMS, M. SLADE, *Conceptual Framework for Personal Recovery in Mental Health: Systematic Review and Narrative Synthesis*, in *The British Journal of Psychiatry*, 6, 2011, 445-452.

<sup>74</sup> Riflette criticamente su questa specificità, non senza sottolineare la particolare problematicità delle direttive anticipate psichiatriche, R.D. MILLER, *Advance Directives for Psychiatric Treatment. A View from the Trenches*, in *Psychology, Public Policy, and Law*, 3, 1998, 728-745.

della loro stessa autonomia, finendo per essere eterodiretti. È bene, invece, che, ciascuno nel suo specifico ambito di competenze, personale sanitario e familiari possano conservare la libertà di valutare le circostanze concretamente esistenti al momento in cui si rende necessario tutelare il paziente. Essi, in ogni caso, debbono sforzarsi di tenere in serio debito conto quanto previamente comunicato, all'interno di un processo decisionale il più possibile condiviso.

In Italia, in mancanza di una legge sulle PAD, importanti indicazioni in questo senso possono essere tratte dalla legge generale sul consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento sanitario n. 219/2017. Per la verità, bisogna riconoscere come non sia una opinione isolata quella per cui la tanto sospirata legge si sia rivelata un'occasione mancata di innovare il regime della capacità rispetto alle scelte mediche, di cui continua a perpetrare una visione dicotomica in termini di sussistenza/insussistenza, ormai superata dalla dottrina più avanzata, e che mal si attaglia alle molteplici sfaccettature dei disturbi mentali. Cionondimeno, la nuova disciplina offre quantomeno degli spiragli per una riconsiderazione delle possibilità di autodeterminazione terapeutica anche per il sofferente psichico, che vale la pena esaminare, seppure sommariamente<sup>75</sup>.

Si consideri, in particolare, quanto il legislatore ha disposto in tema di consenso informato, direttive anticipate e pianificazione condivisa delle cure. Con riferimento al primo aspetto, sulla base del principio generale della volontarietà dei trattamenti sanitari e dei suoi corollari in termini di imprescindibilità del consenso e insuperabilità del dissenso, la legge garantisce la promozione e la valorizzazione della relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico. Tale rapporto è visto fondarsi sul consenso informato, «nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico». Il legislatore continua riconoscendo il prezioso contributo alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, degli esercenti una professione sanitaria che compongono l'équipe sanitaria ed aggiunge che «in tale relazione sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo» (art. 1 co. 2).

Nel caso del sofferente psichico, il consenso/dissenso *attuale*, concepito nell'alveo di questi principi generali, sarà validamente espresso dalla persona stessa, qualora mantenga, come è ben possibile, la capacità di agire (ai sensi dell'art. 1 co. 5). In caso contrario, il regime dell'espressione del consenso/dissenso dipenderà dalla misura di protezione resa necessaria dalla malattia, fatta salva la regola per cui è sempre doveroso valorizzare le concrete capacità di comprensione e decisione del malato: per l'interdetto, che andrà comunque sentito ove possibile, provvederà il tutore; l'inabilitato provvederà personalmente; il beneficiario di amministrazione di sostegno, a seconda dei casi, sarà assistito o sostituito dal suo amministratore, salva la considerazione delle sue volontà in relazione al grado di capacità di intendere e di volere posseduto (art. 3).

Quanto alla autodeterminazione terapeutica *preventiva*, due sono i percorsi predisposti dal legislatore: le disposizioni anticipate di cui all'art. 4, e la pianificazione condivisa delle cure, di cui all'art. 5. Pur non contemplando espressamente ed esplicitamente il caso della sofferenza psichica in quanto tale, entrambi gli istituti possono modellarsi per rispondere ad esigenze di quel tipo.

<sup>75</sup> Per un puntuale approfondimento, anche nella summenzionata chiave critica, si rimanda a M. PICCINI, *Prendere sul serio il problema della "capacità" del paziente dopo la l. n. 219/2017*, cit.; F. CEMBRANI, M. TRABUCCHI, L. FERRANNINI, C. AGOSTINI, *op. cit.*; S. ROSSI, *Il contratto di Ulisse*, cit., 101 ss.

Le disposizioni anticipate, infatti, possono essere rese da «ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte», allo scopo di «esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata “fiduciario”, che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie» (art. 4 co. 1). Non insorgono difficoltà a che in questa previsione possano riconoscersi le PAD, in tutte le loro sfaccettature di contenuto, laddove rese da persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, come potrebbe darsi, per fare solo alcuni esempi fra i molti possibili, nel caso di persone affette da dipendenze, o affette da disturbo bipolare in fase di compensazione, o, ancora, da persone guarite dalla depressione maggiore che vogliano cautelarsi in caso di recidiva.

Il legislatore ne sancisce la vincolatività relativa (art. 4 co. 5), in adesione a quel bilanciamento fra vincolatività assoluta e mera orientatività che, da tempo individuato all'interno del dibattito biogiuridico sulla autodeterminazione terapeutica preventiva<sup>76</sup>, è stato *supra* indicato come un orientamento particolarmente apprezzabile, dal punto di vista bioetico, anche (e soprattutto) per le PAD<sup>77</sup>.

Con la pianificazione condivisa delle cure, il legislatore ha previsto che «rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, può essere realizzata una pianificazione delle cure condivisa tra il paziente e il medico, alla quale il medico e l'équipe sanitaria sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità» (art. 5 co. 1). Anche qui, non insorgono difficoltà a che tra le «patologie croniche e invalidanti» possano riconoscersi i disturbi psichici, in particolare quelli cronici e recidivanti come il disturbo bipolare o la schizofrenia. Si tratta di un mezzo di autodeterminazione preventiva che favorisce in maniera peculiare la creazione di una rete di supporto attorno al malato, coinvolgendo équipe medica, familiari e fiduciari in un percorso al centro del quale vi è il rispetto degli intendimenti del paziente (art. 5 co. 2 e 3). Non vi sono ostacoli a che tali intendimenti possano essere espressi tramite PAD che, così, fungerebbero da elementi idonei a inserirsi in più articolati piani di cura, che contribuirebbero a costruire e strutturare.

In chiusura di questo contributo, sembra particolarmente prezioso ricordare l'enunciazione del principio generale per cui «il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura» (art. 1 co. 8), rispetto al quale disposizioni anticipate e pianificazione anticipata possono porsi come una fondata opportunità di riconoscimento e ripristino della *comunicazione* e della *relazionalità* insite in ogni percorso di cura.

<sup>76</sup> A partire dal parere del Comitato Nazionale per la Bioetica del 18 dicembre 2003 sulle *Dichiarazioni anticipate di trattamento*.

<sup>77</sup> Ai sensi dell'art. 4 co. 5, il medico è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita. Nel caso di conflitto tra il fiduciario e il medico, è competente il giudice tutelare.

Difatti, in un contesto che recuperi il senso della intrinseca *relazionalità* di ogni scelta, e il valore del mantenimento della *comunicazione*, le direttive anticipate in generale, e le PAD in particolare, possono essere un'occasione per aprire uno spazio dialettico, responsabilizzante, dove discutere il valore della salute così come quello della malattia, il valore della qualità della vita così come della sofferenza, il valore della speranza così come della accettazione. Promuovendo la cura tramite il confronto intersoggettivo sulla richiesta del "disponente" e sulla sua scelta, sia nel momento della redazione delle direttive che in quello della loro applicazione, si possono offrire le condizioni per una piena tutela della libertà e autonomia della persona, anche in situazioni di particolare vulnerabilità e sofferenza, come quelle legate al disagio psichico.

*Ulisse*



## L'auspicabile collaborazione tra giudice e neuro-scienziati nell'accertamento dell'imputabilità di chi soffre di un grave disturbo della personalità

Gianpiero Coletta\*

*Reviews*

THE DESIRABLE COLLABORATION BETWEEN JUDGE AND NEURO-SCIENTISTS IN ASCERTAINING THE IMPUTABILITY OF THOSE SUFFERING FROM A SERIOUS DISORDER OF PERSONALITY

ABSTRACT: In the penal code it was established that it cannot be punished who was deprived of the capacity to understand and to want at the time of the commission of the offence and it was stated that the inability of the defendant must always be provoked by an infirmity. In 2005 the Court of Cassation clarified that also personality disorders can be detected for imputability purposes. Starting from that year the judge is therefore called to ascertain the imputability also of person suffering from a personality disorder and, to this end, it makes use often of the collaboration of the neuro-scientists. This collaboration allows him, in fact, to assess the infirmity of the offender on a more scientific basis and to understand whether the same infirmity has been decisive for the commission of the offence.

KEYWORDS: Imputability; infirmity; personality disorders; judge; neuro-scientists

SOMMARIO: 1. L'inclusione dei gravi disturbi della personalità tra le infermità penalmente rilevanti e la scelta dei giudici di avvalersi sempre più spesso della collaborazione dei neuro-scienziati nella prima fase dell'accertamento dell'imputabilità – 2. L'ammissibilità in sede processuale delle sole prove di origine neuro-scientifica non dannose per la libertà morale dell'imputato e del tutto idonee a provarne la grave infermità – 3. L'importanza di un proficuo dialogo tra giudice ed esperti in entrambe le fasi dell'accertamento dell'imputabilità

### 1. L'inclusione dei gravi disturbi della personalità tra le infermità penalmente rilevanti e la scelta dei giudici di avvalersi sempre più spesso della collaborazione dei neuro-scienziati nella prima fase dell'accertamento dell'imputabilità.

**N**ell'articolo 85 del codice penale si legge che non può essere punito chi non era imputabile al momento della commissione del fatto, perché privo della capacità di intendere e di volere<sup>1</sup>. In tale articolo si è, quindi, stabilito che l'imputabilità è la condizione dell'autore del

\* Ricercatore confermato di Istituzioni di diritto pubblico e professore aggregato di Diritto pubblico e costituzionale, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli". E.mail: [gianpiero.coletta@unicampania.it](mailto:gianpiero.coletta@unicampania.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

<sup>1</sup> In modo opportuno G. AMOROSO, *Giudizio di imputabilità e neuroscienze*, in *Dir. e scienza*, 6, 2012, 6, ha ricordato che l'articolo in esame «definisce il fondamento e la struttura dell'imputabilità penale, la quale viene ad identificarsi con la incapacità di intendere e di volere del soggetto reo».

reato che lo rende assoggettabile ad una pena<sup>2</sup> e che tale condizione riguarda unicamente il soggetto che, comprendendo il significato e gli effetti delle sue azioni, riesce a dominare comportamenti e istinti antisociali<sup>3</sup>.

Nei successivi articoli 88 e 89 si è, poi, precisato che non è imputabile solo chi è del tutto incapace, mentre chi lo è in modo parziale ha unicamente diritto ad una pena di minore entità<sup>4</sup>.

Va, inoltre, sottolineato che in questi stessi articoli si è anche fatto presente che l'incapacità di intendere e di volere deve essere sempre provocata da un'infermità<sup>5</sup>.

A ben guardare, per un lungo periodo di tempo il concetto di infermità è stato interpretato in maniera riduttiva e, fino ai primi anni del 2000, l'orientamento prevalente in giurisprudenza è stato quello di non far rientrare nell'ambito degli articoli 88 e 89 le nevrosi, gli stati depressivi e gli altri disturbi della personalità<sup>6</sup>. In diverse sentenze si è, infatti, osservato che le anomalie mentali in parola non possono essere comprese tra le infermità che causano incapacità di intendere e di volere perché, a differenza delle patologie psichiatriche vere e proprie, sono prive di un sostrato biologico e non compromettono la percezione della realtà<sup>7</sup>.

La scelta di interpretare il concetto di infermità come sinonimo di malattia mentale è stata, però, superata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, con la storica sentenza n. 9163 del 2005 – la cd. sentenza Raso –, hanno chiarito che anche i diversi disturbi della personalità possono rilevare ai fini dell'imputabilità, perché anch'essi possono compromettere la capacità del reo o ridurla in misura significativa<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> Con la sentenza n. 7855 del 1982 la Corte di Cassazione ha, poi, chiarito che l'imputabilità è una componente di carattere naturalistico della responsabilità penale dell'autore del reato ed è, quindi, un dato esterno al fatto criminoso. Bisogna, inoltre, ricordare che, in diverse occasioni, la Suprema Corte ha fatto presente che il concetto di imputabilità va distinto da quello di colpevolezza (di cui all'articolo 42 del codice penale) ed ha sottolineato che l'imputabilità costituisce il presupposto della colpevolezza, perché solo chi è capace di intendere e di volere può commettere un reato in modo cosciente e volontario.

<sup>3</sup> Cfr. D. PULITANO, *L'imputabilità come problema giuridico*, in AA.VV., *Curare e punire. Problemi e innovazioni nei rapporti tra psichiatria e giustizia penale*, Milano, 1988, 230 ss. e G. FIANDACA, E. MUSCO, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2008, 324 ss.

<sup>4</sup> Nella sentenza n. 5884 del 1982 la Corte di Cassazione ha, però, sottolineato che per la configurabilità della diminuzione del vizio parziale di mente non è sufficiente la presenza di un'infermità, ma occorre anche che la stessa sia di una gravità tale da ridurre notevolmente, pur senza escluderla del tutto, la capacità di intendere o di volere del soggetto.

<sup>5</sup> Secondo G. AMOROSO, *op. cit.*, 9, la nozione di infermità è una nozione sia empirica che normativa perché «se, da un lato, il compito di individuare l'insieme dei requisiti biologici e psicologici che facciano ritenere il soggetto incapace di intendere e di volere è affidato innanzitutto alle scienze, dall'altro attiene soltanto al legislatore stabilire le condizioni di rilevanza dei dati forniti dal sapere extra-giuridico, anche alla luce delle finalità di rieducazione e tutela generale perseguiti dal sistema penalistico». Sul punto v. anche M. BERTOLINO, *Il nuovo volto dell'imputabilità penale. Dal modello positivistico del controllo sociale a quello funzional-garantistico*, in *Ind. Pen.*, 1998, 367 ss.

<sup>6</sup> Su tale interpretazione giurisprudenziale v. A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012, 506.

<sup>7</sup> Soffermandoci unicamente sulla giurisprudenza di legittimità, tra le sentenze della Corte di Cassazione che hanno escluso i disturbi della personalità dall'ambito degli articoli 88 e 89 vanno segnalate la n. 4954 del 1993, la n. 10422 del 1997, la n. 1078 del 1998, la n. 22765 del 2003 e la n. 23737 del 2004.

<sup>8</sup> Sul superamento del concetto di infermità come sinonimo di malattia mentale v. L. SAMMICHELI, G. SARTORI, *Neuroscienze e imputabilità*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*,

Ad avviso delle Sezioni Unite, pure i disturbi in questione rientrano tra le infermità previste dagli articoli 88 e 89 del codice penale se, al pari delle patologie psichiatriche vere e proprie, vanno ad incidere in misura significativa sulle capacità del reo<sup>9</sup> e se sussiste un nesso eziologico tra l'anomalia psichica e il reato commesso, che permetta di considerare il secondo causalmente determinato dalla prima<sup>10</sup>.

Pertanto, con la pronuncia in esame la Suprema Corte ha fatto rientrare i disturbi della personalità che pregiudicano o limitano la capacità di intendere e di volere tra le infermità penalmente rilevanti e, nel corso degli anni, non ha più mutato orientamento<sup>11</sup>.

Si può, allora, sostenere che, a partire dal 2005, il giudice è chiamato a verificare l'imputabilità anche di chi soffre di un disturbo della personalità<sup>12</sup> e che, per svolgere in modo corretto questa sua attività, deve effettuare due precisi controlli: deve accertare la gravità dell'anomalia psichica del reo per capire se sia tale da incidere in maniera rilevante sulle sue capacità e deve, poi, valutare se l'anomalia in questione sia stata decisiva per la commissione del reato<sup>13</sup>.

Soffermandoci sul primo di tali controlli e, dunque, sulla prima fase dell'accertamento dell'imputabilità, va segnalato che, per indagare in modo efficace sulla reale gravità del disturbo della personalità, l'organo giudicante si avvale sempre più spesso non soltanto dell'ausilio degli psichiatri forensi, ma anche della collaborazione di esperti in neuroscienze<sup>14</sup>.

Come è noto, i neuro-scienziati studiano il funzionamento del cervello e del sistema nervoso dell'essere umano e, attraverso l'utilizzo di sofisticate tecniche di visualizzazione celebrale – le c.d.

Padova, 2007, 343. Sui contenuti della decisione in esame v., fra gli altri, M. BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 853 ss; M.T. COLLICA, *Anche i "disturbi della personalità" sono infermità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 420 ss.; U. FORNARI, *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità*, in *Cass. pen.*, 2006, 274 ss.

<sup>9</sup> Al riguardo v., in generale, A. SANTOSUOSSO, *Neuroscienze e diritto: un quadro delle opportunità*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2012, 96.

<sup>10</sup> A giudizio delle Sezioni Unite, non hanno, invece, alcun rilievo ai fini dell'imputabilità le anomalie del carattere, le disarmonie della personalità, le deviazioni del sentimento e quelle dell'indole. Queste, infatti, pur riguardando il processo psichico di determinazione dell'agire, non hanno un grado di incisività idoneo a compromettere l'autodeterminazione del reo. Va, poi, ricordato che, per la Suprema Corte, anche gli stati emotivi e passionali non hanno alcun rilievo ai fini dell'imputabilità, a meno che gli stessi non si manifestino in una forma tanto grave da renderli assimilabili a veri e propri disturbi della psiche.

<sup>11</sup> In proposito v., fra i tanti, G. AMOROSO, *op. cit.*, 11-12.

<sup>12</sup> Secondo A. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, 96, la Corte di Cassazione si è, così, adeguata alle tendenze presenti in altri Paesi europei ed ha fatto sue «le indicazioni provenienti dalla dottrina italiana».

<sup>13</sup> Cfr. F. CENTONZE, *Disturbo post-traumatico da stress e responsabilità penale: il giudice "custode" del metodo scientifico e l'accertamento del vizio di mente*, in *Ius17@unibo.it*, 1, 2011, 170 (ultima consultazione del sito effettuata in data 25/03/2019).

<sup>14</sup> Occorre ricordare che questa tendenza giurisprudenziale ha avuto inizio nel 2009, grazie alla sentenza n. 5 della Corte d'Assise d'Appello di Trieste. Su tale celebre decisione v. A. FORZA, *Le neuroscienze entrano nel processo penale*, in *Riv. Pen.*, 2010, 75 ss.; Id., *La psicologia nel processo penale. Pratica forense e strategie*, Milano, 2010, 147 ss.; A. CORDA, *op. cit.*, 509-510. Di notevole importanza è, poi, anche la sentenza del Tribunale di Como n. 536 del 2011, a proposito della quale si rinvia a F. CASASOLE, *Neuroscienze, genetica comportamentale e processo penale*, in *Dir. Pen. proc.*, 2012, 110 ss. e a G. MESSINA, *I nuovi orizzonti della prova (neuro) scientifica nel giudizio di imputabilità*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2012, 251 ss.

tecniche di *neuroimaging* –, riescono a capire se vi siano alterazioni nelle aree del cervello adibite al controllo dei comportamenti razionali e quale consistenza abbiano queste eventuali alterazioni<sup>15</sup>.

Gli esperti in neuroscienze, quindi, grazie a tecniche di visualizzazione cerebrale come la tomografia assiale computerizzata, la risonanza magnetica funzionale, la tomografia ad emissioni di positroni, la magnetoencefalografia e la tomografia computerizzata ed emissionale di fotoni singoli, sono in grado di chiarire se, e in quale misura, le anomalie strutturali e funzionali del cervello possano condizionare l'operato della persona che ne è afflitta<sup>16</sup>.

Risulta, dunque, evidente che gli scienziati in parola hanno tutte le competenze per poter verificare se l'autore di un reato sia davvero affetto da un grave disturbo della personalità e possono fattivamente collaborare con gli psichiatri forensi per riuscire a capire se il disturbo in questione abbia inciso sulla capacità di intendere e di volere del reo e in quali termini<sup>17</sup>.

Non sorprende, allora, che i magistrati impegnati nell'accertamento dell'imputabilità abbiano più volte riconosciuto l'importanza delle neuroscienze anche nella valutazione delle anomalie psichiche non comprese tra le patologie elencate nella nosografia medica e che, in diverse occasioni, abbiano pure sottolineato che tali discipline forniscono un prezioso supporto oggettivo al sapere psichiatrico nella diagnosi delle varie infermità mentali penalmente rilevanti<sup>18</sup>.

## 2. L'ammissibilità in sede processuale delle sole prove di origine neuro-scientifica non dannose per la libertà morale dell'imputato e del tutto idonee a provarne la grave infermità

Abbiamo osservato che, nella prima fase dell'accertamento dell'imputabilità di chi soffra di un disturbo della personalità, il giudice deve capire quale sia la reale gravità del disturbo e che, per raggiungere quest'obiettivo, si avvale sempre più spesso della collaborazione dei neuro-scienziati, in quanto tale collaborazione gli consente di valutare l'infermità del reo su basi più scientifiche e meno discrezionali<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Sulle neuroscienze e sui rapporti tra tali discipline e il diritto v., fra gli altri, A. OLIVIERO, *Prima lezione di neuroscienze*, Bari-Roma, 2008; A. SANTOSUOSSO, B. BOTTALICO, *Neuroscienze e categorie giuridiche: quale impatto*, in A. CERRONI, R. RUFO (a cura di), *Neuroetica. Tra neuroscienze, etica e società*, Torino, 2009, 45 ss.; L. CAPRARO, V. CUZZOCREA, E. PICOZZA, D. TERRACINA, *Neurodiritto. Una introduzione*, Torino, 2011; L. PALAZZANI, R. ZANOTTI (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze. Non "siamo" i nostri cervelli*, Torino, 2013.

<sup>16</sup> Al riguardo v., fra i tanti, G. AMOROSO, *op. cit.*, 16, il quale ha osservato che, a differenza delle diagnosi basate sul Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali (il cd. DSM), le diagnosi dei neuro-scienziati hanno il pregio «di fornire un riscontro dimensionale dei disturbi mentali». A suo giudizio, si tratta di un pregio di grande rilievo, «in quanto l'interprete, nel valutare l'incidenza dell'infermità sulle capacità del reo, dovrà apprezzarne, in primo luogo, proprio la rilevanza da un punto di vista quantitativo».

<sup>17</sup> Cfr. A. FORZA, *La psicologia nel processo penale*, cit., 132 e I. MERZAGORA BETSOS, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2011, 180.

<sup>18</sup> Le più importanti pronunce in cui si è palesato quest'orientamento giurisprudenziale sono elencate da A. GIUSMAI, *Le neuroscienze come strumento di "emersione" del diritto muto*, in questa *Rivista*, 3, 2017, 23, n. 67.

<sup>19</sup> Come ha opportunamente ricordato A. BONOMI, *Libertà morale e accertamenti neuroscientifici: profili costituzionali*, in questa *Rivista*, 3, 2017, 141, «è una sorta di *communis opinio* quella secondo cui gli strumenti neuroscientifici sono in grado di porre al riparo la decisione resa al termine di un processo penale [...] dalla discrezionalità del giudice, facendo in modo che questi, anziché ricorrere, come sovente fa, al senso comune

Occorre, però, considerare che nel nostro ordinamento si è anche stabilito che l'organo giudicante può avvalersi di una prova di origine neuro-scientifica solo se la reputi non dannosa per la libertà morale dell'imputato e del tutto idonea a provarne l'infermità penalmente rilevante<sup>20</sup>.

Come è noto, la non ammissibilità in giudizio delle tecniche probatorie che ledano la libertà morale del reo è prevista dall'articolo 188 del codice di procedura penale<sup>21</sup>. In tale articolo si è fatto presente che le tecniche in questione sono quelle che possono influire sulla libertà di autodeterminazione del singolo o che possono alterare le sue capacità di ricordare e valutare i fatti. Nel medesimo articolo si è, poi, precisato che neanche con il consenso della persona interessata queste tecniche sono utilizzabili in sede processuale<sup>22</sup>.

Il nostro legislatore ha, dunque, optato per una tutela forte della libertà morale del singolo individuo<sup>23</sup> e, operando in tal modo, ha fatto rientrare la libertà in parola tra i diritti inviolabili dell'uomo garantiti dall'articolo 2 della Costituzione<sup>24</sup>.

Dalla lettura della disposizione codicistica pare, inoltre, evincersi che le tecniche probatorie di tipo neuro-scientifico non vanno ad incidere sulla libertà morale dell'imputato perché, lungi dal comprimere il suo spazio di autodeterminazione o le sue capacità mnemoniche e valutative, si limitano a verificare se il soggetto in questione soffra di anomalie cerebrali che abbiano potuto condizionarne l'operato<sup>25</sup>.

Bisogna, tuttavia, ricordare che alcuni autori hanno interpretato l'articolo 188 in maniera differente ed hanno ritenuto che lo stesso non vieti le sole tecniche probatorie che influiscono sulla libertà di autodeterminazione del singolo o che alterano la sua capacità di ricordare e valutare i fatti<sup>26</sup>. A loro

---

contenuto nelle cosiddette massime di esperienza, possa basare la sua pronuncia su di un tipo di conoscenza fornita di elevati *standards* di scientificità».

<sup>20</sup> Sul punto v., in generale, A. CORDA, *op. cit.*, 520.

<sup>21</sup> L'articolo in esame, che è rubricato "Libertà morale della persona nell'assunzione della prova", fa riferimento sia alle prove tipizzate, sia a quelle non disciplinate dalla legge in virtù del puntuale richiamo di cui al successivo articolo 189.

<sup>22</sup> Un'analoga previsione è contenuta nell'articolo 64, comma 2 del codice di procedura penale, relativamente all'interrogatorio della persona indagata.

<sup>23</sup> Secondo P. FELICIONI, *Sub. Art. 188*, in A. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2007, 1302, la libertà morale prevista dall'articolo è stata considerata dal legislatore alla stregua di un valore "metagiuridico". In proposito v. anche E. FORTUNA, *I soggetti*, in E. FORTUNA, E. FASSONE, R. GIUSTOZZI, *Nuovo manuale pratico del processo penale*, Padova, 2002, 228 e F.R. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012, 228.

<sup>24</sup> A questa conclusione è pervenuta la Corte costituzionale con la sentenza n. 229 del 1998.

<sup>25</sup> In tal senso F.G. PIZZETTI, *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali*, Torino, 2012, 89 e A. BONOMI, *op. cit.*, 150. Quest'ultimo autore ha, inoltre, osservato che, a differenza delle tecniche neuro-scientifiche, «la narcoanalisi e l'ipnosi implicano una potente perturbazione [...] sullo stato di vigilanza e sulle capacità di orientamento critico dell'individuo, sicché esse possono essere catalogate tra le operazioni peritali che influiscono sulla capacità di formare i propri pensieri e di assumere conseguenti comportamenti o di ricordare autonomamente e criticamente i fatti conservati nella propria memoria».

<sup>26</sup> Cfr. C. CONTI, *Accertamenti medici sulla persona e diritti fondamentali: il legislatore di fronte all'oceano*, in *Id.* (a cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano, 2011, 120.

avviso, ad essere vietate dalla disposizione codicistica sono tutte le tecniche che incidono sulla psiche della persona interessata, comprese quelle di tipo neuro-scientifico<sup>27</sup>.

Quest'interpretazione estensiva dell'articolo 188 non può, però, essere accolta, perché il ritenere le tecniche neuro-scientifiche lesive della libertà morale determina la loro esclusione dal processo anche nel caso in cui possano servire a dimostrare la non colpevolezza dell'imputato<sup>28</sup> e rende, così, molto problematica la tutela di due diritti inviolabili previsti dalla Costituzione repubblicana: il diritto alla difesa e il diritto di chiedere l'acquisizione in giudizio di ogni mezzo di prova utile<sup>29</sup>.

Risulta, allora, preferibile un'interpretazione della disposizione codicistica che sia pienamente rispettosa dei suoi contenuti e di quanto stabilito dagli articoli 24 e 111 del testo fondamentale, e non sorprende affatto che a questa stessa conclusione siano pervenuti diversi studiosi<sup>30</sup> e i nostri organi giudicanti<sup>31</sup>.

Le tecniche neuro-scientifiche non sono, quindi, dannose per la libertà morale dell'imputato e al giudice non resta altro che capire se le stesse siano davvero idonee a provare l'esistenza di un'infermità penalmente rilevante. Come si evince dagli articoli 189 e 190 del codice di procedura penale, il magistrato deve verificare l'idoneità probatoria della tecnica neuro-scientifica e, se la verifica ha esito positivo, deve consentirne l'ingresso e l'utilizzo in sede processuale<sup>32</sup>.

L'organo giudicante ha, dunque, il preciso compito di distinguere tra "scienza buona" e "scienza cattiva" ed è legittimato ad aprire i cancelli del processo soltanto alla prima<sup>33</sup>. In altre parole, il soggetto in questione è chiamato ad essere un fruitore critico e selettivo del sapere scientifico e a farsi garante dell'attendibilità della prova di origine neuro-scientifica da utilizzare in giudizio<sup>34</sup>.

Tuttavia, al fine di svolgere correttamente questi suoi compiti, il giudice ha la necessità di capire quali caratteristiche debbano avere le tecniche neuro-scientifiche per essere in grado di accertare la grave infermità dell'imputato<sup>35</sup>.

<sup>27</sup> Di tale opinione sembrano essere F.M. GRIFANTINI, *Sub art. 188*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, diretto da G. CONSO e V. GREVI, Padova, 2005, 530 e G. DI CHIARA, *Il canto delle sirene. Processo penale e modernità scientifico-tecnologica: prova dichiarativa e diagnostica della verità*, in *Criminalia*, 2007, 19 ss.

<sup>28</sup> Così A. BONOMI, *op. cit.*, 149-150.

<sup>29</sup> In tal senso F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, 94. Occorre, poi, segnalare che, a giudizio di O. DI GIOVINE, *Neuroscienze*, in *Enc. Dir.*, Annali VII, Milano, 2014, 727, interpretando estensivamente l'articolo 188, si andrebbe anche a frustrare il significato profondo del principio di cui all'articolo 27, comma 3 della Costituzione.

<sup>30</sup> Oltre agli autori già citati, va ricordato che favorevole ad una interpretazione rigorosa della disposizione codicistica sembra essere anche G.G. DE GREGORIO, *L'inutilizzabilità*, in E. MARZADURI (a cura di), *Le prove*, Torino, 1999, 253.

<sup>31</sup> Cfr. V. GREVI, *Prove*, in G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2012, 314 e A. CORDA, *op. cit.*, 520-521.

<sup>32</sup> Sul punto v., in generale, A. CORDA, *op. cit.*, 520.

<sup>33</sup> Interessanti, al riguardo, sono le considerazioni di F. CENTONZE, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi della personalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 286 ss.

<sup>34</sup> In proposito v., fra i tanti, M.C. TALLACCHINI, *Giudici, esperti, cittadini: scienza e diritto tra validità metodologica e credibilità civile*, in *Notizie di Politeia*, XIX, 70, 2013, 87-88. Secondo A. CORDA, *op. cit.*, 519, va, però, tenuto presente che spesso, nella prassi, l'organo giudicante non riesce a calarsi nei panni del consumatore selettivo della scienza. Della medesima opinione è anche O. DI GIOVINE, *Chi ha paura delle neuroscienze?*, in *Arch. Pen.*, 2011, 843.

<sup>35</sup> Sul rischio che la scienza possa diventare "cattiva maestra" dell'organo giudicante v. F. CAPRIOLI, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3525.

A ben guardare, tali caratteristiche non sono state previste in sede legislativa, ma da tempo la dottrina le ha individuate traendole da una celebre sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America: la sentenza *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals* del 1993<sup>36</sup>. Sulla base di essa, molti autorevoli studiosi hanno ritenuto utilizzabili in giudizio le sole tecniche neuro-scientifiche delle quali si conosca il tasso di errore e che sono sottoponibili a verifica empirica, a tentativi di falsificazione e confutazione e al controllo di esperti del settore<sup>37</sup>.

Per alcuni anni, questi "requisiti di affidabilità" delle tecniche probatorie in esame non sono stati presi in considerazione dalla giurisprudenza e la Corte di Cassazione si è limitata ad affermare, in modo generico, che spetta all'organo giudicante accertare «la validità scientifica dei criteri e dei metodi da utilizzare allorché essi si presentino come nuovi o sperimentali»<sup>38</sup>.

Le cose sono cambiate, però, sul finire dello scorso decennio. Non si può, infatti, ignorare che la nostra Suprema Corte ha, prima, auspicato – con la sentenza n. 31456 del 2008 – che i giudici accertino l'idoneità probatoria delle tecniche neuro-scientifiche tenendo conto di quanto previsto nella decisione *Daubert*<sup>39</sup> e ha, poi, chiarito – con la sentenza n. 43786 del 2010 – che questo modo di operare dei magistrati non è soltanto auspicabile, ma è pure giuridicamente vincolante<sup>40</sup>.

L'orientamento giurisprudenziale in parola non è più mutato dal 2010 e si può, quindi, affermare che se è stato il codice di procedura penale ad aver attribuito all'organo giudicante il compito di verificare l'idoneità probatoria delle tecniche neuro-scientifiche, è stata la Corte di Cassazione ad aver individuato le caratteristiche che devono avere tali tecniche per essere idonee ad accertare la possibile infermità del reo<sup>41</sup>.

### 3. L'importanza di un proficuo dialogo tra giudice ed esperti in entrambe le fasi dell'accertamento dell'imputabilità

Assodato che, nella prima fase dell'accertamento dell'imputabilità, spetta al giudice verificare se le tecniche neuro-scientifiche possano essere utilizzate in sede processuale, bisogna, ora, soffermarsi

<sup>36</sup> Sui contenuti della pronuncia in esame v., fra gli altri, A. DONDI, *Paradigmi processuali ed "expert witness testimony" nel diritto statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 261 ss.; M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, *ivi*, 219 ss.; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela penale delle vittime*, Milano, 2003, 436 ss.

<sup>37</sup> Al riguardo v., per tutti, O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, 115 ss.

<sup>38</sup> La Corte di Cassazione si esprime in questi termini nella sentenza n. 2751 del 1997.

<sup>39</sup> In tale decisione la Corte di Cassazione ha, però, precisato che «i rigorosi criteri di validazione della prova scientifica, elaborati dalla giurisprudenza degli USA», hanno, per l'autorità giudiziaria italiana, «natura meramente orientativa».

<sup>40</sup> Sui caratteri innovativi della sentenza in esame – meglio nota come sentenza Cozzini – si rinvia al commento di P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1341 ss.

<sup>41</sup> Cfr. P. TONINI, *op. cit.*, 1344.

sul modo in cui tale soggetto debba operare per interpretare correttamente il suo ruolo di fruitore critico e selettivo del sapere scientifico<sup>42</sup>.

In realtà, abbiamo già ricordato che la Corte di Cassazione ha chiarito che sono utilizzabili in giudizio le sole tecniche neuro-scientifiche che abbiano determinate caratteristiche di affidabilità e, in particolare, le sole tecniche di cui si conosca il tasso di errore e che possano essere sottoposte a verifica empirica, a tentativi di falsificazione e confutazione e al controllo di esperti del settore<sup>43</sup>.

Va, tuttavia, considerato che, nel campo delle scienze, l'organo giudicante non possiede competenze adeguate e può, dunque, riuscire ad accertare l'idoneità probatoria di una tecnica neuro-scientifica solo a talune condizioni<sup>44</sup>. Non sfugge, infatti, che ciò può accedere solo se il soggetto in questione si liberi da ogni pretesa di autosufficienza<sup>45</sup> e si renda disponibile ad acquisire conoscenze indispensabili «per il vaglio giudiziale di alcune questioni»<sup>46</sup> e se i vari esperti che operano nelle aule giudiziarie gli forniscano quegli strumenti metodologici che sono necessari per il raggiungimento dell'obiettivo<sup>47</sup>.

Si può, dunque, sostenere che, per valutare l'attendibilità delle prove di tipo neuro-scientifico, il magistrato è chiamato a instaurare un proficuo dialogo con i periti e i consulenti di parte<sup>48</sup>, in quanto è solo grazie ad esso che può capire, su basi scientifiche, se l'imputato sia davvero affetto da un grave disturbo della personalità<sup>49</sup>.

Sappiamo, però, che l'accertamento dell'infermità del reo rappresenta solo la prima fase del giudizio di imputabilità, perché dopo tale accertamento vi deve essere anche quello della necessaria connessione tra il disturbo mentale dell'imputato e il reato commesso<sup>50</sup>. Bisogna, infatti, ricordare che

<sup>42</sup> A. CORDA, *op. cit.*, 518, ha opportunamente ricordato che al giudice non viene chiesto di trasformarsi in uno scienziato, ma solo di dotarsi di strumenti metodologici che gli consentano «di mettersi in condizione di valutare il *tasso di scientificità* in senso stretto della tecnica probatoria che venga in rilievo».

<sup>43</sup> In proposito v. O. DOMINIONI, *op. cit.*, 115 ss.

<sup>44</sup> Secondo G. AMOROSO, *op. cit.*, 19, l'organo giudicante è sempre tenuto a verificare la consequenzialità e la ragionevolezza delle conclusioni rese dai vari esperti e non potrà mai discostarsene «per ragioni intrinseche, legate a un diverso apprezzamento tecnico scientifico».

<sup>45</sup> Al riguardo v., fra i tanti, L. LANZA, *Processo come "arte" di pesare le prove*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *op. cit.*, 238 ss.

<sup>46</sup> In questi termini si è espressa M.T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in *penalecontemporaneo.it*, 2012, 18 (ultima consultazione del sito effettuata in data 25/03/2019). Sul punto v. anche G. CANZIO, *Prova scientifica, ricerca della "verità" e decisione giudiziaria nel processo penale*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *Scienza e causalità*, Padova, 2006, 153.

<sup>47</sup> In proposito v., fra gli altri, F. CENTONZE, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi della personalità*, cit., 286 ss.

<sup>48</sup> Sull'opportunità di un dialogo che coinvolga sia i periti che i consulenti tecnici di parte e sulla necessità di riconoscere medesimo valore probatorio a perizie e consulenze si rinvia a G.F. RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della «specificità» della prova giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1154 ed a O. DOMINIONI, *op. cit.*, 343. Non va, poi, dimenticato che sull'assenza di gerarchia tra perito e consulente si è espressa pure la Corte costituzionale, con la sentenza n. 33 del 1999. In tale pronuncia il giudice delle leggi ha, infatti, sottolineato che «la consulenza è suscettibile di assumere pieno valore probatorio non diversamente da una testimonianza e che pertanto il giudice non è obbligato a nominare un perito qualora le conclusioni fornite dai consulenti di parte gli appaiano oggettivamente fondate, esaustive e basate su argomenti convincenti».

<sup>49</sup> Cfr. A. BONOMI, *op. cit.*, 141.

<sup>50</sup> Secondo F. CENTONZE, *Disturbo post-traumatico da stress e responsabilità penale*, cit., 170, «si tratta di un passaggio decisivo per la necessaria individualizzazione del giudizio». A suo avviso, infatti, «non basta la generale enunciazione di una convalidata teoria scientifica astrattamente applicabile al caso di specie, ma è

un'infermità può assurgere a causa di esclusione o di limitazione della capacità di intendere e di volere solo se esista un nesso di causalità tra la stessa infermità e la condotta delittuosa<sup>51</sup>. In altre parole, un grave disturbo della psiche può rendere non imputabile il soggetto che ne soffre solo se tra il disturbo mentale e il fatto di reato «sussista un nesso eziologico, che consenta di ritenere il secondo causalmente determinato dal primo»<sup>52</sup>.

Come è noto, per verificare l'esistenza di questo nesso il giudice deve, anzitutto, studiare il reato e le sue modalità di realizzazione, in quanto tale attività gli permette di capire se l'imputato era davvero inconsapevole della sua condotta delittuosa a causa di un grave disturbo della psiche<sup>53</sup>.

Ultimato lo studio in questione ed accertata l'incapacità del reo di comprendere e dominare i suoi impulsi criminali, l'organo giudicante è nella condizione di valutare se l'insorgenza del disturbo sia stata decisiva per la commissione del reato e compie tale operazione facendo ricorso al procedimento logico di ipotesi contro il fatto, «ossia assumendo l'assenza dell'infermità onde inferire se il reato sarebbe stato ugualmente commesso»<sup>54</sup>.

A ben guardare, nello studio della condotta delittuosa è opportuno che il magistrato non agisca in solitudine, ma si avvalga della collaborazione di neuro-scienziati, medici legali, psichiatri forensi e criminologi<sup>55</sup>. Operando in tal modo ha, infatti, più possibilità di capire se l'imputato era realmente inconsapevole della sua azione criminale, perché gli esperti in parola hanno tutte le competenze per poter accertare l'eventuale incapacità dell'imputato di controllare i suoi impulsi antisociali al momento della commissione del reato<sup>56</sup>.

Occorre, poi, considerare che, tra i vari esperti, i neuro-scienziati sono pure in grado di analizzare il comportamento del reo in situazioni analoghe a quelle in cui lo stesso ha palesato la sua condotta delittuosa e, per questa ragione, possono aiutare il giudice anche a capire se l'insorgenza del disturbo della personalità sia stata decisiva per la commissione del reato<sup>57</sup>.

E' chiaro, insomma, che pure nella seconda fase del giudizio di imputabilità il magistrato dovrebbe aprirsi a competenze estranee al mondo del diritto ed avvalersi sempre più spesso della collabora-

indispensabile accertare se, proprio nella vicenda concreta, quel fatto di reato di sarebbe o meno verificato ugualmente».

<sup>51</sup> Così A. CORDA, *op. cit.*, 515. Occorre, poi, ricordare che diversi studiosi hanno sottolineato l'opportunità che un esplicito richiamo al nesso di causalità sia previsto anche nella normativa in tema di vizio di mente. Di questo parere sono, fra i tanti, M. BERTOLINO, *Dall'infermità di mente ai disturbi della personalità: evoluzione e/o involuzione della prassi giurisprudenziale in tema di vizio di mente*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, 518 e M.T. COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2007, 196 ss.

<sup>52</sup> In tal modo si sono pronunciate le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella celebre sentenza n. 9163 del 2005 (la cd. sentenza Raso). Sui principali contenuti della decisione in questione v., fra gli altri, M. BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 853 ss.; M.T. COLLICA, *Anche i "disturbi della personalità" sono infermità*, cit., 420 ss.; U. FORNARI, *op. cit.*, 274 ss.

<sup>53</sup> Cfr. M.T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, cit., 15-16.

<sup>54</sup> G. AMOROSO, *op. cit.*, 19.

<sup>55</sup> Sul punto v., fra i tanti, G. GALLUPPI, *L'imputabilità*, in *Dir. fam. pers.*, 2003, 446.

<sup>56</sup> In proposito si rinvia a U. FORNARI, *op. cit.*, 274.

<sup>57</sup> Cfr. M.T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, cit., 19.

zione dei neuro-scienziati perché, così facendo, correrebbe meno rischi di commettere errori nella ricostruzione del grado di incidenza dell'infermità mentale «sull'iter generativo del reato»<sup>58</sup>.

Non vi è dubbio, allora, che sono di esclusiva competenza dell'organo giudicante sia l'accertamento dell'esistenza di un grave disturbo della personalità del reo, sia quello della necessaria connessione tra il disturbo in parola e il reato commesso<sup>59</sup>. E' altrettanto evidente, però, che, per effettuare entrambi gli accertamenti in modo corretto, il giudice non dovrebbe fare a meno dell'ausilio dei neuro-scienziati e degli altri esperti, perché è vero che il magistrato è colui che ha una visione più completa della realtà che è chiamato a valutare, ma è anche vero che diventa tale solo se si apre ad un costante e proficuo dialogo con esponenti di saperi diversi<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> G. AMOROSO, *op. cit.*, 19. Occorre, poi, ricordare che, in questa fase del processo, l'organo giudicante non deve limitarsi a controllare la correttezza dell'operato dei neuro-scienziati e degli altri esperti come avviene nella fase dell'accertamento dell'infermità, ma deve anche confrontare i dati clinici ricavati dai vari esperti con gli elementi contenuti negli atti processuali, per verificare se conducano tutti alle medesime conclusioni circa l'incapacità di intendere e di volere dell'imputato.

<sup>59</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 867 ss.

<sup>60</sup> Al riguardo v. M.T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, cit., 20-21.

## Big brother is «gendering» you. Il diritto antidiscriminatorio alla prova dell'intelligenza artificiale: quale tutela per il corpo digitale?

Luca Giacomelli\*

BIG BROTHER IS «GENDERING» YOU. ANTI-DISCRIMINATION LAW AND THE CHALLENGES OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE: WHAT PROTECTION FOR THE DIGITAL BODY?

ABSTRACT: Recent advancements in artificial intelligence are revolutionizing how easily and readily organizations can collect data and perform «data-driven» decisions across institutional contexts. Companies and institutions can now link a great variety of data sources, sometimes innocuous on their own but not in the aggregate, to inform an increasingly broad range of decisions tied to activities like credit reporting, advertising, hiring, judging. In this article, I analyse how data-driven decisions can discriminate by explaining how even unprejudiced algorithms and decision-makers can generate biased decisions and I try to verify the effectiveness of the anti-discrimination law categories in the face of discriminatory results of automated decisions. Although many risks of big data are well-known, other problems can arise from the refusal to acknowledge or collect certain data. In fact, under the idea of AI neutrality, we end to ignore or hide, rather than prevent, discrimination, because decisions can be biased even in the absence of socially disadvantaged groups data. This leads us asking the following questions: What are the legal remedies to unmask the discrimination of an algorithmic decision? How can we protect our privacy and fundamental rights?

KEYWORDS: Anti-discrimination law; privacy; algorithms; big data; comparative law

SOMMARIO: 1. Premessa: ma gli androidi sognano pecore elettriche? – 2. *Big data, big concerns*: ha ancora senso parlare di privacy? – 3. Dietro il velo della neutralità: algoritmi e profilazione – 4. Il diritto antidiscriminatorio alla prova dell'intelligenza artificiale: uno sguardo comparato – 4.1 I paradossi del *disparate impact* nell'esperienza americana – 4.2 La “recidività” del pregiudizio: la lezione canadese – 4.3 GDPR e algoritmi discriminatori: un'arma spuntata? – 5. Osservazioni conclusive.

---

\* *Assegnista di Ricerca in Diritto comparato, Università di Firenze. E-mail: [luca.giacomelli@unifi.it](mailto:luca.giacomelli@unifi.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

*La civiltà sta producendo macchine che si comportano come uomini  
e uomini che si comportano come macchine.*  
(Erich Fromm)

### 1. Premessa: ma gli androidi sognano pecore elettriche?

**S**e gli androidi di Philip Dick sognavano pecore elettriche, gli attuali algoritmi di intelligenza artificiale che cosa sognano? E, prima ancora, sognano? A chiederselo è il sociologo Dominique Cardon e la sua risposta forse non piacerà agli irriducibili amanti del fantascientifico: «i clic degli internauti producono popolarità, le citazioni ipertestuali autorità, gli scambi tra cerchie affini reputazione, le tracce dei comportamenti predizioni personalizzate ed efficaci»<sup>1</sup>. Di questo si tratta. Più che pensare, o addirittura provare emozioni, le odierne intelligenze artificiali sono infaticabili *concierge*, capaci di gestire e processare archivi giganteschi di dati (c.d. *big data*) per trasformarli in maniera ultrarapida in informazioni utili a migliorare la nostra vita. Attraverso la raccolta e la classificazione delle informazioni, la personalizzazione della pubblicità, i suggerimenti negli acquisti, la profilatura dei comportamenti, i computer si immischiano, sempre di più, nel quotidiano delle persone fino a diventare incontestabili e persino invisibili.

Ma, mentre siamo subito in grado di cogliere i lati positivi di una vita quotidiana che si fa sempre più *smart*, lo siamo molto meno nel domandarci quale prezzo stiamo pagando per tutto questo. Il lato oscuro della tecnologia informatica include per esempio la rinuncia a una fetta della nostra privacy, della nostra libertà, della nostra identità. Ma non soltanto: l'utilizzo sempre più diffuso degli algoritmi di intelligenza artificiale, a vari livelli e in diversi settori, presenta il rischio di decisioni discriminatorie e irragionevoli, con delicate implicazioni di carattere sociale, economico e anche politico, laddove non si conoscano e non si riescano a disciplinare i meccanismi posti alla base dell'effettivo funzionamento della "scatola nera".

Naturalmente alla base di tutto ci sono i dati sui quali operano questi algoritmi che non sono affatto la formula magica che produce automaticamente benefici in assenza di un quadro accurato di regole, anche di carattere etico. Al pari di ogni decisione umana, anche la decisione informatizzata può essere condizionata da errori che comportano esiti imprevedibili e talora discriminatori, soprattutto nei confronti di determinate categorie sociali. Il problema è che di questo non ce ne rendiamo conto e, anche quando accade, non abbiamo gli adeguati strumenti giuridici in grado di correggere tale malfunzionamento. Succede, pertanto, che digitando su *Google* «ragazze nere», anziché «ragazze bianche», i risultati della ricerca cambino radicalmente, suggerendo siti pornografici nel primo caso<sup>2</sup>. Allo stesso modo, se quando digitiamo il nome di alcune celebrità, il motore di ricerca ci suggerisce di ag-

<sup>1</sup> D. CARDON, *Cosa sognano gli algoritmi. Le nostre vite ai tempi dei big data*, Milano, 2016, 84.

<sup>2</sup> «All search results are not created equal». Questa è la premessa dell'interessante studio empirico di S. U. NOBLE, *Algorithms of oppression. How search engines reinforce racism*, New York, 2018, 4, in cui l'Autrice evidenzia come la combinazione di interessi privati ed economici nel promuovere certe attività e certi siti internet e il quasi monopolio dei dati da parte di un ristretto numero di motori di ricerca alimenti la discriminazione e il pregiudizio nei confronti di certe categorie di persone, specialmente nei confronti delle donne di colore. Dietro il falso mito che gli algoritmi di intelligenza artificiale siano neutrali e diano eguale importanza a ogni tipo di idea, identità e attività, si nasconde una cultura di razzismo, sessismo e discriminazione che viene quotidianamente riproposta e rinforzata.

giungere la parola «ebreo» oppure «gay», è perché molti altri utenti lo hanno già fatto. Si può allora dire che il motore di ricerca è discriminatorio? Usa uno schedario che divide le categorie «bianchi/neri», «eterosessuali/omosessuali» e via dicendo? L'algoritmo non ha bisogno di avere un'intenzione discriminatoria per produrre quel genere di risultati. Non contiene norme che gli chiedono di individuare le persone nere e le persone bianche. Si accontenta di lasciar fare alle regolarità statistiche che dicono che cognomi e nomi di persone nere sono statisticamente più spesso legati a clic verso ricerche sulle fedine penali. Lasciato a se stesso, il calcolatore si basa sui comportamenti degli altri internauti e contribuisce, innocentemente se così si può dire, alla riproduzione della struttura sociale, delle disparità e delle discriminazioni.

Gli algoritmi non si sognano di discriminare. Però l'apprendimento automatico, alla base di questi *software* intelligenti, impara dai dati. E quelli oggi a disposizione non rappresentano ugualmente la popolazione: da un lato, perché l'organizzazione e l'elaborazione delle informazioni avvengono attraverso la categorizzazione dei dati rispetto a standard e categorie predeterminate; dall'altro lato, perché chi crea i *software* non è rappresentativo delle diversità presenti nella società e quindi non è in grado di accorgersi del problema. Pertanto, se i set di dati sfruttati dalle intelligenze artificiali sono distorti per quanto riguarda informazioni sensibili come genere o razza, potrebbero derivarne decisioni discriminatorie, sia di tipo diretto qualora la decisione sia presa sulla base di attributi sensibili stigmatizzati, sia di tipo indiretto qualora la decisione sia presa sulla base di attributi non sensibili ma fortemente correlati con attributi sensibili stigmatizzati. Un *software* di apprendimento alimentato con *input* intrisi di pregiudizio non può che consegnare risultati anch'essi intrisi di pregiudizio.

Ben lontani da essere semplici strumenti tecnici neutrali, gli algoritmi sono portatori di pregiudizi. Sottovalutare o, peggio, mascherare dietro la presunta neutralità delle macchine gli effetti della discriminazione digitale (*abstract or data discrimination*) significa creare una società dove decisioni automatiche apparentemente oggettive limitano l'accesso alle opportunità e ai benefici dell'intelligenza artificiale a pochi privilegiati. Comprendere la logica, i valori e il tipo di società che promuovono significa fornire agli utenti di internet i mezzi di riconquistare potere nella società digitale.

## 2. Big data, big concerns: ha ancora senso parlare di privacy?

Viviamo in una società digitale<sup>3</sup>. Con l'avvento di internet e l'evolversi repentino delle tecnologie informatiche si è giunti a una perfetta convergenza tra mondo fisico e mondo virtuale, con mutamenti

---

<sup>3</sup> Cfr., tra gli altri, D. LYON, *Surveillance Society. Monitoring Everyday Life*, Londra, 2001, per il quale non soltanto viviamo in una società digitale ma anche in una società della sorveglianza e S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014, il quale invece parla della necessità di una «cittadinanza digitale» che tuteli il nostro accesso alla rete e il nostro «corpo elettronico», così come del bisogno di una tutela un tempo impensabile, il diritto all'oblio e alla cancellazione dei dati personali, per esempio. Questa è una consapevolezza che già da tempo hanno maturato gli scienziati dell'informatica: si veda, per esempio, D. PEDRESCHI, F. GIANNOTTI (a cura di), *Mobility Data and Privacy: Geographic Knowledge Discovery*, New York, 2007, 53, in cui Pedreschi parla di una società misurabile, in cui ogni attività umana lascia tracce digitali e può essere studiata in modo quantitativo e qualitativo. «Tutti noi siamo "pollicini digitali": ogni giorno lasciamo una quantità enorme di informazioni che, se aggregate, possono offrire una rappresentazione al microscopio della persona e della società. Questi dati rappresentano un tesoro informativo che permette di misurare la complessità del mondo interconnesso che viviamo oggi».

radicali nella società e nell'economia globale, costrette *oborto collo* a ridefinire completamente i propri schemi e il proprio funzionamento. Il facile accesso a ingenti masse di dati, con il passaggio dalla "società della comunicazione" alla "società dell'informazione"<sup>4</sup>, ha infatti condotto a una rimodulazione non solo delle modalità di informazione, di comunicazione e delle relazioni sociali e politiche, ma anche dei tradizionali modelli di *business* del mercato. Lo dimostra, per esempio, lo sviluppo del c.d. "Internet of Things", ossia la progressiva digitalizzazione della maggioranza dei dispositivi utilizzati nella vita quotidiana – dal frigo che suggerisce quali cibi consumare per primi e quali da acquistare al supermercato agli orologi che monitorano i nostri passi segnalandoci eventuali problemi di salute – che di fatto raccolgono, immagazzinano e processano dati, direttamente o mediante ulteriori dispositivi<sup>5</sup>. Chiamati da alcuni «i giacimenti petroliferi del Terzo Millennio»<sup>6</sup>, questi giganteschi agglomerati di dati (*big data* o mega dati) possono essere considerati come frammenti elementari di informazioni, molto spesso di carattere personale, che per poter essere letti e analizzati richiedono il ricorso a potenti processori, gli algoritmi informatici. Questa nuova categoria di "beni", pertanto, acquista valore soltanto grazie all'utilizzo di sistemi algoritmici computazionali altamente predittivi che consentono di ricavarne in tempo reale "conoscenza", offrendo molteplici opportunità sia per le autorità pubbliche, sia per le imprese<sup>7</sup>. Le prime possono usufruire delle tecnologie connesse ai mega dati per finalità legate alla sicurezza pubblica e alla prevenzione del crimine<sup>8</sup>, per il miglioramento dei servizi pubblici, per il potenziamento della salute, dell'istruzione e della cultura ma anche – a seconda del contesto politico – per finalità meno nobili di controllo sociale; le seconde ne fanno uso per migliorare i propri prodotti, aumentare la concorrenza, per scopi di *marketing*, per orientare il consumatore verso offerte sempre più personalizzate. La "contropartita" è però la cessione (in varia misura e vario titolo) dei propri dati (relativi tanto alla sfera personale quanto, più in generale, alle inclina-

<sup>4</sup> Similmente, fra gli altri, J.B. BENIGER, *Le origini della società dell'informazione. La rivoluzione del controllo*, Torino, 1995; V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d'espressione: media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004; M. PIETRANGELO, *La società dell'informazione tra realtà e norma*, Milano, 2007; L. SARTORI, *La società dell'informazione*, Bologna, 2012 e E. FLORINDI (a cura di), *Computer e diritto: l'informatica giuridica nella società dell'informazione e della conoscenza*, Milano, 2012; G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere*, Milano, 2017.

<sup>5</sup> Sul punto si consiglia R. RUGGERI, «Internet delle cose» e problematiche giuridiche: alcune considerazioni, in *Cyberspazio e diritto*, 1-2, 2016, 3-22; E.C. PALLONE, «Internet of Things» e l'importanza del diritto alla privacy tra opportunità e rischi, in *Cyberspazio e diritto*, 1-2, 2016, 178 ss.

<sup>6</sup> Così, per esempio, M. BOGNI, A. DEFANT, *Big data: diritti IP e problemi di privacy*, in *Il diritto industriale*, 2, 2015, 117-126; F. DI PORTO, *La rivoluzione big data. Un'introduzione*, in *Concorrenza e mercato*, 1, 2016, 5-14; V. ZENO-ZENCOVICH, G. G. CODIGLIONE, *Ten legal perspectives on the big data revolution*, in *Concorrenza e mercato*, 1, 2016, 29-57.

<sup>7</sup> Cfr., tra gli altri, A. MANTELERO, *Big data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2012, 135-144.

<sup>8</sup> Approfondiscono questo delicato profilo, fra gli altri, M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 872-893; E. RULLI, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2018, 533-546; A. BONFANTI, *Big data e polizia predittiva: riflessioni in tema di protezione del diritto alla privacy e dei dati personali*, in *Rivista di diritto dei media*, 3, 2018, 206-218; A. M. BERRY-JESTER, *The New Science of Sentencing: Should Prison Sentences Be Based on Crimes That Haven't Been Committed Yet?*, in *The Marshall Project*, 2015, disponibile su <https://www.themarshallproject.org/2015/08/04/the-new-science-of-sentencing#.kmlWuDJLS> (ultima consultazione 23/04/2019).

zioni, gusti e preferenze), esponendo l'individuo che naviga su internet, utilizza dispositivi *smart* o, semplicemente, guarda Netflix al rischio di subire pregiudizi della propria sfera personale, economica e giuridica senza che tali pericoli siano neppure immaginati dall'utente, principale artefice della lesione alla sua *privacy*.

I corpi diventano dati e la rappresentazione sociale del soggetto è sempre più affidata ad algoritmi che elaborano le informazioni raccolte e ai profili che su questa base vengono costruiti. L'*alter ego* digitale che deriva dalla scia di informazioni che ciascun individuo lascia ogni giorno dietro di sé non è certo immune da forme di sfruttamento, discriminazione e controllo sociale. Le tecnologie informatiche sono tutt'altro che neutrali, bensì tendono a riprodurre e perpetrare diseguaglianza ed esclusione. Dall'accesso a un prestito alla selezione per un posto di lavoro, i sistemi automatizzati prendono delle decisioni sulla base di ampie raccolte di informazioni personali, spesso senza rivelare esattamente quali esse siano. Alcune informazioni riguardano perfino gli amici, i familiari e i conoscenti, attraverso cui si cerca di capire il carattere di una persona. Le persone che vivono in aree dove il reddito è basso, per esempio, probabilmente hanno amici e familiari con entrate simili alle loro. È più probabile che tra i loro conoscenti ci sia qualcuno che in passato non abbia ripagato un debito. Se un algoritmo tenesse conto di questa variabile, potrebbe escludere la persona solo per colpa dell'ambiente in cui vive<sup>9</sup>.

La percezione dei *big data* quale "minaccia" alla libertà degli individui ha assunto contorni più nitidi negli ultimi anni, anche dopo lo scoppio di scandali globali come il caso Snowden<sup>10</sup>, ex dipendente

<sup>9</sup> Cfr., per esempio, l'interessante articolo di B. SAETTA, *Algoritmi, intelligenza artificiale, profilazione dei dati: cosa rischiamo davvero come cittadini?*, disponibile su <https://www.valigiablu.it/algoritmi-dati-rischi/> (ultima consultazione 23/04/2019).

<sup>10</sup> È interessante segnalare la condanna del Regno Unito da parte della Corte europea per i diritti dell'uomo nel caso *Big Brother e altri c. Regno Unito* del 13 settembre 2018 (ricorsi n. 58170/13, 62322/14 e 24960/15). La decisione relativa al c.d. "Datagate", nato dalle rivelazioni di Edward Snowden in merito all'esistenza e al funzionamento di programmi di sorveglianza di massa condotti dal governo statunitense e da alcuni Stati europei. I ricorrenti – giornalisti e attivisti dei diritti umani – ritenevano che, in ragione della loro attività, le loro comunicazioni elettroniche fossero state intercettate dai servizi di *intelligence*, trasmesse al governo del Regno Unito dopo essere state captate dalle autorità straniere o, comunque, ottenute dai *Communications Service Providers*. La Corte di Strasburgo, per quanto riguarda la normativa inglese in tema *mass surveillance*, ha ritenuto come, seppur essa individui in modo chiaro e preciso i presupposti per disporre le intercettazioni di massa, la durata delle operazioni e le procedure riguardanti l'accesso, la conservazione e la trasmissione dei relativi dati, debba tuttavia ritenersi incompatibile con l'art. 8 Cedu, non essendo prevista alcuna supervisione da parte di un'autorità indipendente in merito all'utilizzo dei filtri e dei criteri di ricerca delle comunicazioni da intercettare. Inoltre, anche con riferimento all'acquisizione dei *communications data* da parte dei fornitori dei servizi di comunicazione, i giudici – richiamando anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia nel caso *Digital Rights Ireland* (8 aprile 2014, cause n. C-293/12 e C-594/12) – hanno affermato l'incompatibilità della legge inglese con l'art. 8 Cedu: per un verso, l'accesso ai dati in possesso delle autorità nazionali non è limitato allo scopo di combattere forme particolarmente gravi di crimine e, per l'altro, non è sottoposto ad una preventiva autorizzazione a opera di un organo amministrativo indipendente. Per quanto volta a garantire un interesse meritevole di tutela, la legislazione nazionale non è dunque in grado di assicurare una protezione efficace contro il rischio di abusi, eccedendo i limiti imposti dal principio di proporzionalità (art. 8, comma 2). Per un approfondimento sulle conseguenze giuridiche del c.d. "Datagate" si suggeriscono, fra gli altri, M. NINO, *Il caso Datagate: i problemi di compatibilità del programma di sorveglianza PRISM con la normativa europea sulla protezione dei dati personali e della privacy*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2013, 727-746; G. RESTA, *La sorveglianza elettronica di massa e il conflitto regolatorio USA/UE*, 23-48; V. ZENO-ZENCOVICH, *Intorno alla*

della CIA, il quale ha reso noti i programmi di sorveglianza di massa utilizzati dalle agenzie di informazione e sicurezza americane successivamente all'attacco terroristico alle torri gemelle. Il Garante europeo per la protezione dei dati personali ha pubblicato nel 2014 un'indagine in materia di *big data*, algoritmi e *profiling*, rilevando una lunga serie di criticità connesse alla tutela dei diritti dei cittadini europei<sup>11</sup> e ha accelerato la riforma, già avviata nel 2012, finalizzata alla predisposizione di strumenti giuridici adeguati alla protezione del consumatore, alla sicurezza dei servizi informatici e alla tutela della privacy, essendo la direttiva 95/46/CE un documento ormai obsoleto e non più in grado di fronteggiare le sfide imposte dall'avanzamento tecnologico globale e dallo sviluppo del mercato digitale. Accanto al tema del consenso al trattamento dei dati personali, nel nuovo Regolamento europeo n. 679 del 2016 – divenuto vincolante per gli Stati a partire dal 25 maggio 2018 – il concetto della “correttezza e trasparenza” dei dati e degli algoritmi che li processano è diventato centrale<sup>12</sup>, vale a dire la disponibilità di strumenti in grado di verificarne l'affidabilità, quali per esempio accurati sistemi di *audit* per gli algoritmi e di certificazione per i loro sviluppatori.

La vera novità è proprio il riconoscimento dei diritti legati alla profilazione e alla portabilità dei dati personali, specialmente di fronte alla possibilità che, raccogliendo le “briciole” digitali lasciate dopo la navigazione *online*, l'utilizzo di dispositivi *smart*, il pagamento tramite carte di credito, l'accesso ad *App* quali *Uber* o *Instagram* e via dicendo, il soggetto sia identificato o diventi identificabile con il rischio di determinare situazioni discriminatorie, nonché la violazione dei diritti e della dignità della persona<sup>13</sup>. Come una sorta di sarto invisibile, l'algoritmo è in grado di ricollegare le centinaia di migliaia di tracce lasciate e registrate dai *cookie* dopo la navigazione e di cucirle insieme per creare l'abito virtuale dell'utente, un abito sempre più su misura e personalizzato. I *cookie* agiscono infatti come marcatori elettronici: righe di testo generate dai siti visitati dall'utente e che memorizzano la data, la posizione, la durata dell'ultimo collegamento, le pagine consultate, gli acquisti fatti e più in generale le preferenze di ciascun internauta. La conseguenza? Alla ricerca della parola «ansia» sul motore di ricerca, seguirà l'installazione di centinaia di *cookie* sul dispositivo utilizzato e non dovrà sorprendere se il giorno dopo saranno suggerite pubblicità di rimedi e prodotti proprio contro l'ansia<sup>14</sup>.

L'avvento dei *big data* offre certamente grandi possibilità, dal campo medico a quello della sostenibilità energetica, e grandi benefici in termini di miglioramento dei servizi e della qualità della vita;

---

*decisione nel caso Schrems: la sovranità digitale e il governo internazionale delle reti di telecomunicazione*, 7-22; P. PIRODDI, *I trasferimenti di dati personali verso Paesi terzi dopo la sentenza Schrems e nel nuovo regolamento generale sulla protezione dei dati*, 169-214, tutti in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai “Safe Harbour Principles” al “Privacy Shield”*, Roma, 2016.

<sup>11</sup> Si veda, in particolare, il parere del Garante europeo per la protezione dei dati personali rilasciato nel 2014 e consultabili all'indirizzo: [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-01-13\\_big\\_data\\_ex\\_summ\\_it.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-01-13_big_data_ex_summ_it.pdf) (ultima consultazione 23/04/2019).

<sup>12</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), artt. 5 e ss.

<sup>13</sup> Per un approfondimento si veda J. CHESTER, *Cookie Wars: How New Data Profiling and Targeting Techniques Threaten Citizens and Consumers in the “Big Data” Era*, in S. GUTWIRTH, R. LEENES, P. DE HERTYVES POULLET (a cura di), *European Data Protection: In Good Health?*, Berlino, 2012, 53-77.

<sup>14</sup> Cfr. M. AINIS, *Il regno dell'uroboro. Benvenuti nell'era della solitudine di massa*, Milano, 2018, 24.

dall'altra parte, però, fa sorgere anche grandi preoccupazioni, forse non ancora ben comprese. Anzitutto il compito di assicurare la protezione dei diritti individuali si fa più arduo: la privacy, nozione che già di per sé non può dirsi unificante e che ha assunto valenze assai diverse a seconda dei contesti storici e sociali<sup>15</sup>, è sotto attacco, tanto da essere considerata da alcuni antiquata se non addirittura dannosa<sup>16</sup>. Da abbandonare, tuttavia, è semmai la versione eremitica di privacy, l'idea antica di uno *ius solitudinis* in cui rifugiarsi e togliersi la propria maschera in tranquillità e sicurezza. Con la società dell'informazione il brandeisiano «*right to be left alone*»<sup>17</sup> ha subito dei profondi cambiamenti, trasformandosi quasi in una ossimorica pretesa di partecipazione, di conoscenza, di controllo su tutte le informazioni che possono identificare una persona. La privacy, in altre parole, oggi assumerebbe un significato ulteriore che si diramerebbe dallo stesso e intimo bisogno di libertà. Da un lato, le esigenze di difesa e di sicurezza nazionale, messe in luce dai recenti episodi di terrorismo, dall'altro, le nuove strategie di mercato hanno trasformato la società in una rete di sorveglianza quotidiana che investe la generalità dei consociati. Nel primo caso, il monitoraggio non più limitato per periodi eccezionali espone l'universalità delle persone e non solo quelle pericolose a una visibilità prima inimmaginabili; nel secondo, la logica mercantile del prodotto personalizzato aumenta il rischio che il consumatore possa essere discriminato per le sue opinioni, credenze religiose, condizioni di salute e indirizzato intenzionalmente a determinati contenuti o merci. La privacy come difesa di una sorta di cittadella privata, «*my house, my castle*», non esiste più. Oggi la tutela della privacy rimane fondamentale solo se intesa come «lo strumento necessario per difendere la società delle libertà e per opporsi alle spinte verso la costruzione di una società della sorveglianza, della classificazione, della selezione sociale»<sup>18</sup>.

Lungi dal dover essere abbandonata, la privacy deve allora essere presa sul serio: è indubbio che l'innovazione tecnologica abbia fatto espandere insieme agli algoritmi predittivi il senso della tutela di una sfera della persona che si sottrae all'esercizio arbitrario del potere. E allora la riservatezza elasticizzando il suo significato si deve trasformare in «tutela delle scelte esistenziali contro il controllo pubblico e la stigmatizzazione sociale»<sup>19</sup> o «come la richiesta di strumenti sociali che ci mettano al riparo dal rischio d'essere semplificati, oggettivati e giudicati fuori contesto»<sup>20</sup>. È chiaramente una pretesa attiva finalizzata al controllo dei propri dati, la quale può ben tradursi nella richiesta di non esse-

<sup>15</sup> Per una più ampia ricognizione sul tema si suggerisce F. FABRIS, *Il diritto alla privacy tra presente, passato e futuro*, in *Tigor - A.I.*, 1, 2009, 94-98 e S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006.

<sup>16</sup> Cfr., in particolare, J. E. COHEN, *What privacy is for*, in *Harv. L. Rev.*, 126, 2012, 1904-1933 e R. SHIH RAY KU, *Privacy is the problem*, in *Widener L.J.*, 19, 873, 2009, 873-891.

<sup>17</sup> S. D. WARREN, L. D. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harv. L. Rev.*, 5, 1890, 193-220.

<sup>18</sup> S. RODOTÀ, *Privacy, libertà, dignità. Discorso conclusivo della Conferenza internazionale sulla protezione dei dati*, 26th International Conference on Privacy and Personal Data Protection, Poland, Wroclaw, 14-16 Settembre 2004, in <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/export/1049293> (ultima consultazione 23/04/2019).

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> *Ibidem*. La sua tutela rappresenterebbe non più la privazione da una vita sociale bensì condizione di inclusione nella società della partecipazione, nel senso che solo la protezione dai condizionamenti che possono derivare dall'uso-abuso delle nuove tecnologie renderà libera la partecipazione dell'individuo alla società. Cfr., anche, G. ZICCARDI, *Sorveglianza elettronica, data mining e trattamento indiscriminato delle informazioni dei cittadini tra esigenze di sicurezza e diritti di libertà*, in *Ragion pratica*, 1, 2018, 29-50.

re visto da terzi e incontrarsi così con la matrice solitaria della privacy, ma attraverso strumenti di tutela nuovi che consentano a ciascuno di controllare i propri dati. Del resto, nel suo trasformarsi in uno strumento di difesa contro la società della sorveglianza<sup>21</sup>, la privacy si configura sempre di più come un diritto alla *data protection* che, andando oltre la tutela del singolo nella sua solitudine, si estende oltre la sfera della vita privata e in particolare nelle relazioni sociali, così garantendo l'autodeterminazione decisionale e il controllo sulla circolazione dei propri dati<sup>22</sup>. Si tratta, a ben vedere, di garantire la libertà personale come diritto fondamentale, non solo come libertà fisica ma anche contro ogni controllo illegittimo e ogni ingerenza altrui.

Si registra così uno stretto collegamento tra privacy e dignità, nella misura in cui la dignità assume la forma della libertà di autodeterminazione; tale collegamento si erge a fondamentale fattore di contrasto contro forme di controllo di massa, e richiede di rispondere e arginare il fenomeno crescente e convulso del *data mining*<sup>23</sup>. Il fine è quello di proteggere la soggettività dinamica ed emergente degli individui dagli abusi di attori commerciali e governativi i quali hanno interesse a rendere gli individui e le comunità fissi e prevedibili.

### 3. Dietro il velo della neutralità: algoritmi e profilazione

L'uso sempre più diffuso dei sistemi algoritmici per la gestione e l'elaborazione dei giganteschi flussi di dati che ci lasciamo ogni giorno alle spalle pone problemi non soltanto con riguardo alla tutela della privacy, da intendersi oggi come il diritto di ciascuno di mantenere il controllo dei propri dati personali<sup>24</sup>, ma anche con riguardo al principio di eguaglianza e di non discriminazione. Il fatto che a essere oggetto di discriminazione possa essere il corpo elettronico (c.d. *body as information*) non rende la violazione meno grave, perché molto spesso ne derivano conseguenze negative anche sulla vita reale dell'individuo, il quale rischia di vedersi rifiutato a un colloquio di lavoro, escluso da un prestito o privato dei suoi diritti.

In primo luogo, l'intelligenza artificiale è sempre più un sistema decisionale che apprende dai dati che ha a disposizione. Amazon, ad esempio, già utilizza l'intelligenza artificiale per determinare le preferenze dei consumatori e suggerire prodotti agli acquirenti, ma anche per ottimizzare l'organizzazione dei magazzini. Le decisioni sono prese sulla base di ampie raccolte di informazioni personali. Tuttavia, se i dati a disposizione, fotografando la realtà sociale esistente, sono di per sé discriminatori è molto

<sup>21</sup> Cfr., in particolare, D. LYON (a cura di), *Surveillance as social sorting: Privacy, risk, and digital discrimination*, New York, 2003.

<sup>22</sup> Cfr., tra gli altri, S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006; J. KOKOTT, C. SOBOTTA, *The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR*, in *International Data Privacy Law*, 3-4, 2013, 222-228; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali: dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016; A. PISAPIA, *La tutela per il trattamento e la protezione dei dati personali*, Torino, 2018.

<sup>23</sup> Con tale espressione si intende l'individuazione di nuove informazioni di varia natura tramite estrapolazione mirata da grandi banche dati, singole o multiple (nel secondo caso, informazioni più accurate si ottengono incrociando i dati delle singole banche). Le tecniche e le strategie applicate alle operazioni di *data mining* sono per larga parte automatizzate, consistendo in specifici *software* e algoritmi adatti al singolo scopo. Ad oggi, in particolare, si utilizzano reti neurali, alberi decisionali, *clustering* e analisi delle associazioni.

<sup>24</sup> Cfr. J. E. COHEN, *op. cit.*

probabile che ne deriveranno decisioni altrettanto discriminatorie. Dal momento che l'apprendimento automatico e l'intelligenza artificiale operano attraverso la raccolta, il filtraggio e l'analisi dei dati esistenti, l'algoritmo finirà per replicare i pregiudizi strutturali esistenti a meno che non sia progettato esplicitamente per rendersene conto e contrastarli. La profilazione algoritmica, pertanto, tenderà non soltanto a differenziare persone e gruppi, senza poter avere contezza né del funzionamento alla base degli algoritmi (la c.d. *black box*), né dei criteri di *input* del *software* (ovvero la qualità dei dati), ma anche ad essere staticamente conservatrice nelle sue predizioni, perché fondamentalmente non farà altro che usare dati del passato per prevedere un comportamento futuro<sup>25</sup>. In secondo luogo, anche l'individualizzazione dei calcoli, nei grandi *database*, produce categorizzazioni senza aver l'aria di farlo. Per esempio, negli Stati Uniti, il «*fico score*» misura, per ogni individuo, i rischi che presenta rispetto al credito al consumo<sup>26</sup>. Se è vero che questo programma è pubblico, molti altri registrano e confrontano, nella più grande opacità, i dati concernenti il profilo delle famiglie, l'indebitamento, il consumo, la situazione bancaria o giudiziale. Su tale questione, le legislazioni nazionali sono più o meno tolleranti, ma dappertutto si sviluppa il mercato dei dati tra imprese che rivendono o si scambiano le informazioni. Tuttavia, incrociando informazioni sugli individui, è possibile fare predizioni su certi loro attributi, come la sessualità, la religione o le opinioni politiche, che non sarebbe consentito schedare. Il confronto delle informazioni personali permette poi di indovinare nuove informazioni. Parlare di *big data*, infatti, significa riferirsi non tanto a un grande insieme di dati quanto piuttosto all'operazione di trattamento automatizzato al fine di conoscere nuove informazioni. L'applicazione classica dell'elaborazione algoritmica dei dati è la profilazione degli utenti al fine di inviare loro pubblicità personalizzata (*targeted advertising*).

La vera forza di queste intelligenze artificiali è il processo di scoperta della conoscenza a partire dai flussi di dati, il c.d. *data mining*, per il mezzo del quale è possibile estrapolare correlazioni dai dati, al fine di ricavare profili e modelli predittivi. Il prodotto finale del *data mining* è dunque la classificazione degli utenti, quella che normalmente viene definita come profilazione. Un profilo, infatti, non è altro che una lista di categorie determinate ricavando informazioni dai dati raccolti con riferimento ad un individuo. In base al comportamento di tale individuo, a ciò che fa *online*, ma anche nella vita reale, si definiscono le categorie nelle quali egli può essere iscritto. Il probabile prende così il posto del possibile e le identità digitali si ritrovano così ulteriormente classificate in segmenti sempre più fini senza che il proprietario di quei dati ne sia informato: «cliente non affidabile», «elevate spese mediche», «reddito in declino», «guida pericolosa». Tale classificazione è del tutto indipendente dalla vo-

<sup>25</sup> Sul punto si rinvia a F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Londra, 2016.

<sup>26</sup> FICO (Fair Isaac Corporation) è una società di analisi dei dati, con sede a San Jose in California, che eroga servizi di *credit scoring*. Il cosiddetto punteggio FICO o *score FICO*, è una misura del rischio di credito al consumo ed è attualmente diventato uno dei principali punti di riferimento nel mondo del credito al consumo negli Stati Uniti. Nel 2013, i creditori – banche per lo più – hanno acquistato più di 10 miliardi di punteggi FICO e circa 30 milioni di consumatori americani hanno avuto accesso ai propri punteggi. Cfr., per esempio, S. LUDWIG, *Credit scores in America perpetuate racial injustice*, 2015, disponibile su <https://www.theguardian.com/commentisfree/2015/oct/13/your-credit-score-is-racist-heres-why> (ultima consultazione 23/04/2019); L. RICE, D. SWESNIK, *Discriminatory Effects of Credit Scoring on Communities of Color*, in *Suffolk Univ. L. Rev.*, 2013, 935-966; G. ANDREEVA, J. ANSELL, J. CROOK, F. SERV MARK, *Impact of anti-discrimination laws on credit scoring*, in *Journal of Financial Services Marketing*, 9, 1, 2004, 22-33.

lontà dell'individuo e sottratta altresì a qualsiasi forma di controllo collettivo. Una persona può essere classificata come «maschio» o «femmina» (o entrambi in percentuale) in maniera del tutto indipendente da cosa egli è realmente o decide di essere. E, come in ogni forma di classificazione, ci possono essere errori, esclusione e discriminazione, con un disallineamento tra l'identità reale e l'identità digitale. Ad essere sorvegliato, controllato e discriminato non è più la persona in carne e ossa (almeno non direttamente) ma il suo *alter ego* digitale decomposto e ricomposto in un continuo processo di integrazione e disintegrazione dei suoi dati<sup>27</sup>. E, mentre i partecipanti al dibattito sulla privacy e le stesse leggi in materia si focalizzano sulla tutela delle persone, e quindi dei dati identificativi, si tralasciano i rischi del trattamento delle informazioni anonimizzate e aggregate che, invece, appaiono essere estremamente importanti, e foriere di discriminazioni sui gruppi e sulle minoranze, anche perché queste informazioni aggregate, anonimizzate e trattate per gruppi sono esattamente le stesse informazioni utilizzate dalle aziende per stabilire chi è «uomo» e chi è «donna», chi è «gay» e chi è «etero», chi è «cattolico» e chi è «musulmano», chi è «progressista» o «conservatore» e via dicendo.

#### 4. Il diritto antidiscriminatorio alla prova dell'intelligenza artificiale: uno sguardo comparato

È noto che nelle società occidentali il dibattito sul principio di eguaglianza si è soprattutto incentrato sulle modalità e sugli strumenti più efficaci a combattere le discriminazioni, tanto attraverso l'utilizzo di clausole di divieto sempre più "s sofisticate", quanto attraverso il ricorso a disposizioni normative identificate di volta in volta come azioni positive, misure temporanee speciali o *reservation policy*. Lo dimostra la grande fioritura che, negli ultimi decenni, il diritto antidiscriminatorio ha avuto nella cultura giuridica occidentale, divenendo l'estrinsecazione prevalente e pressoché unica del principio di eguaglianza e configurandosi come una sorta di laboratorio del nuovo linguaggio globalizzato ma anche di positiva regolazione, per cui modelli e strumenti normativi sono migrati da un ordinamento all'altro, da quello nordamericano a quelli europei, dove mediante la tecnica di armonizzazione legislativa sono stati poi adattati alle esigenze del diverso contesto sociale e culturale<sup>28</sup>.

La circolazione dei modelli giuridici e degli strumenti di tutela a livello globale è certamente facilitata in campo antidiscriminatorio. I meccanismi di distorsione nella rappresentazione della realtà, che sono il fondamento epistemologico dello stereotipo, del pregiudizio e della discriminazione, possono essere rinvenuti in ogni tipo di raggruppamento umano. Si tratta di fenomeni che vanno di pari passo con l'organizzazione sociale e che, seppur con diversa intensità e con configurazioni peculiari a seconda del circuito culturale di riferimento, pongono problemi comuni. Anche se la discriminazione nel mondo contemporaneo cambia da contesto a contesto, è possibile individuare alcuni ambiti ri-

<sup>27</sup> Così D. LYON, *Surveillance as social sorting*, op. cit.; e, più recentemente, G. ZICCARDI, *Il ricatto digitale. Geopolitica, sorveglianza e controllo*, in *Rivista bimestrale di cultura e di politica*, 4, 2017, 671-678; ID., *Sorveglianza elettronica, data mining e trattamento indiscriminato delle informazioni dei cittadini tra esigenze di sicurezza e diritti di libertà*, in *Ragion pratica*, 1, 2018, 29-50.

<sup>28</sup> Sia consentito il rinvio, per un approfondimento sulla genesi e sullo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nell'esperienza americana ed europea, a L. GIACOMELLI, *Ripensare l'eguaglianza. Gli effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria*, Torino, 2018.

correnti in cui si manifesta e selezionare alcuni criteri generali in base ai quali gli individui sono sottoposti a trattamenti stigmatizzanti. Dalle restrizioni in ambito lavorativo, che determinano limitazioni della mobilità sociale, rifiuti di opportunità professionali, arbitrarie penalizzazioni sul luogo di lavoro, ostacoli all'acquisizione dell'autostima, alle discriminazioni in ambito sociale e familiare, con forme di segregazione e ghettizzazione, di disconoscimento di alcuni diritti civili e politici, di svilimento istituzionalizzato di certe categorie di individui. Allo stesso tempo, esistono evidenti ricorrenze anche nei criteri ritenuti rilevanti nella discriminazione: il sesso, la razza, la nazionalità, la religione, l'orientamento sessuale, l'età, la disabilità. E nonostante i grandi passi in avanti compiuti per eliminare certe forme di discriminazione, il trattamento svantaggioso riservato alle donne, o alla popolazione nera, o agli omosessuali dalla società non si è dissipato con il passaggio alla modernità ed è tuttora presente nell'attribuzione dei posti occupazionali privilegiati, nella negazione di taluni diritti civili e politici, nell'imposizione di ortodossie liturgiche, di canoni linguistici, di procedure amministrative differenziate e via dicendo. In primo luogo, gli stereotipi e i pregiudizi che danno origine alla discriminazione non sono scomparsi e continuano ad agire non solo in angoli occultati o marginali, ma addirittura nei luoghi istituzionali. In secondo luogo, l'attuale sistema politico e giuridico non appare in grado di garantire un'effettiva eguaglianza (quella sostanziale) e anzi tende a riprodurre, più o meno consapevolmente e mediante dinamiche ritenute legittime, disparità di trattamento, posizioni di privilegio e subordinazione, diseguaglianze.

Se tutto ciò è vero per l'individuo in carne ed ossa perché allora non dovrebbe esserlo anche per il suo corpo elettronico risultante dal riassetto della miriade di dati sparsi nel *web* e rielaborati dalle potenti menti artificiali? Allo stesso modo, quell'identità digitale rischierà di subire le medesime sorti del suo proprietario nella vita reale e, dunque, incorrere nelle medesime discriminazioni derivanti dagli stereotipi e pregiudizi che impregnano la società e la cultura di riferimento. Diversamente da quanto si potrebbe pensare, l'astrazione del mondo virtuale non neutralizza le varie caratteristiche (sesso, genere, razza, etnia, età, orientamento sessuale etc.) che, socialmente e culturalmente, connotano gli individui, differenziandoli. In realtà, proprio l'assenza del *background* sociale e culturale renderà ancora più marcate quelle differenziazioni e le trasformerà in strumenti di discriminazione ancora più pericolosi proprio perché decontestualizzati.

Di fronte all'avanzata dello spazio digitale e alla fede sempre più assoluta riposta sull'elaborazione algoritmica, la tutela antidiscriminatoria rivela i propri limiti, sia perché pensata per persone fisiche, sia perché anch'essa fondata su una logica classificatoria, individualistica e non intersezionale.

#### 4.1 I paradossi del *disparate impact* nell'esperienza americana

Come è noto, il cuore del diritto antidiscriminatorio americano è tutt'oggi rappresentato dal *Civil Rights Act* del 1964, definito da alcuni<sup>29</sup> come la più importante legge sui diritti civili del Secolo scorso.

<sup>29</sup> Cfr. C. MCCRUDDEN, *Anti-Discrimination Law*, New York, 2004; K. YOSHINO, *The New Equal Protection*, in *Harv. L. Rev.*, 124, 2011, 747-803; D. OPPENHEIMER, S. FOSTER, S. HAN, R. FORD, *Comparative Equality and Anti-Discrimination Law (2nd edition)*, Berkeley, 2017.

so, e a cui si sono aggiunti l'*Age Discrimination in Employment Act* del 1967, il *Fair Housing Act* del 1968 (che costituisce il Titolo VIII del *Civil Rights Act*) e l'*Americans with Disabilities Act* del 1990. La vera innovazione di questa legislazione è stato il richiamo esplicito a una duplice base costituzionale, la *Commerce Clause* e la sezione quinta del XIV Emendamento: infatti, ciò ha reso possibile, per la prima volta nella storia americana, l'applicazione del divieto di discriminazione anche ai rapporti fra privati. È la Corte Suprema stessa nella sentenza *Heart of Atlanta Motel v. United States*<sup>30</sup> a confermare la legittimazione del Congresso a interferire nell'autonomia privata in forza della *Commerce Clause*.

Anche il diritto antidiscriminatorio americano conosce due diverse nozioni di discriminazione che comportano una lesione del principio di parità di trattamento: il *disparate treatment*, ovvero la discriminazione diretta che riguarda la situazione in cui un soggetto viene intenzionalmente trattato in maniera diversa da un altro soltanto in ragione del possesso di certi fattori "protetti" quali la razza, il sesso, la nazionalità, la religione, l'età, la disabilità, l'orientamento sessuale e via dicendo; e il *disparate impact*, ovvero la discriminazione indiretta che ricorre ogni volta che una regola o una prassi, che apparentemente non distingue in base ad alcun fattore "protetto", produce comunque un effetto ingiustificatamente discriminatorio su taluni gruppi di individui rispetto ad altri. Si deve alla giurisprudenza la teorizzazione della discriminazione indiretta che, sebbene non prevista esplicitamente dalla normativa, ha attenuato l'impostazione fortemente soggettiva, legata alla dimostrazione dell'intento discriminatorio dell'agente, il perno che definisce il modello americano di tutela antidiscriminatoria. Infatti, è atteggiamento costante della giurisprudenza statunitense quello di richiedere in ogni caso la prova dell'esistenza dell'elemento intenzionale da parte del soggetto che discrimina, ammettendo soltanto in via subordinata che l'attore possa ricorrere a elementi presuntivi per assolvere al suo onere probatorio. Si tratta di un modello procedurale completamente opposto a quello europeo, dove, in forza delle direttive di seconda generazione fondate sull'articolo 13 del Trattato di Amsterdam, l'allegazione da parte del ricorrente di elementi atti a far presumere l'avvenuta discriminazione valgono a spostare l'onere della prova in capo al convenuto (che dovrà, dunque, dimostrare di aver agito legittimamente<sup>31</sup>). Nel caso statunitense, invece, l'onere di provare il comportamento intenzionalmente discriminatorio del datore di lavoro rimane unicamente in capo al ricorrente.

Le resistenze all'accoglimento della nozione di discriminazione indiretta sono, quindi, riconducibili in gran parte a tale impostazione procedurale. Ad ogni modo, a partire dal famoso caso *Griggs v. Duke Power*<sup>32</sup> del 1971, anche il sistema americano perviene all'elaborazione della nozione di *disparate impact*: «The objective of the Congress in the enactment of Title VII is [...] to achieve equality of employment opportunities and remove barriers that have operated in the past in favor an identifiable group of white employees over other employees. Under the act, practices, procedures or test neutral on their face, and even neutral in terms of intent, cannot be maintained if they operate to 'freeze'

<sup>30</sup> *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U.S. 241 (1964).

<sup>31</sup> Per una panoramica generale sul diritto antidiscriminatorio europeo si consigliano, fra i molti, M. BELL, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford, 2002, S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, 2011 e E. ELLIS, P. WATSON, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford, 2012.

<sup>32</sup> *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

the status quo of prior discriminatory practices. [...] The act proscribes not only overt discrimination but also practices that are fair in form, but discriminatory in operation»<sup>33</sup>.

Dopo una prima fase di apertura, tuttavia, la Corte suprema fa un passo indietro e, confermando l'originaria impostazione individualistica dell'*antidiscrimination principle*, limita la portata della discriminazione indiretta, affermando che occorre fornire la prova dell'intento discriminatorio del provvedimento, e che questo onere non può essere adempiuto limitandosi a documentare il solo impatto discriminatorio di quel provvedimento nei confronti di un certo gruppo. Occorre dimostrare, anche e soprattutto, che quel provvedimento è stato adottato con l'intenzione di discriminare quella certa categoria di persone<sup>34</sup>. Emblematiche, in questo senso, sono le sentenze sulla pena di morte e sui reati di droga, nelle quali la Corte Suprema ha sempre rifiutato di far valere come sintomo del carattere discriminatorio delle relative previsioni il fatto che i condannati a morte fossero in numero disproporzionato persone nere<sup>35</sup>. Lo stesso criterio hanno seguito le corti di merito per escludere rilievo, ai fini discriminatori, al fatto che il tipo di droghe il cui consumo è punito più severamente riguarda proprio quelle sostanze generalmente più utilizzate dai neri<sup>36</sup>. Il legislatore, per riequilibrare la distribuzione dell'onere della prova e attenuare, in parte, il rigore delle corti nel riconoscimento dell'impatto discriminatorio, è intervenuto a codificare la nozione di discriminazione indiretta attraverso il *Civil Rights Act* del 1991, ma nemmeno questo è bastato a fare chiarezza, tanto che l'orientamento della giurisprudenza è tuttora altalenante.

Nell'era dei *big data*, l'attuale modello di tutela antidiscriminatoria non appare adeguatamente equipaggiato per tutelare gli individui contro gli esiti discriminatori delle decisioni derivanti dall'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale. Paradossalmente vengono meno proprio i due pilastri principali sui quali quel modello si regge: da un lato, l'uso delle categorie "protette" (genere, razza, età) quale *input* nell'elaborazione algoritmica è generalmente irrilevante per un potenziale risultato discriminatorio poiché la miriade di variabili aggregate e l'oscurità del processo computazionale rendono di fatto impossibile stabilire la correlazione tra il fattore "protetto" e il risultato discriminatorio; dall'altro, è una sfida quasi impossibile ricondurre alla volontà di un "soggetto" la *data discrimination*, derivando quest'ultima da un calcolo matematico/statistico.

Nel caso di una disparità di trattamento derivante dall'uso di un algoritmo, difficilmente potrà essere riconosciuta la discriminazione diretta proprio perché non sarà possibile provare in giudizio che la decisione algoritmica è stata presa con l'intenzione di discriminare proprio quella determinata categoria di persone. L'unica analogia possibile per l'applicazione del *disparate treatment* si potrebbe avere di fronte ai meccanismi di *data mining* che riflettono il pregiudizio di una persona in carne e ossa; si pensi, per esempio, ai motori di raccomandazione come il *Talent Match* di LinkedIn, che si basa su valutazioni umane potenzialmente pregiudizievoli dei lavoratori<sup>37</sup>. Come regola generale, un dato-

<sup>33</sup> *Idem*, 430.

<sup>34</sup> Si veda sul punto il clamoroso *reirement* della Corte Suprema nel caso *Ricci v. DeStefano*, 557 U.S. 557 (2009).

<sup>35</sup> Cfr. *McCleskey v. Kemp*, 481 U.S. 279 (1987).

<sup>36</sup> Cfr. *United States v. Clary*, 846 F. Su 768, 1994.

<sup>37</sup> Cfr. D. WOODS, *LinkedIn's Monica Rogati on "What is a Data Scientist?"*, in *Forbes*, 2011, disponibile su <https://www.forbes.com/sites/danwoods/2011/11/27/linkedins-monica-rogati-on-what-is-a-data-scientist/#50a228673e15> (ultima consultazione 23/04/2019).

re di lavoro non può eludere la responsabilità da discriminazione diretta giustificando il suo comportamento dietro le preferenze espresse da altri soggetti. Però, anche in questa ipotesi, appare alquanto difficile riuscire a dimostrare che il datore di lavoro abbia voluto trattare diversamente il lavoratore sulla base di uno dei fattori “protetti”, sapendo dell’effetto discriminatorio di quel meccanismo. Dove non vi è *discriminatory intent*, potrà allora trovare applicazione la dottrina della discriminazione indiretta. In un giudizio per *disparate impact*, infatti, il ricorrente è tenuto a provare che una decisione o una prassi apparentemente neutrale ha prodotto un risultato ingiustamente svantaggioso per un certo gruppo “protetto”. Di fronte alla «*business necessity*» opposta dal convenuto a giustificazione del proprio comportamento, il ricorrente potrà controbattere dimostrando l’esistenza di una «*alternative employment practice*» che avrebbe determinato un effetto meno svantaggioso per il gruppo in questione. Senza addentrarsi nella tortuosa giurisprudenza in materia di discriminazione indiretta, che tuttora fatica a delinearne l’effettiva portata, di fronte agli effetti discriminatori derivanti da decisioni algoritmiche essa può rappresentare l’unico rimedio giuridico disponibile poiché colpisce la discriminazione non intenzionale<sup>38</sup>.

Particolarmente interessante per le sue possibili ripercussioni è la decisione della Corte Suprema nel caso *Texas Department of Housing & Community Affairs v. The Inclusive Communities Project Inc.*<sup>39</sup> del 2015, in cui è stato riconosciuto il *disparate impact* di un programma governativo di assegnazione degli alloggi che, fondandosi su un sistema algoritmico, discriminava sulla base della razza e dell’etnia, segregando di fatto le persone nere nei quartieri più poveri e periferici della città. Il progressivo spostamento dei cittadini a basso reddito, per la maggior parte neri e ispanici, dai quartieri residenziali verso le aree più periferiche delle città è qualcosa di più di un cambiamento demografico: è una segregazione di ritorno, un problema di disegualianza economica e di discriminazione razziale. L’aumento degli affitti e delle tasse di proprietà, sfratti e pignoramenti, aumento dei prezzi, l’assenza di agevolazioni per l’edilizia nei quartieri urbani residenziali costituiscono delle barriere quasi insormontabili che spingono le famiglie di colore a segregarsi ai margini delle regioni metropolitane. Questo è ciò che accade anche a Dallas dove il 92,29% degli alloggi costruiti usufruendo delle agevolazioni per l’edilizia popolare si trova in aree urbane abitate quasi esclusivamente da persone di colore. Alla luce di questi dati, l’*Inclusive Communities Project*, organizzazione *no-profit* con sede in Texas, decide di ricorrere contro l’agenzia governativa che si occupa di concedere crediti d’imposta per la costruzione di case popolari. L’accusa era che il programma governativo – che utilizza un *software* algoritmico per stabilire i beneficiari e distribuire le agevolazioni fiscali in «*an objective, transparent, predictable and race-neutral manner*» – assegnando troppe poche agevolazioni all’edilizia popolare nei quartieri residenziali della città, ad alta concentrazione di bianchi, determinava una segregazione delle fasce più povere, per la maggior parte appartenenti a minoranze razziali ed etniche, nelle zone più periferiche e marginali.

La Corte Suprema ha riconosciuto per la prima volta la discriminazione indiretta nell’accesso alla casa, ritenendo sufficiente la prova statistica dell’effetto discriminatorio del programma governativo sulle persone di colore. Dunque, al pari del *Civil Rights Act* e dell’*Age discrimination Act*, anche nel

<sup>38</sup> Su punto cfr. J. KOBICK, *Discriminatory Intent Reconsidered: Folk Concepts of Intentionality and Equal Protection Jurisprudence*, in *Harv. L. Rev.*, 45, 2010, 517-551.

<sup>39</sup> *Texas Dept. of Housing and Community Affairs v. Inclusive Communities Project, Inc.*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015).



*Fair Housing Act* del 1968 è possibile riscontrare un divieto di discriminazione indiretta quando alla *Section 804(a)* si vieta «to refuse to sell or rent after the making of a bona fide offer, or to refuse to negotiate for the sale or rental of, or otherwise make unavailable or deny, a dwelling to any person because of race, color, religion, sex, familial status, or national origin». Proprio l'espressione «otherwise make unavailable» viene interpretata dai giudici come riferita alle conseguenze di una azione piuttosto che all'intenzione del soggetto che agisce. Questo consente di discostarsi dalla rigorosa prova della volontà di discriminare – che nel caso di un algoritmo diventa quasi impossibile – e guardare agli effetti prodotti concretamente da quella pratica o decisione automatizzata. Non riconoscere questo, sostiene il giudice Kennedy nell'opinione di maggioranza, significherebbe depotenziare irrimediabilmente una legge che ha l'obiettivo di eradicare la discriminazione in un settore nevralgico della società e dell'economia. La discriminazione indiretta, infatti, contribuisce alla sostanzializzazione del principio di eguaglianza, consentendo un approccio sistemico in grado di smascherare politiche e pratiche che perpetuano segregazione ed esclusione. È il caso delle c.d. *zoning laws*<sup>40</sup> e delle restrizioni all'accesso alla casa che molto spesso finiscono per marginalizzare ingiustamente certe minoranze in determinati distretti elettorali o in quartieri periferici e degradati.

La Corte, pur accogliendo il ricorso, non allarga però le maglie della tutela antidiscriminatoria, imponendo significative limitazioni all'applicazione della *disparate impact doctrine*: di fronte alle difese del convenuto, che può opporre una ampia varietà di ragioni legittime per giustificare la propria politica – elevato costo degli alloggi, traffico, sovraffollamento, vincoli storici –, il ricorrente non può limitarsi ad allegare meri dati statistici per provare la disparità di trattamento, ma dovrà piuttosto dimostrare il nesso causale tra la politica e l'impatto discriminatorio e l'esistenza di un'alternativa meno svantaggiosa per il gruppo "protetto". Inoltre, la Corte aggiunge che, anche laddove la responsabilità per discriminazione indiretta sia accertata dal giudice, i rimedi concessi dovranno limitarsi all'eliminazione della politica o della pratica discriminatoria ed essere rigorosamente *race-gender-neutral* onde evitare di incorrere in una discriminazione al rovescio.

Quest'ultime precisazioni – o salvaguardie – manifestano i limiti e i paradossi dell'attuale modello antidiscriminatorio di fronte alle sfide dei *big data* e delle intelligenze artificiali. La dottrina del *disparate impact*, proprio perché *result-oriented*, si presta molto bene ad agire contro gli effetti discriminatori delle decisioni algoritmiche, ma solo in linea teorica. Come mostra il caso *Texas Department of Housing & Community Affairs v. The Inclusive Communities Project Inc.*, l'applicazione del *disparate impact* incontra molti ostacoli tecnici e giuridici: in primo luogo, l'impossibilità di controbattere a una decisione – quella del *software* algoritmico – che si fonda su dati statistici con altrettanti dati statistici che comprovino l'ingiustizia dei suoi risultati; in secondo luogo, la difficoltà di provare il nesso causale tra la pratica discriminatoria e lo svantaggio per un determinato gruppo, essendoci un molteplice

<sup>40</sup> La c.d. zonizzazione è uno strumento utilizzato in urbanistica consistente nel suddividere il territorio di ciascun comune in aree omogenee secondo determinate caratteristiche. L'attività di zonizzazione è quella mediante la quale la pubblica amministrazione suddivide il proprio territorio comunale in zone alle quali viene riconosciuta o attribuita una determinata funzione con conseguente attribuzione di vincoli ed altri limiti da osservare per ciascuna zona. La prima *zoning law* negli Stati Uniti fu adottata nel 1916 dalla città di New York. Per un'introduzione sul tema della discriminazione derivante dalla zonizzazione si suggerisce C. BERRY, *Land Use Regulation and Residential Segregation: Does Zoning Matter?*, in *American Law and Economics Review*, 2, 2001, 251-274.

cità di dati che concorrono alla decisione ed essendo sempre più complessa la logica della scatola nera che conduce a quel risultato; la difficoltà, infine, di provare l'esistenza di soluzioni alternative che perseguano il medesimo fine ma con un minor svantaggio per il gruppo "protetto" allorché lo sviluppo tecnologico dichiara di offrire la soluzione matematicamente migliore, più efficiente e oggettiva.

#### 4.2 La "recidività" del pregiudizio: la lezione canadese

L'impiego di algoritmi predittivi in campo giudiziario è ormai pratica diffusa. Ma, mentre in Europa sistemi di questo tipo sono ancora in corso di sperimentazione e si discute della loro compatibilità con i diritti del giusto processo<sup>41</sup>, negli Stati Uniti e in Canada non solo esistono, ma vengono concretamente applicati: dalle *online dispute resolution* (ODR) alle cause commerciali, dagli arbitrati al diritto penale<sup>42</sup>.

I rischi legati all'utilizzo di tecniche di profilazione sono evidenti. Secondo il Parlamento europeo, innanzitutto, esiste «the risk of data being used for discriminatory or fraudulent purposes and the marginalisation of the role of humans in these processes, leading to flawed decision making procedures that have a detrimental impact on the lives and opportunities of citizens, in particular marginalised groups, as well as bringing about a negative impact on societies and businesses»<sup>43</sup>. Ciò ha l'effetto di rendere l'utilizzo dei *big data* capace di causare non solo violazioni dei diritti individuali fondamentali (la presunzione di innocenza, il diritto di essere informato, il diritto di difesa, il diritto al contraddittorio etc.) ma anche trattamenti discriminatori o discriminazioni indirette nei confronti di gruppi di persone con caratteristiche simili. In secondo luogo, vi è il pericolo che i giudici utilizzino questi strumenti in maniera inappropriata, cadendo nella tentazione di delegare loro la decisione finale, senza che questo sia l'obiettivo per cui sono stati programmati e confidando in una loro neutralità che, come visto, potrebbe non esserci affatto.

Proprio per questo è particolarmente interessante il caso *Ewert v. Canada*<sup>44</sup>, deciso dalla Corte Suprema canadese nel giugno 2018, che, sebbene non direttamente connesso alla legittimità costituzionale del *decision-making* algoritmico, tocca uno dei nodi essenziali della questione, ovvero la qualità e la trasparenza delle informazioni che ne sono alla base. Jeffrey Ewert, condannato a due ergastoli per omicidio e tentato omicidio per strangolamento e aggressione sessuale, si trova da oltre trent'anni sotto la custodia federale di media e massima sicurezza. In più di un'occasione chiede di essere sottoposto a una valutazione psicologica per la riduzione del livello di sicurezza e per essere autorizzato a fare domanda per la libertà condizionale. Tuttavia, il *Correctional Service of Canada*

<sup>41</sup> Sul punto si consiglia la lettura del volume A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Parigi, 2018. Si veda anche R. SICURELLA, V. SCALIA, *Data Mining and Profiling in the Area of Freedom, Security and Justice: State of Play and New Challenges in the Balance between Security and Fundamental Rights Protection*, in *New Journal of European Criminal Law*, 4, 2013, 409-460.

<sup>42</sup> Per una panoramica sull'applicazione negli Stati Uniti, cfr. R. SIMMONS, *Quantifying Criminal Procedure: How to Unlock the Potential of Big Data in Our Criminal Justice System*, in *Mich. St. L. Rev.*, 947, 2016, 969-975; D.B. MARLOWE, *Adaptive Programming Improves Outcomes in Drug Court: An Experimental Trial*, in *Crim. Justice Behav.*, 39, 2012, 514-532.

<sup>43</sup> Risoluzione del Parlamento europeo 14 marzo 2017 sulle «implicazioni dei Big Data per i diritti fondamentali: privacy, protezione dei dati, non discriminazione, sicurezza e attività di contrasto» (2016/2225(INI)), disponibile su <http://www.europarl.europa.eu/> (ultima consultazione 23/04/2019).

<sup>44</sup> *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30.

(CSC), l'agenzia federale che si occupa di svolgere la valutazione dei detenuti e redigere la relazione per il giudice, puntualmente respinge la richiesta del ricorrente. Già nel 2005 il signor Ewert chiedeva che fosse effettuata una verifica sull'accuratezza dei test psicologici quando si trattava di valutare soggetti di etnia *Metis* perché a suo avviso i risultati erano discriminatori e violavano le garanzie del *due process*. Il Servizio ammetteva la possibilità di questo rischio, essendo il sistema settato su un campione di dati non rappresentativo, e annunciava che avrebbe affidato a un ente esterno il compito di accertarlo. Per questa ragione in primo e secondo grado veniva rigettata la domanda del ricorrente. Nel 2018 la Corte Suprema canadese, però, dà ragione al signor Ewert affermando che le autorità hanno l'obbligo di «to take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate, up to date and complete as possible»<sup>45</sup>.

Nello specifico, la Corte ritiene che il concetto di "*information*", che a norma dell'art. 24 del *Correction and Conditional Release Act* (CCRA) deve per l'appunto essere «as accurate, up to date and complete as possible», includa anche i profili elaborati e le previsioni fatte su un determinato individuo tramite l'utilizzo delle tecnologie informatiche. Diversamente da quanto sostenuto dal Governo, secondo cui l'accuratezza non era riferibile ai dati predittivi generati dai test, i quali possono avere diversi livelli di validità predittiva, nel senso che predicono male, moderatamente o enormemente bene, i giudici di maggioranza sono convinti che il concetto di accuratezza possa essere adattato anche ai risultati derivanti dall'uso di algoritmi e pertanto sia compito dell'autorità verificare la loro completezza, precisione e oggettività. Se gli strumenti di intelligenza artificiale incorporano pregiudizi, o non sono appropriatamente sensibili alle differenze culturali, allora il risultato è "oggettivo" solo in un senso molto ristretto della parola. Se questi strumenti, fa notare la Corte, sono considerati utili proprio in ragione del fatto che le informazioni che ne derivano possono essere convalidate scientificamente, questa è una ragione in più per concludere che la legge imponga al CSC l'obbligo di adottare tutte le misure ragionevoli per garantire che le informazioni siano accurate.

In effetti, nonostante il CSC fosse da tempo a conoscenza delle preoccupazioni riguardo alla possibilità che tali test psicologici perpetuassero certi pregiudizi etnico-culturali, non era stata intrapresa alcuna iniziativa concreta per valutare l'affidabilità dei test che hanno continuato ad essere applicati indistintamente a tutti i detenuti, compresi quelli di origine indigena. Secondo l'opinione di maggioranza, questo rappresenta una violazione dei principi generali indicati nell'art. 4 del CCRA, sulla base dei quali le politiche e le pratiche dell'autorità federale devono rispettare le differenze culturali, linguistiche e di altro tipo e tener conto dei bisogni speciali delle donne, delle popolazioni aborigene, delle persone che richiedono cure mentali e di altri gruppi. Un principio, questo, che è volto a riconoscere «la discriminazione sistemica affrontata dalle persone indigene nel sistema giudiziario e correzionale canadese e non solo»<sup>46</sup>. Da ciò discende, secondo i giudici, l'onere della prova a carico del CSC, il quale deve dimostrare di aver adottato tutte le misure adeguate a garantire l'affidabilità degli strumenti di valutazione. La Corte non specifica chi è destinato a svolgere questa verifica, quali standard dovrebbero essere soddisfatti, o quanto dovrebbe essere estesa tale valutazione. Questi sono problemi importanti, specialmente quando si ha a che fare con discriminazione algoritmiche che implicano una valutazione indipendente da parte di soggetti terzi.

<sup>45</sup> *Idem*, par. 35.

<sup>46</sup> *Idem*, par. 54.

Alla sentenza in commento è mancato inoltre di fare il passo successivo, quello più importante: testare la tenuta dei principi costituzionali del *due process* e dell'eguaglianza di fronte all'uso – sempre più determinante – dell'intelligenza artificiale nei processi decisionali. La Corte, infatti, liquida questi due argomenti, pure sollevati dal ricorrente, per mancanza di prove sufficienti, non essendo stato possibile dimostrare né l'arbitrarietà dell'affidamento sui test, né l'effettivo impatto discriminatorio sui detenuti indigeni rispetto ai detenuti non indigeni. Con riferimento al primo argomento, il ricorrente aveva evidenziato che il mancato previo accertamento dell'attendibilità dei test costituisce una violazione dei principi fondamentali di giustizia in base all'art. 7 della *Canadian Charter* che stabilisce che «everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice». In proposito, la Corte richiama la propria giurisprudenza ribadendo che «the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system»<sup>47</sup>. Con tale clausola, infatti, si impone all'interprete di trovare un punto d'equilibrio tra l'interesse dello Stato e quello della persona. Nel caso di specie, i giudici non ritengono adeguatamente dimostrata la natura di principio fondamentale di giustizia posto che la constatazione che vi sia incertezza sull'accuratezza dei test quando applicati ai trasgressori indigeni non è sufficiente di per sé a stabilire l'assenza di una connessione razionale tra l'affidamento a detti test e l'interesse legittimo del governo<sup>48</sup>. Invece, con riferimento all'argomento egualitario, il ricorrente aveva sostenuto che il CSC stesse usando “informazioni affidabili o veritiere” per prendere decisioni sui detenuti non indigeni e “informazioni inaffidabili o false” per prendere decisioni sui detenuti indigeni. Questa pratica aveva pertanto determinato trattamenti più severi e detenzioni più lunghe nei confronti dei soli detenuti indigeni. La Corte, pur riconoscendo il difetto di accuratezza dei test utilizzati dal CSC, esclude comunque la violazione dell'*equal protection* di cui all'art. 15 della *Canadian Charter*<sup>49</sup>, affermando che «the evidence before the trial judge established a risk that the impugned tools are less accurate when applied to Indigenous inmates than when they are applied to non-Indigenous inmates. However, the trial judge did not find, and indeed could not have done so on the evidence before him, that the impugned tools do in fact overestimate the risk posed by Indigenous inmates or lead to harsher conditions of incarceration or to the denial of rehabilitative opportunities because of such an overestimation»<sup>50</sup>.

A tal proposito, lo sguardo comparato ci invita al confronto con un caso analogo deciso però dalla Corte Suprema del Wisconsin (Stati Uniti) nel 2016. Anche nel sistema giudiziario americano si utilizzano dei *software* che assistono i giudici nel calcolare la percentuale di rischio che il soggetto che è sotto giudizio possa ricommettere in futuro altri crimini. Questi programmi informatici – chiamati di *risk assessments* – sono ampiamente utilizzati in tutto il sistema penale. Gli algoritmi di calcolo del rischio di recidiva vengono usati per assistere nella decisione di chi può rimanere in libertà in ogni

<sup>47</sup> *Re B.C. Motor Vehicle Act*, 2 S.C.R. 486, 1985.

<sup>48</sup> *Ewert v. Canada*, par. 76.

<sup>49</sup> «Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability», Art. 15, comma primo, Canadian Charter of Rights and Freedoms.

<sup>50</sup> *Ewert v. Canada*, par. 79.

momento del procedimento giudiziario: dalla determinazione della cauzione fino alla decisione che incide definitivamente sulla libertà dell'imputato. In particolare poi nelle corti dell'Arizona, del Colorado, del Delaware, del Kentucky, della Louisiana, dell'Oklahoma, della Virginia, di Washington e del Wisconsin, i risultati di questi calcoli di rischio sono consegnati al giudice come elemento determinante per la sentenza penale.

È il caso di Eric Loomis che veniva arrestato nel 2013 per ricettazione e resistenza a pubblico ufficiale e successivamente condannato alla pena di sei anni di reclusione, una pena particolarmente severa determinata dalla Corte distrettuale sulla base dell'alto punteggio (*score*) risultante a carico dell'imputato da COMPAS – Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions<sup>51</sup> –, uno degli algoritmi predittivi di valutazione del rischio di recidiva più diffusi. Loomis impugnava la sentenza sostenendo che l'utilizzo da parte del giudice di un algoritmo predittivo per addivenire alla pronuncia di condanna e alla comminazione della pena avesse violato le garanzie del *due process*, in quanto COMPAS è un algoritmo proprietario, il cui meccanismo di funzionamento – che si basa sulla raccolta e sull'elaborazione dei dati emersi dal fascicolo processuale e dall'esito di un test a 137 domande, a cui viene sottoposto l'imputato, riguardanti età, attività lavorativa, vita sociale, grado di istruzione, legami, uso di droga, opinioni personali e percorso criminale – non è pubblicamente noto e dunque la sua validità e oggettività non è accertabile.

Nel luglio 2016 la Corte Suprema statale, pronunciandosi sul caso *State v. Loomis*<sup>52</sup>, ha tuttavia dichiarato, all'unanimità, la legittimità dell'uso giudiziario di algoritmi che misurano il rischio di recidiva specificando che lo strumento non può essere l'unico elemento su cui si fonda una pronuncia di condanna. Il ricorrente aveva sostenuto la violazione della *due process clause* del XIV Emendamento, ritenendo che l'algoritmo, anche se viene considerato "imparziale" perché agisce solo sui dati provenienti dal questionario, lo aveva discriminato, rivelandosi altamente punitivo soprattutto per il genere maschile e per le persone di razza non bianca. Inoltre, anche il fatto della società Northpointe di

<sup>51</sup> *Compas (Correctional offender management profiling for alternative sanctions)* è tra gli algoritmi processuali più applicati in via sperimentale negli Stati Uniti. Brevettato da una società americana e inizialmente adottato da un ristretto numero di Corti di merito americane per la previsione su base statistica della *probability of the offender's recidivism* ai fini della quantificazione della pena e della successiva *extended supervision*, oggi il suo utilizzo è stato legittimato ufficialmente in diversi Stati federati. Attraverso l'inserimento di una serie di dati oggettivi concernenti il trascorso criminale, le condizioni socioeconomiche e personali dell'imputato, nonché 137 domande a risposta vincolata poste allo stesso, *Compas* misura il rischio di recidiva come *low*, *medium* e *high*. Si tratta di un *software* già largamente in uso ad alcuni corpi di polizia nazionali per calibrare l'intensità della supervisione dei soggetti in libertà vigilata. È bene precisare che, trattandosi di algoritmo brevettato, «la metodologia usata per formulare tale valutazione non è stata comunicata né al giudice né all'imputato». Pertanto, non è possibile vagliare in concreto l'idoneità del meccanismo di calcolo approntato, ma solo la sua astratta idoneità a fornire informazioni rilevanti per il giudizio sul pericolo di recidiva. Così coniugati dati oggettivi relativi alla storia criminale dell'imputato e risposte fornite dallo stesso imputato, *Compas* processa tutte le informazioni raccolte suddividendole in 12 sezioni: «*Current Charges, Criminal History, Non-Compliance, Family Criminality, Peers, Substance Abuse, Residence/Stability, Social Environment, Education, Vocation, Leisure/Recreation, Social Isolation, Criminal Personality, Anger* e *Criminal Attitudes*. Informazioni disponibili sul sito della società Northpointe Inc. proprietaria dell'algoritmo: ([www.northpointeinc.com/files/downloads/FAQ\\_Document.pdf](http://www.northpointeinc.com/files/downloads/FAQ_Document.pdf)). Per un approfondimento si veda T. BRENNAN et Al., *Evaluating the predictive validity of the COMPAS risk and needs assessment system*, in *Crim. Just. Behav.*, 21, 2009, 21-40.

<sup>52</sup> *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016).

non rivelare i meccanismi attraverso i quali COMPAS giunge alle sue “classifiche” di rischio da sottoporre ai giudici rappresenterebbe una violazione dei basilari diritti della difesa perché tale metodo, che si basa sulle informazioni raccolte, potrebbe venir alterato di volta in volta, modificando il sistema di calcolo dei rischi e delle pene.

La Corte, tuttavia, ha respinto tutti gli argomenti del ricorrente affermando che l'utilizzo di fattori quali il genere e la razza per la valutazione del rischio ha, all'opposto, uno scopo non discriminatorio, finalizzato ad assicurare la completezza e l'accuratezza delle valutazioni e che in mancanza di prove evidenti che la decisione sia stata presa soltanto sulla base di quei fattori si debba escluderne la natura discriminatoria. La Corte ha anche aggiunto, con riferimento al rischio di de-individualizzazione della decisione, che se è vero che COMPAS procede per aggregazioni di dati sul rischio di recidiva che inevitabilmente collegano il soggetto al gruppo etnico-razziale di appartenenza, è altresì vero che questo non è il solo elemento su cui la decisione si basa e che in ogni caso il giudice conserva la propria discrezionalità.

La Corte sembra essere conscia dei pericoli che si nascondono dietro la fiducia nella scientificità di questi sistemi di calcolo: i punteggi sul rischio e sulla recidività non possono essere usati «to determine whether an offender is incarcerated» o «to determine the severity of the sentence». Il giudice, infatti, nell'utilizzare i punteggi sul rischio deve sempre motivare la sua sentenza, dando conto di tutti gli altri fattori considerati<sup>53</sup>. L'obbligo di motivazione da parte del giudice e il divieto di fondare la sua decisione soltanto sui punteggi provenienti dal sistema informatico sono sufficienti, per la Corte del Wisconsin (ma anche per quella dell'Indiana<sup>54</sup>), a salvaguardare i diritti fondamentali dell'imputato<sup>55</sup>.

La differenza tra il caso *Loomis* e l'applicazione ormai consolidata degli algoritmi predittivi del rischio di recidiva sta nel fatto che, per la prima volta, il programma COMPAS è stato utilizzato in fase di cognizione quale elemento determinante per un giudizio di condanna. L'incidenza dell'algoritmo è dunque di gran lunga superiore rispetto all'uso che ne veniva fatto in precedenza e, conseguentemente, i

<sup>53</sup> Nelle motivazioni della sentenza, la Corte suprema del Wisconsin ha evidenziato che algoritmi a base statistica, come *Compas*, non prevedono la specifica verosimiglianza che un determinato imputato commetterà un nuovo reato. Al contrario, forniscono una previsione basata su una comparazione di informazioni del singolo imputato su quelle di un gruppo di soggetti simili. Sulla scorta di tale constatazione, la Corte suprema ha concluso che *Compas* è solo uno dei fattori che possono essere considerati e ponderati nella decisione. È, in sostanza, la conferma dell'impossibilità di eliminare l'*intime conviction*, specie in tema di valutazione prognostica del rischio di recidiva, inevitabilmente affidato all'«*intuition, instinct and sense of Justice*» del giudicante. Peraltro, nonostante i limiti imposti all'uso processuale di *Compas*, la Corte si mostra conscia dei rischi di un abuso, posto che la maggior parte dei giudici non è in grado di comprendere gli esiti degli algoritmi di calcolo del rischio e che l'esercizio del diritto di difesa appare estremamente compromesso dalla segretezza del loro meccanismo di funzionamento. Cfr., *State v. Loomis*, par. 15 e par. 99.

<sup>54</sup> *Malenchick v. State*, 928 Ind. S.C., 2010.

<sup>55</sup> È proprio quest'ultimo aspetto il più criticabile: la Corte Suprema del Wisconsin ha escluso infatti la contrazione dei diritti di difesa ridimensionando il ruolo effettivamente svolto dagli algoritmi nel processo. Contro tale conclusione si scaglia, tra gli altri, K. FREEMAN, *Algorithmic injustice: how the Wisconsin Supreme Court Failed to protect due process rights in State v. Loomis*, in *North Carolina Journal of Law & Technology*, XVIII, 2016, 75 ss., ove si propone di trasformare *Compas* da *property algorithm* a *open-source algorithm* che i difensori possano analizzare e utilizzare autonomamente e di introdurre un processo di verifica in cui un supervisore esterno alla società effettui costanti controlli sul sistema per garantirne precisione e funzionamento appropriato.

suoi effetti sono potenzialmente molto più pericolosi. La decisione, salvo un intervento in senso contrario della Corte Suprema federale, apre all'utilizzo di COMPAS anche in giudizio. Le cautele suggerite appaiono però insufficienti a rassicurare sul fatto che tali algoritmi non enfatizzino e non perpetuino i problemi di discriminazione sociale, sessuale e razziale. Sotto quest'ultimo profilo, per esempio, da alcuni studi sul funzionamento degli algoritmi predittivi è emerso che gli imputati neri sono risultati avere uno *score* più alto rispetto a quello reale e che i non recidivi neri hanno quasi il doppio delle probabilità di essere erroneamente classificati come a rischio più elevato rispetto ai loro omologhi bianchi<sup>56</sup>. È stato inoltre osservato che il più grosso limite degli algoritmi predittivi è rappresentato dal fatto che si basano su di un metodo statistico, per cui i punteggi di rischio sono correlati ad una probabilità di recidiva generica (calcolata su casi simili) e non alla probabilità specifica che il soggetto a cui l'algoritmo viene applicato commetta in futuro un altro reato<sup>57</sup>. Quest'ultima considerazione coglie l'essenza della questione che può essere sintetizzata in una domanda: è socialmente accettabile depersonalizzare (con riferimento all'imputato) il procedimento logico che conduce a una sentenza penale di condanna?

#### 4.3 GDPR e algoritmi discriminatori: un'arma spuntata?

È opportuno fare un cenno, infine, anche al contesto europeo che ha recentemente visto l'entrata in vigore del nuovo regolamento in materia di protezione dei dati personali 2016/679/UE<sup>58</sup>, che modifica la disciplina già esistente introducendo nozioni aggiornate al nuovo orizzonte tecnologico, quali quella di profilazione, *data mining*, dati genetici e dati biometrici<sup>59</sup>. Con riferimento al tema trattato,

<sup>56</sup> Cfr., in particolare, J. ANGWIN, J. LARSON, S. MATTU, L. KIRCHNER, *Machine Bias. There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*, in ProPublica, 2016, disponibile su <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>; L. KIRCHNER, *When Big Data Becomes Bad Data*, in ProPublica, 2015, disponibile su <https://www.propublica.org/article/when-big-data-becomes-bad-data> (ultima consultazione 23/04/2019). ProPublica è un'agenzia stampa indipendente e no-profit, che si occupa di giornalismo investigativo e che ha nel suo statuto la missione di portare alla luce gli abusi di potere e il tradimento della fiducia pubblica da parte del governo, del mondo degli affari e di altre istituzioni.

<sup>57</sup> Cfr. anche C. COSTANZI, *La matematica del processo: oltre le colonne d'Ercole della giustizia penale*, in *Quest. Giust.*, 4, 2018.

<sup>58</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

<sup>59</sup> In Europa il diritto alla protezione dei dati personali è sancito come diritto fondamentale della persona dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che lo riconosce come diritto autonomo; ad esse deve aggiungersi l'art. 16, par. 1, TFUE che attribuisce a ciascuno il diritto alla protezione dei propri dati; la principale fonte normativa primaria è stata fino all'entrata in vigore del nuovo Regolamento (GDPR), la direttiva 95/46/CE che sanciva il principio del consenso informato come presupposto indefettibile dell'esercizio del diritto alla protezione dei propri dati personali. Il nuovo Regolamento conferma e rafforza questo presupposto,

di particolare interesse è la disciplina sulla profilazione che viene definita come «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica»<sup>60</sup>.

Come abbiamo visto, le conseguenze giuridiche della profilazione potrebbero essere molteplici e ledere anche i diritti fondamentali della persona: il diniego di attraversamento di una frontiera, l'adozione di misure di sicurezza, l'esclusione da forme di assistenza sociale, il diniego di un impiego, il rifiuto della concessione di un prestito. Per questo sono imposte una lunga serie di cautele e di obblighi al titolare del trattamento, primo fra tutti l'obbligo di informare gli interessati dell'esistenza di una decisione basata sul trattamento di dati automatizzato comprendente la profilazione<sup>61</sup>. Nell'informativa devono infatti essere esplicitate le modalità e le finalità della profilazione. Inoltre, deve essere chiarita la logica inerente al trattamento e le conseguenze previste per l'interessato a seguito di tale tipo di trattamento, intendendo in tal senso i criteri utilizzati per giungere alla decisione, senza necessariamente dover fornire una spiegazione complessa degli algoritmi utilizzati o l'apertura della scatola nera dell'algoritmo. L'articolo 22 del GDPR, paragrafo 1, chiarisce l'ambito di applicazione delle norme in materia di profilazione che riguarda le ipotesi in cui tale attività produca effetti giuridici o incida in modo significativo sulla persona dell'utente, e la decisione sia basata interamente sul trattamento automatizzato dei dati. Questo, almeno per il momento, dovrebbe evitare casi come quelli americani e canadesi poiché il regolamento è piuttosto netto nell'affermare il diritto di non essere sottoposti a una decisione giuridica che riguardi o che incida significativamente sulla persona basata unicamente sul trattamento automatizzato, inclusa la profilazione. Vi è dunque la dif-

---

stabilendo che i dati personali debbano essere trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato (art. 5, GDPR) e introduce nuove e più chiare definizioni (art. 4), sancisce il diritto all'oblio (art. 17), affronta il tema dei *big data* e dei trattamenti dati automatizzati (art. 22), impone ulteriori cautele e responsabilità in capo ai titolari del trattamento e inasprisce le sanzioni. Per un approfondimento sulla strategia europea in materia di intelligenza artificiale e *big data* si suggerisce l'interessante rapporto dello *European Political Strategy Centre* della Commissione Europea, pubblicato il 27 marzo 2018 e consultabile all'indirizzo: [https://www.labparlamento.it/wp-content/uploads/2018/04/epsc\\_strategicnote\\_ai.pdf](https://www.labparlamento.it/wp-content/uploads/2018/04/epsc_strategicnote_ai.pdf) (ultima consultazione 23/04/2019).

<sup>60</sup> Art. 4, comma quarto, Regolamento (UE) 2016/679.

<sup>61</sup> «1. L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona. 2. Il paragrafo 1 non si applica nel caso in cui la decisione: a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato. 3. Nei casi di cui al paragrafo 2, lettere a) e c), il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione. 4. Le decisioni di cui al paragrafo 2 non si basano sulle categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, a meno che non sia d'applicazione l'articolo 9, paragrafo 2, lettere a) o g), e non siano in vigore misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato». Art. 22, e Considerando 71, GDPR.

fidenza nei confronti dell'algoritmo e negli strumenti di *data mining* e di *processing* dei dati che in maniera automatizzata arrivino a prospettare conseguenze giuridiche e il rimedio individuato è un diritto all'opposizione alla procedura di tal tipo, con la possibilità di domandare l'intervento di un essere umano.

Ma lo stesso divieto di decisione esclusivamente automatizzata soffre di eccezioni. La decisione del robot è legittima qualora «sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato». L'individuo può essere inoltre sottoposto a un processo decisionale automatizzato, compreso la profilazione, anche quando: a) il trattamento sia necessario per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e il titolare (la necessità deve essere interpretata in modo restrittivo, anche se i Garanti europei precisano che i motivi di efficienza sono ritenuti sufficienti per giustificare l'utilizzo di sistemi decisionali basati su profilazione, a condizione che non vi siano metodi meno intrusivi che raggiungano lo stesso risultato), ma tale eccezione non si applica in caso di trattamento di dati sanitari; b) vi sia esplicito consenso al trattamento (un consenso distinto rispetto al consenso relativo ad altri trattamenti)<sup>62</sup>.

Infine, allo scopo di prevenire violazioni dei diritti e delle libertà degli individui, il trattamento basato su sistemi automatizzati (anche se non esclusivamente basato sulla valutazione della macchina, ma anche quello con intervento umano) deve essere preceduto dalla valutazione di impatto<sup>63</sup>, proprio perché dalle elaborazioni possono derivare dettagli informativi ritenuti di natura particolarmente invasiva ma anche perché possono essere impiegati una quantità significativa di dati ai quali devono essere assicurati gli opportuni livelli di protezione e garanzia. A tal fine, il regolamento impone altresì che il titolare adotti una politica di periodica revisione dei sistemi di decisione automatizzata, per verificare se producono errori, classificazioni non corrette e discriminazioni.

Indubbiamente il nuovo Regolamento europeo è indice di un mutato contesto giuridico e politico in cui si è assistito ad una trasformazione o meglio ad una riformulazione ed estensione del diritto alla riservatezza, che, da guscio protettivo della persona, va evolvendo a garanzia del patrimonio informativo digitalizzato e circolante, come denominatore comune di tutte le realtà industriali, commerciali, culturali, pubbliche e private e come riferimento costante in tutti i campi di attività. Gli strumenti di tutela, quindi, devono essere adeguati all'evoluzione delle innovazioni tecnologiche, risultando, pertanto, strutturalmente dinamici. Nel nuovo mondo digitale, dunque, la protezione dei dati, intesa come controllo effettivo delle proprie informazioni personali, è un diritto fondamentale in Europa e, in quanto tale, deve essere tutelato. Non sorprende se parte della dottrina ha visto proprio nell'avvento della Carta dei diritti fondamentali la spinta verso «un'ondata costituzionalizzatrice»<sup>64</sup> che ha determinato una reazione da parte delle Istituzioni e, in particolar modo, della Corte di Giusti-

<sup>62</sup> Art. 22, par. 2, GDPR.

<sup>63</sup> «Quando un tipo di trattamento, allorché prevede in particolare l'uso di nuove tecnologie, considerati la natura, l'oggetto, il contesto e le finalità del trattamento, può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento effettua, prima di procedere al trattamento, una valutazione dell'impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati personali. Una singola valutazione può esaminare un insieme di trattamenti simili che presentano rischi elevati analoghi». Art. 35, par. 1, GDPR.

<sup>64</sup> Così in O. POLLICINO, *La «transizione» dagli atomi ai bit nel reasoning delle Corti europee*, in *Ragion pratica*, 1, 2015, 53-82.

zia nel dar vita a una “nuova era” del diritto alla privacy: a partire dai casi *Digital Rights Ireland*<sup>65</sup> e *Google Spain*<sup>66</sup>, infatti, i giudici di Lussemburgo hanno ampliato il più possibile il margine di protezione dei dati personali e della privacy degli individui allo scopo di realizzare un quadro globale, coerente, solido e moderno per la protezione dei dati nell’Unione. Un processo di rinverimento e sostanzializzazione dei diritti alla privacy e alla *data protection* confermato anche dal caso *Schrems*<sup>67</sup> che ha costituito la risposta, in parte anche emotiva, dell’Europa allo scandalo “*Datagate*” e alle operazioni di sorveglianza globale messe in atto dal governo degli Stati Uniti, dietro il consenso o quantomeno la complicità (forse inconsapevole) di alcuni Stati membri<sup>68</sup>. Tutto questo ci porta, a maggior ragione, a ritenere che il cammino del diritto alla privacy sia tutt’altro che giunto al termine ma che anzi sia solo all’inizio.

<sup>65</sup> Corte di Giustizia, 8 aprile 2014, cause n. C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland, Seitlinger e altri*. Per un approfondimento si rinvia a G. FINOCCHIARO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems*, in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai “Safe Harbour Principles” al “Privacy Shield”*, Roma, 2016, 113-136 e L. TRUCCO, *Data retention: la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali*, in *Giur. it.*, 8-9, 2014, 1850 ss.

<sup>66</sup> Corte di Giustizia, 13 maggio 2014, causa n. C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja González*. Per un approfondimento si rinvia a G.E. VIGEVANI, *Identità, oblio, informazione e memoria in viaggio da Strasburgo a Lussemburgo, passando per Milano*, in *Danno e resp.*, 7, 2014, 731 ss. e T.E. FROSINI, *Diritto all’oblio e Internet*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 10 giugno 2014 (ultima consultazione 23/04/2019).

<sup>67</sup> Corte di Giustizia, 6 ottobre 2015, causa n. C-362/14, *Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner*.

<sup>68</sup> La decisione ha riguardato l’art. 25 della Direttiva 95/46/CE che stabilisce che il trasferimento di dati personali verso paesi terzi può aver luogo soltanto se il paese di destinazione garantisca un livello di protezione adeguato, fatte salve le misure nazionali di attuazione delle altre disposizioni della direttiva. Il compito di valutare l’adeguatezza del livello di protezione offerto da un paese terzo è affidato alla Commissione dal par. 6 dell’art. 25, secondo la procedura regolata all’art. 31 della direttiva. Nel caso la Commissione constati l’inadeguatezza del livello di tutela assicurato da un paese terzo, gli Stati membri sono tenuti ad adottare le misure necessarie a evitare ogni trasferimento di dati personali verso tale stato. La Corte ha proceduto a un’interpretazione costituzionalmente orientata della Direttiva ha ritenuto, contrariamente a quanto valutato dalla Commissione, che gli Stati Uniti non garantirebbero i presupposti per una tutela efficace, esponendo a pregiudizio i dati personali trasferiti dall’Unione europea soprattutto nell’ambito dei trattamenti effettuati da autorità pubbliche, trasformando il principio di adeguatezza, cui la direttiva all’art. 25, ancora la valutazione della legittimità del trasferimento di dati personali verso paesi terzi, in principio di protezione sostanzialmente equivalente della tutela dei diritti fondamentali in gioco. Cfr., tra gli altri, M. NINO, *Il caso Datagate: i problemi di compatibilità del programma di sorveglianza PRISM con la normativa europea sulla protezione dei dati personali e della privacy*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2013, 727-746; G. RESTA, *La sorveglianza elettronica di massa e il conflitto regolatorio USA/UE*, 23-48; V. ZENO-ZENCOVICH, *Intorno alla decisione nel caso Schrems: la sovranità digitale e il governo internazionale delle reti di telecomunicazione*, 7-22; P. PIRODDI, *I trasferimenti di dati personali verso Paesi terzi dopo la sentenza Schrems e nel nuovo regolamento generale sulla protezione dei dati*, 169-214, tutti in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai “Safe Harbour Principles” al “Privacy Shield”*, Roma, 2016; F. COUDERT, *Schrems vs. Data Protection Commissioner: A Slap on the Wrist for the Commission and New Powers for Data Protection Authorities*, in [www.europeanlawblog.eu](http://www.europeanlawblog.eu), 15 ottobre 2015; P. FALLETTA, *La Corte di Giustizia, ancora una volta, contro le multinazionali del web (riflessioni su Corte di Giustizia UE (Grande sezione), 6 ottobre 2015, Schrems c. Data Protection Commissioner, C-362/14)*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 23 dicembre 2015; M. BASSINI, O. POLLICINO, *La Corte di giustizia demolisce il safe harbor e ridisegna i confini del diritto alla privacy in ambito transnazionale*, in [www.diritto24.ilsole24ore.com](http://www.diritto24.ilsole24ore.com), 7 ottobre 2015 (ultima consultazione 23/04/2019).

## 5. Osservazioni conclusive

Il quadro delineato apre a numerose riflessioni per il futuro e, al contempo, evidenzia dubbi non risolti: nonostante un impianto normativo volto a valorizzare l'autodeterminazione dell'individuo e a proteggerlo contro attività, come quella della profilazione, considerate estremamente invasive e potenzialmente lesive dell'eguaglianza e dei diritti fondamentali della persona<sup>69</sup>, il GDPR resta ancorato a una visione "vecchia" del mondo digitale e tecnologico e non apporta alcuna reale innovazione nella tutela del corpo digitale. Può bastare la manifestazione, benché esplicita, del consenso al trattamento dei propri dati<sup>70</sup> e la trasparenza sull'uso dei dati – intesa come intellegibilità e comprensibilità del trattamento e dei suoi fini – per assicurare il rispetto della privacy e dei diritti fondamentali dell'utente? Può bastare – e, se sì, come si concilia con la tutela del segreto industriale e della proprietà intellettuale – l'apertura della c.d. *black box* dell'algoritmo per escludere errori e discriminazioni nel *decision-making* automatizzato? Può bastare la disciplina della "raccolta" e del "trattamento dei dati" e la tutela contro le pratiche di "profilazione" e di decisione "automatizzata" a proteggere adeguatamente il corpo digitale? L'approccio del GDPR appare deficitario laddove si scontra con gli ultimi sviluppi in materia di *big data*, tracciabilità, profilazione, algoritmi di *machine learning* e di *deep learning*, aggregazione dei dati da parte di più soggetti nel tempo, *digital surveillance*, *Internet of Things*. Da un lato, appare un po' ingenua la pretesa di assicurare la trasparenza e il consenso informato a ogni tipo di trattamento in uno scenario caratterizzato dalla complessità di questi fenomeni<sup>71</sup>. Per esempio, la profilazione può avvenire utilizzando dati individuali o identificativi (come quelli anagrafici), oppure dati aggregati derivanti da dati personali individuali. Il livello di aggregazione è variabile, e quindi potrebbe accadere che i dati utilizzati, anche se in forma aggregata, consentano comunque, a seguito dell'incrocio con altri dati, l'identificazione dei soggetti interessati e l'emersione anche di informazioni sensibili<sup>72</sup>. Dall'altro, vista l'assoluta centralità dei dati nello sviluppo di algoritmi predittivi e di apprendimento automatico, la *data protection* si sovrapporrà con la tutela di altri interessi pubblici e privati, quali la proprietà intellettuale.

Inoltre, gli algoritmi non sono certamente perfetti e per questo motivo possono portare anche a errori che sono il riflesso dei dati che hanno a disposizione. Anche l'attenzione correttamente posta sul

<sup>69</sup> Per una disamina più approfondita del nuovo assetto europeo in materia di protezione dei dati personali si rimanda, tra gli altri, a F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali: dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016; A. PISAPIA, *La tutela per il trattamento e la protezione dei dati personali*, Torino, 2018.

<sup>70</sup> I «dati personali» nel nuovo Regolamento sono definiti in senso molto ampio come «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile [...] direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale». Art. 4, par. 1, GDPR.

<sup>71</sup> Così anche C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Dir. pub. comp. eur.*, numero speciale, 2019, 107, il quale parla di un «consenso consapevolmente dis informato» per riferirsi a una categoria – quella appunto del consenso informato – che è divenuta una «mera finzione che, con il nostro consapevolmente dis informato accordo, ci espone quotidianamente ad essere profilati in ogni nostra dimensione e attività».

<sup>72</sup> Per un approfondimento si consiglia M.R. CALO, *Robots and Privacy*, in P. LIN, K. ABNEY, G.A. BEKEY (a cura di), *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics*, Londra, 2012.

concetto della “correttezza e trasparenza” dei dati, vale a dire la disponibilità di strumenti in grado di verificarne l’affidabilità, quali per esempio accurati sistemi di *audit* per gli algoritmi e di certificazione per i loro sviluppatori, come raccomandato, per esempio, dal Comitato «Scienza e tecnologia» della Camera dei Comuni del Regno Unito<sup>73</sup>, rischia di rivelarsi insufficiente (specialmente dopo la comparazione con i casi americani e canadesi).

A questo, si aggiunge un ulteriore problema legato all’impossibilità di aprire la scatola nera degli algoritmi, ovvero di accedere al *software* alla base del loro funzionamento poiché generalmente protetto dal segreto commerciale<sup>74</sup>. In tal senso, quindi, anche i soggetti che utilizzano tali algoritmi, se non ne sono i programmatori, potrebbero non conoscere affatto le logiche alla base degli stessi, e dunque non comprendere fino in fondo gli effetti della loro applicazione. Il regolamento europeo prevede un apposito obbligo di informazione sulla logica alla base della profilazione ma, ancora una volta, rischia di non rivelarsi efficace, spesso perché per gli stessi programmatori è difficile darne conto, specialmente nei casi in cui l’intelligenza artificiale è in grado di crescere e apprendere autonomamente, appropriandosi dei dati stessi (che diventano parte integrante dell’algoritmo<sup>75</sup>). «La moderna *data protection*, infatti, sembra non prendere direttamente in considerazione questo rapporto nella sua totalità, fermandosi alla disciplina della raccolta e del trattamento dei dati [...]. Ma *quid iuris* nel caso in cui i dati fuoriusciti dalla sfera di dominio dell’individuo, continuino a essere utilizzati al di fuori del contesto nel quale erano stati forniti o si trasformino addirittura in tanti ulteriori *layer* di una rete neurale usata da un algoritmo di intelligenza artificiale?»<sup>76</sup>.

Se il ricorso alla *privacy* e alla *data protection* mostra delle criticità, nonostante i recenti sviluppi soprattutto in ambito europeo, limiti ancora maggiori evidenzia la tutela offerta dal diritto antidiscrimi-

<sup>73</sup> Nel rapporto su «*Algorithms in decision-making*» pubblicato il 23 maggio 2018, il Comitato «Scienza e tecnologia» della Camera dei Comuni inglese ha opportunamente ricordato che la tecnologia deve essere utilizzata per migliorare la qualità dei servizi pubblici e guidare l’innovazione, in particolare in settori come i trasporti e la sanità. Alla base di tutti vi sono i dati, soprattutto quelli in mano al settore pubblico, sui quali operano algoritmi che non sono affatto la formula magica che produce automaticamente benefici in assenza di un quadro accurato di regole, anche di carattere etico. In sostanza, il rapporto evidenzia che l’applicazione degli algoritmi, al pari di ogni decisione umana, può essere condizionata da errori che comportano esiti imprevedibili e talora discriminatori, soprattutto nei confronti di determinate categorie sociali, se il loro funzionamento non è corretto oppure viene alterato. Per evitare tale rischio, il Parlamento invita il governo ad affidare al «*Centre for Data Ethics and Innovation*», organismo consultivo che sta per essere creato, previsto dalla legge di bilancio dello scorso anno, il compito di verificare il funzionamento degli algoritmi. Il che significa controllare e garantire la qualità dei dati sui quali gli stessi si basano assicurandosi che i loro sviluppatori siano in grado di spiegare come funzionano. Tali meccanismi dovrebbero infatti essere pubblicati e conoscibili a tutti, nel momento in cui incidono sui diritti e la libertà dei cittadini. Il Rapporto è consultabile all’indirizzo: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmsctech/351/351.pdf> (ultima consultazione 23/04/2019).

<sup>74</sup> Cfr., F. PASQUALE, *The Black Box Society*, op. cit.; Cfr. anche, sempre in tema di *big data* e concorrenza, F. DI PORTO (a cura di), *Big data e concorrenza*, in *Mercato e concorrenza*, 23, 2016, 5-14.

<sup>75</sup> Si veda, fra gli altri, R. PISELLI, *La protezione dei dati personali al tempo degli algoritmi intelligenti e dei robot umanoidi*, in *LLR*, 2, 2017, 197. L’Autore parla di un vero e proprio processo di “appropriazione” e “rielaborazione” dell’informazione da parte della macchina, divenendo quell’informazione (o un frammento di essa) parte integrante dell’algoritmo stesso. «La relazione che si instaura tra dati e algoritmo è bidirezionale. Da un lato, l’algoritmo processa e interpreta i dati che compongono l’informazione, dall’altro, l’informazione fa evolvere l’algoritmo, diventando essa stessa componente dell’algoritmo».

<sup>76</sup> *Idem*, cit. 197-198.

torio. La profilazione e le decisioni automatizzate basate sui *big data* pongono problemi ancor più difficilmente risolvibili facendo ricorso agli schemi classici della tutela antidiscriminatoria: sebbene, rispetto al modello americano, il quadro europeo offra un più ampio elenco di fattori “protetti”<sup>77</sup> e di misure proattive per il contrasto alla discriminazione, permangono le medesime criticità che derivano soprattutto dalla mancanza di un soggetto umano (c.d. *bad actor*) che, esplicitamente o implicitamente, discrimina un certo individuo o gruppo e dall’attenuazione del nesso causale tra il risultato discriminatorio e la caratteristica “protetta” che determina la disparità di trattamento. Mentre è piuttosto evidente come la fiducia nella neutralità e nella razionalità matematica dell’algoritmo offuschi la possibilità che esso possa cadere in errore e che, elaborando dati intrisi di pregiudizio e stereotipi, riproduca e perpetui la discriminazione e la segregazione nei confronti di certi gruppi sociali, meno immediato è invece il fatto che la “normalità” – che rappresenta l’implicito fondamento della categorizzazione delle differenze rilevanti ai fini della tutela antidiscriminatoria – non sia più definita dalle norme sociali, morali o giuridiche bensì dalle correlazioni statistiche dei dati. Pertanto anche intervenendo sulle istruzioni di funzionamento dell’algoritmo, ordinandogli di non tenere conto della «razza» o del «sesso» o dell’«orientamento sessuale» delle persone, non è possibile escludere che aggregando e processando dati e frammenti dati, le correlazioni statistiche alla base del suo funzionamento non lo conducano a risultati comunque discriminatori sulla base di quei fattori. Tuttavia, nel momento in cui si esclude formalmente che l’algoritmo abbia tenuto conto di quei dati sensibili per giungere alla sua decisione, di fatto si depotenzia il rimedio antidiscriminatorio perché si cancella o comunque si attenua il nesso causale tra l’ingiusto trattamento e la caratteristica “protetta”. Come si può dopo sostenere di essere stati discriminati sulla base della razza se si dimostra che l’algoritmo è stato programmato per non tenere conto proprio della razza? Per esempio, negli Stati Uniti l’*Home Mortgage Disclosure Act* (HMDA) impone alle banche di divulgare i dati sulla «razza» nelle decisioni di concessione o rifiuto dei mutui per l’acquisto della casa per scongiurare una discriminazione algoritmica a danno della popolazione di colore. Uno studio ha tuttavia dimostrato che, nonostante l’approccio *color blind* imposto dalla pubblica amministrazione, le persone nere e ispaniche risultano essere escluse dai prestiti tre volte di più delle persone bianche; similmente, anche coloro che chiedono un mutuo per l’acquisto di proprietà situate in aree ad alta concentrazione di neri e ispanici hanno una maggiore probabilità di vedersi rifiutato il prestito<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> Bisogna tuttavia segnalare come anche nel quadro antidiscriminatorio europeo vi siano lacune significative per esempio con riferimento alla tutela dell’identità di genere, dell’espressione di genere e delle caratteristiche sessuali (c.d. SOGIESC – *Sexual orientation, gender identity and expression, sexual characteristics*). La disciplina del GDPR non fa eccezione: mentre tra i fattori “protetti” sono inseriti l’orientamento sessuale e la vita sessuale (art. 9, comma primo), non vi è alcun accenno all’identità di genere. Questo rappresenta un grosso limite considerando quanto incidono nella profilazione dell’individuo questo genere di informazioni. Un’interpretazione estensiva delle nozioni di «dato genetico» e «dato biometrico» potrebbe essere quindi la sola soluzione per tamponare tale lacuna, anche alla luce del fatto che l’interpretazione estensiva della categoria «sesso», tradizionalmente usata dalle Corti per tutelare anche le persone transessuali e intersessuali, sembrerebbe limitata dal fatto che tale caratteristica non è stata inserita tra i «*sensitive grounds*» ai sensi del GDPR.

<sup>78</sup> Cfr., per esempio, A.H. MUNNEL, G.M.B. TOONELL, L.E. BROWNE, J. MCENEANEY, *Mortgage lending in Boston: interpreting HDMA data*, in *The American Economic Review*, 1, 1996, 25-53.

Sebbene le soluzioni proposte da autori come Frank Pasquale, il quale invoca l'apertura della scatola nera degli algoritmi in nome della piena trasparenza<sup>79</sup>, abbiano un certo grado di persuasività, se non altro per il fatto che impongono sin dalla progettazione dell'algoritmo di tenere in considerazione gli effetti discriminatori che possono derivarne, non convincono del tutto. Infatti, se il problema della discriminazione algoritmica risiedesse soltanto nel modo in cui un algoritmo viene progettato e può essere manipolato, allora aprire la scatola nera, garantendo la totale trasparenza dei codici e delle istruzioni che lo fanno funzionare, sarebbe indubbiamente la risposta al problema. Tuttavia, se, come è, il problema della discriminazione algoritmica risiede non tanto nel modo in cui è stato progettato ma nel modo in cui esso replica la discriminazione del mondo reale attraverso i dati che utilizza, allora la c.d. *transparency by design* non è sufficiente, anzi può diventare un ostacolo in più per l'applicazione del diritto antidiscriminatorio poiché attenua (se non addirittura elimina) il nesso causale tra risultato discriminatorio e caratteristiche "protette". Cosicché «revealing the facially neutral algorithm may help defend that algorithm from accusations of discrimination»<sup>80</sup>. È necessario, allora, concentrarsi sulla trasparenza degli *input* ed *output* dell'algoritmo, ovvero sulla qualità dei dati in ingresso e dei risultati in uscita. Focalizzarsi su questi elementi, piuttosto che sul modo in cui l'algoritmo opera, diventa particolarmente utile soprattutto quando i meccanismi computazionali e il ragionamento artificiale diventano sempre più complessi, talvolta incomprensibili anche per i progettatori stessi.

Una proposta di riabilitazione della tutela antidiscriminatoria di fronte alle sfide dell'intelligenza artificiale potrebbe allora essere quella di sviluppare un «algorithmic affirmative action»<sup>81</sup>, ovvero sia un piano di pratiche e azioni proattive «not to focus on identifying the *how* of discrimination, but on working on to correct it, *regardless of its source*»<sup>82</sup>. Lo scopo deve essere quello di correggere gli effetti discriminatori che derivano da una realtà sociale e culturale intrinsecamente discriminatoria, anziché concentrarsi su come evitare che gli algoritmi discriminino, perché tanto lo faranno e più si cercherà di renderli "neutrali", più diventerà difficile coglierne gli effetti perpetuativi delle diverse forme di razzismo. «The counterintuitive result of affirmative action is that the decisionmaker must take race and gender into account in order to ensure the fairness of the result. This is what struck Chief Justice John Roberts as implausible: "The way to stop discrimination on the basis of race is to stop discriminating on the basis of race". The obvious remedy to the problem of manipulations of algorithms that produce racist or sexist outcomes would seem to be to mandate race or gender neutrality. In reality, however, even while neutrality is certainly better than hard-coded racism or sexism, racial or sex neutrality would in fact perpetuate the problem of algorithmic replication of existing racism. Justice Sonia Sotomayor responded sharply to Chief Justice Roberts' claim in a recent opinion: "The way to stop discrimination on the basis of race is to speak openly and candidly on the subject of race, and to apply the Constitution with eyes open to the unfortunate effects of centuries of racial discrimination"»<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge - Londra, 2015.

<sup>80</sup> A. CHANDER, *The Racist Algorithm?*, in *Michigan L. Rev.*, 115, 2017, 1040.

<sup>81</sup> *Idem*, 1041.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

È pertanto indispensabile, per riabilitare i rimedi antidiscriminatori, prevedere azioni positive volte a riconoscere la “discriminazione virale” che risiede nei dati, quegli stessi dati utilizzati dalle intelligenze artificiali per prendere le loro decisioni. Allora, piuttosto che richiedere l’accesso alla scatola nera degli algoritmi, bisogna richiedere l’accesso ai dati in entrata da un lato, per avere la possibilità di verificarli e di correggerli qualora siano imparziali, non rappresentativi o inaccurati e ai dati in uscita dall’altro, per identificare e bloccare l’eventuale discriminazione indiretta. In questo modo, come suggerisce Frank Pasquale, «[e]ven if algorithms at the heart of these processes “transcend all understanding”, we can inspect the inputs (data) that go into them, restrict the contexts in which they are used, and demand outputs that avoid disparate impacts»<sup>84</sup>.

Allo stato attuale, pertanto, il diritto antidiscriminatorio rischia di non superare le sfide prospettate dall’avvento dei *big data* e del *decision-making* algoritmico e su questo fronte il GDPR non aggiunge nulla agli strumenti di tutela tradizionali. I corpi elettronici – i nostri *alter ego* virtuali ricostruiti dall’infinita quantità di dati che ci lasciamo dietro quotidianamente – sono, nello spazio digitale, nudi e sforniti di tutela contro le discriminazioni, nonostante siano sempre più protagonisti delle scelte e delle decisioni che poi si ripercuotono sui diritti fondamentali dei loro proprietari in carne ed ossa, i quali finiscono per subire sommessamente la “verità della macchina” senza sapere nemmeno il perché.

---

<sup>84</sup> F. PASQUALE, *Bittersweet Mysteries of Machine Learning (A Provocation)*, in *London Sch. Econ. & Pol. Sci.: Media Pol’y Project Blog*, 5 febbraio 2016, consultabile all’indirizzo web: <http://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2016/02/05/bittersweet-mysteries-of-machine-learning-a-provocation/> [<https://perma.cc/XSS9-2D58>] ((ultima consultazione 23/04/2019).



# Copyright of artificial intelligence autonomous production: some reflections around the concepts of mind and intelligence

*Sthéfano Bruno Santos Divino, Rodrigo Almeida Magalhães\**

**ABSTRACT:** The research problem of the present article consists of two questions: can an Artificial Intelligence (IA) be considered an author? Who owns the copyrighted material produced by IA? The first topic gives a brief deductive and theoretical approach to the ontology of mind and artificial intelligence. Subsequently, the compatibility between these guidelines for the legal concept of author contained in some Copyright Laws. In the end, it is proposed the ontological impossibility of an AI holds intellectual property rights, even if derived from autonomous acts, attributing them to its programmer/creator.

**KEYWORDS:** Artificial intelligence; copyright; intellectual property

**SUMMARY:** 1. Introduction – 2. Brief considerations on mind's ontology – 3. "can the digital computer, as it has been defined, think?" – 4. AI considerations: brave new rights in the law by the technology – 5. Final considerations.

## 1. Introduction

**A**rtificial Intelligence (AI)<sup>1</sup>, one of the fruits of the scientific-technological advance, provokes unprecedented practical and legal debates. On April 5, 2016, a group of museums and research institutions in the Netherlands, together Microsoft, unveiled a painting called *The Next Rembrandt*. It is not a discovery of production from renowned painter Rembrandt Harmenszoon van Rijn, but an artwork reproduced by an AI, inspired by the works of the Dutch author.

To perform this work, artificial intelligence's responsible for the reproduction of *The Next Rembrandt* used the machine learning and deep learning methods. The first is understood as the ability to accumulate own experiences of repeated tasks using an algorithm to extract learning<sup>2</sup>. In the second (an

---

\* *Sthéfano Bruno Santos Divino: professor of Civil law, Universidade Federal de Lavras - UFLA. E-mail: [sthefanoadv@hotmail.com](mailto:sthefanoadv@hotmail.com); Rodrigo Almeida Magalhães: professor of Civil law, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG and Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC MG. E-mail: [amagalhaes@ig.com.br](mailto:amagalhaes@ig.com.br). The article was subject to a double-blind peer review process.*

<sup>1</sup> «We define AI as the study of agents that receive percepts from the environment and perform actions. Each such agent implements a function that maps percept sequences to actions, and we cover different ways to represent these functions, such as reactive agents, real-time planners, and decision-theoretic systems», S. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence. A Modern Approach*, Edimburgo, 2014, VIII.

<sup>2</sup> D. GOLDBERG, J. HOLLAND, *Genetic algorithms and machine learning*, in *Machine learning*, 3, 1988, 95-99.

extension of the first) computer scientists describe it as a process analogous to human brain functioning. Here, AI contextualizes real situations for transcend their initial programming<sup>3</sup>.

The initial task of AI consisted in examining all Rembrandt's work, pixel by pixel. AI used a range of 3D digitized materials and high-resolution digital files provided by the team involved. This primary examination was enhanced by deep learning algorithms to maximize the resolution and quality of the works. In total there were almost 150 gigabytes of rendered data.

Then, AI dissected Rembrandt's work on statistical data. Of the 346 works analyzed, a large number of self-portraits painted by the author were found. Of these, about 51% were men and 49% women. With these primary data, AI was able to determine Rembrandt's physiognomy parameters, from the facial design and colors to light and shadows. In approximately 500 hours of geometric analysis and composition of paint materials, AI was able to master Rembrandt's style, making possible a precise replication of depth and texture, shadows and light, contours and dimensions, to reproduce a work with the data and experiences inserted and acquired by the machine and deep learning.

However, this case is not unique in AI world. Mark Riedl and some scientists at the Georgia Institute of Technology have developed an AI called Scheherazade. With an extensive pre-reading of content addressing bank robberies and nightly movie encounters, Scheherazade can produce science fiction stories in short excerpts.<sup>4</sup>

Another example is The Obvious group. Composed by three French students, Hugo Caselles-Dupré, Pierre Fautrel and Gauthier Vernier, in order to "expand and democratize" AI through art, used the open source code written by Robbie Barrat, a 19-year-old programmer which publishes its algorithms in GitHub, to program an AI capable of producing artistic pictures similar to The Next Rembrandt. The Obvious group's AI analyzed some 15,000 works of art produced between the 14th and 20th centuries to create a collection of eleven paintings, including Edmond de Belamy, sold for \$ 432,500.

The main question is the Obvious group did not credit Barrat. Without Barrat's works, the results would not be the same. The members of Obvious didn't denied that they appropriated and used Barrat's algorithm. But until shortly before the sale of the work they even published this fact. Barrat was not at all pleased with what happened. He said on his Twitter:

«I had no idea what you were doing with it - "democratized" sounds like you were doing some open source project. Conveniently cutting out the part where I ask you to credit a few weeks later after I see you posting the images for the first time for sale»<sup>5</sup>.

The Obvious group felt compelled to credit Barrat because the hacker community attacked their Twitter with offenses. Moreover, when asked about the copyright of the pieces produced by its AI, the Obvious group said:

«We believe that the legal framework is not ready yet and that the technology is not advanced enough to grant the authorship of an artwork to a virtual person. An AI doesn't have an intention and

<sup>3</sup> P. ČERKA; J. GRIGIENĚ; G. SIRBIKYTĚ, *Liability for damages caused by Artificial Intelligence*, *Computer Law & Security Review*, 3, 2015, 376-389.

<sup>4</sup> D. HEAVEN, *Told by a robot: fiction by storytelling computers*. *New Scientist*. Oct. 2014, in: <<https://www.newscientist.com/article/dn26377-told-by-a-robot-fiction-by-storytelling-computers/>> (last visited 25/05/2019).

<sup>5</sup> <https://twitter.com/DrBeef/status/1055360024548012033> (last visited 25/05/2019).

is far from having one, as opposed to what we tend to see in science-fiction. We believe that the authorship should go to the entity holding the artistic approach»<sup>6</sup>.

So far, there is no administrative or judicial process requiring the copyright of any of the works produced by AI's (The Next Rembrandt and Edmond de Belamy). But who titles it? Here the research problem of the present article: can an Artificial Intelligence (AI) be considered an author? Who owns the copyright of material produced by AI? The first topic gives a brief deductive and theoretical approach to the ontology of mind and artificial intelligence. Subsequently, these guidelines are compatible with the legal concept of author contained in some Copyright laws. In the end, it is proposed the ontological impossibility of an AI holds intellectual property rights, even if derived from autonomous acts, attributing them to its programmer/creator.

## 2. Brief considerations on mind's ontology

In The relation between mind and body begins in the Cartesian conception at a historical moment of profound changes affected by physics and astronomy<sup>7</sup>. Substantial dualism erupts in this scenario by proposing mind and body as ontologically distinct substances. Here, substance is something material or immaterial that exists in such a way that it only needs its own to exist, containing a main attribute: that of the soul is thought, and that of the body is the extension<sup>8</sup>. This dual relation would be equivalent to the metaphysical comparison of a bridge connecting the subject and God<sup>9</sup>.

In the description of the rational soul in Cartesian thought, distinctly from other substances, the soul is unable to be abstracted from the power of matter, not merely being hosted in the human body, as a pilot on its ship, but necessarily subject to the bond and union to he, to have feelings and appetites similar to those of the human being, thus characterizing himself as a true man<sup>10</sup>. The existence of vital spirits, expressed in the soul residing in the pineal gland of being, is deduced in Cartesian metaphysics. Here, there is the soul-body interaction. Inspired in the total and constant quantity of the motion of the universe discovered in the physics and astronomy of the time, Descartes presupposes that the soul could not affect the body, but only the direction in which the vital spirits move and indirectly the direction of other body parts<sup>11</sup>.

The Cartesian assumptions, however, did not persist. With the discovery of the conservation of the linear movement translated in the ratio that the total amount of movement in the world in any given direction is constant, Geulincx, Malebranche and Spinoza abandoned the Cartesian passage<sup>12</sup>. By seeing matter as something that can only be intelligible – if it can – by an inference from what is known about that spirit, Descartes declines in subjectivism, and does not provide an adequate response to mind-body relationship. So far, there is no guarantee and proof of the assumption that the pineal

<sup>6</sup> <http://www.clotmag.com/insight-obvious-digital-objects-and-the-first-ai-generated-artwork-auctioned-by-christies> (last visited 25/05/2019).

<sup>7</sup> B. RUSSELL, *História da Filosofia Ocidental: a filosofia moderna*, 1, Rio de Janeiro, 2015, 91.

<sup>8</sup> R. DESCARTES, *Princípios da filosofia*, Lisboa, 2004, 46.

<sup>9</sup> J. COTTINGHAM, *Descartes: a filosofia da mente de Descartes*, São Paulo, 1999, 33. DESCARTES, *Princípios da filosofia*, Lisboa, 2004, 45.

<sup>10</sup> R. DESCARTES, *Discurso do método*, São Paulo, 2001, 6.

<sup>11</sup> B. RUSSELL, *op. cit.*, 95.

<sup>12</sup> B. RUSSELL, *op. cit.*, 95.

gland is the ultimate essence of the mind. Descartes still completes with the metaphysical hypothesis of the possibility of bodies without souls, while ontologically distinct substances.<sup>13</sup> However, the substantial dualism does not solve the problem of how a non-physical substance can influence something physical.

Cottingham<sup>14</sup> disputes the substantial Cartesian dual perspective under the argument of the impossibility of the phatic existence of a mind analogous to a brain, just as apparently it is not possible to have digestion without stomach. Although distinct and can be separated conceptually, they remain strictly related<sup>15</sup>. Ryle (2009), in the same guideline, but with divergent argumentation, metaphorizes the substantial Cartesian dual theory as the dogma of the Ghost in the Machine<sup>16</sup>. In his theory, the body is equivalent to a machine and the soul is equivalent to a phantom capable of controlling it. Both existence and ontology are distinct and independent. Ryle's criticism of Descartes is concerned with the Cartesian conceptual confusion between mind-body, arising from the mixture of Cartesian skepticism and its bases of Aristotelian philosophy and Christian philosophy together with the development of contemporary science and the scholastic philosophy assimilated in La Flèche<sup>17</sup>. The hypothesis apparently more acceptable as true in the contemporary scientific field is to describe the mind as a biological product, a minority position in the field of analytic and mind's philosophy. Among its supporters are Thomas Nagel and John Searle.

Nagel<sup>18</sup> defends a kind of dual aspect theory: «If points of view are irreducible features of reality, there is no obvious reason why they should not belong to things that have weight, occupy space, and are composed of cells and, ultimately, of atoms». Nagel, describing mind-body, does not treat them as two ontologically distinct substances, but a single one; nonphysical property of the brain. In order to arrive at this particular theoretical insertion, Nagel<sup>19</sup> states that there are things about the world, about life and about ourselves that cannot be adequately understood from a point of view of maxi-

<sup>13</sup> J. COTTINGHAM, *op. cit.*, 35.

Russell notes that St. Agostinho defended something similar to Descartes's ideal. The subjectivist stance of St. Agostinho allowed him to anticipate the Kantian theory of time and the Cartesian cogito. B. Russell, *História da Filosofia Ocidental: a filosofia moderna*, vol. 3, Rio de Janeiro, 2015. In some passages in the St. Agostinho's Soliloques, this position is clearly seen. «... we are composed of two parts, that is, of soul and body, of which the first part - the soul - is better, and the worst part is the body [...] Is it evident to each one of you that we are composed of soul and body?». S. Agostinho, *Solilóquios e a vida feliz*, São Paulo, 1998, 42-124.

<sup>14</sup> J. COTTINGHAM, *op. cit.*, 3.

<sup>15</sup> J. COTTINGHAM, *op. cit.*, 35.

<sup>16</sup> «Such in outline is the official theory. I shall often speak of it, with deliberate abusiveness, as 'the dogma of the Ghost in the Machine [...] My destructive purpose is to show that a family of radical category mistakes is the source of the double-life theory. The representation of a person as a ghost mysteriously ensconced in a machine derives from this argument», G. RYLE, *The concept of mind*, London, 2009, 5 e 8.

<sup>17</sup> «The differences between the physical and the mental were thus represented as differences inside the common framework of the categories of 'thing', 'stuff', 'attribute', 'state', 'process', 'change', 'cause' and 'effect'. Minds are things, but different sorts of things from bodies; mental processes are causes and effects, but different sorts of causes and effects from bodily movements. And so on. Somewhat as the foreigner expected the University to be an extra edifice, rather like a college but also considerably different, so the repudiators of mechanism represented minds as extra centers of causal processes, rather like machines but also considerably different from them. Their theory was a para-mechanical hypothesis». G. RYLE, *op. cit.*, 8-9.

<sup>18</sup> T. NAGEL, *Visão a partir de lugar nenhum*, São Paulo, 2004, 46.

<sup>19</sup> T. NAGEL, *op. cit.*, 8.

mum objectivity, because this would lead to false reductions or the categorical denial of the existence of phenomena whose reality is obvious. This means that there is an irreducibly subjective character in conscious mental processes. Whatever their objective connections with the functioning of the brain, a priori theoretical assumptions would be impossible for objective description by physics, since the subjectivity of consciousness is irreducible characteristic of reality. Without this, neither physics nor anything would be possible, and it should occupy a place as fundamental as matter, energy, space, time and numbers.

The main problem in the Nagel's theory is that he postulates an additional non-physical substance without explaining how it supports subjective mental states while the brain does not. Thus, postulating such a substance does not render intelligible how it can be subject to mental states. Moreover, if he can find a place in the world for mental states associating them with a non-physical substance, there is as yet no reason to think that one cannot find a place for them in anything other than physical properties.

This statement can be directed to the indefinite character of the mental processes raised by Wittgenstein<sup>20</sup>. To assume the irreducible subjectivity of the mental to make it seem radically independent of all the rest, rejecting psychophysical reductionism, force us to deny any necessary connection between the mental and the physical<sup>21</sup>. But reduction is not the only mechanism of attachment. Some things that can give the impression that the mental is independent are illusory. Nagel lists two problems: the first reveals the attribution, to entities and mental events, of properties that are not entangled by mental concepts. The second refers to the properties seems like incompatible with the mental concepts.

Nagel then says: mental concepts, like all others, have their own form of objectivity, which allows them to be applied in the same way by different people in different situations, different subjects. This is because mental phenomena belong to the world, and a subject or mental state can be identified from different positions in the world. Although subjective, they are in the objective order. Mental concepts, therefore, directly describe the subjective aspect of objectively observable circumstances. Although Nagel describe mental states as non-physical properties of the brain, he is not a reductionist physicalist. His vision of mental objectivity still contains indispensable traits of subjectivity<sup>22</sup>. For Nagel, the experiences are inside our mind with a kind of inwardness. This is different from the way your brain is inside your head.

---

<sup>20</sup> «How do we come to the philosophical problem of psychic processes and states and behaviorism? - The first step is totally imperceptible. We speak of processes and states, and leave their nature indefinite! Maybe someday we'll know more about her - we weigh. But it is precisely because we think that we are committed to a certain way of considering things. It is that we have a certain concept of what it means: to know a process more closely. (the decisive step in the trick of the conjurer is given, and he rightly seemed innocent to us.) - and now the comparison that should make our thoughts understandable to us collapses. Therefore, we have to deny the process not yet understood of the medium not yet explored. And in this way we seem to have denied the spiritual processes. And of course we do not want to deny them», L. WITTGENSTEIN, *Investigações filosóficas*, Petrópolis, 2014, 141.

<sup>21</sup> T. NAGEL, *op. cit.*, 47-48.

<sup>22</sup> «Physicalism is the doctrine that everything that exists in the spacetime world is a physical thing, and that every property of a physical thing is either a physical property or a property that is related in some intimate way to its physical nature. Stated this way, the doctrine is an ontological claim, but it has important

Thus, mind can be a biological product, property of the brain with subjective characteristic. A position that the world simply is not the world that reveals itself to a single highly abstract point of view, since reality is not just objective reality, and any objective conception of reality must include recognition and its own incompleteness. This position is not the major opinion. We have another side: the functionalism and the biological naturalism.

The first one was inspired in Turing's essay *Computing Machinery and Intelligence*<sup>23</sup>. The theory of functionalism says: a mental state is any intermediate causal condition between input and output. Under functionalist theory, any two systems with isomorphic causal processes would have the same mental states. Therefore, a computer program could have the same mental states as a person. Of course, we have not yet said what *isomorphic* really means, but the assumption is that there is some level of abstraction below which the specific implementation does not matter<sup>24</sup>.

Here, mental states are in fact functional states, but not of any kind. They are, rather, logical states of a computer and so are intrinsic states, at least at the level of computer program description. In this philosophical conception, the mind is a kind of software, which is being executed on hardware represented by the brain<sup>25</sup>.

Just as Nagel's theory lacks sufficient response<sup>26</sup>, functionalism also fails to prove that the mind is not biological. Assuming that this may be the possible truth, we will consider the mind as a biological product. This first approach in philosophy of mind serves to introduce the questioning if machines can think. If they can be holders of intellectual materials. Or, in the most verifiable hypothesis, only instruments used to do so<sup>27</sup>.

---

epistemological and methodological corollaries»". J. KIM, *Physicalism*, in R. WILSON, F. KEIL (ed.), *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences*, Cambridge, 1999, 645-647.

<sup>23</sup> A. M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind*, 236, 1950, 433-460.

<sup>24</sup> S. RUSSELL, P. NORVIG, *op. cit.*, 1029.

<sup>25</sup> «Among the authors who support this axis, Dennett is relevant to this argument. Dennett postulates that beliefs, desires, pains, mental images, experiences - as commonly understood - are not good theoretical entities. For him it is not easy to convince someone that pain or belief does not exist, and reinforces I am denying that any entity could have the features of a pain or thought, so much the worse for the ontological status of such things. Dennett assumes that if the entity is conscious, the act of being that entity exists; if not, no. The act of being an entity that instantiates in a flowchart depends on a certain type of functional organization». D. DENNETT, *Brainstorms*, Cambridge, 1981, XX. Putnam also defended the functionalism until near 1970's: H. PUTNAM, *Reason, truth and history*, Cambridge, 1981, 49-50.

<sup>26</sup> «On Nagel's view, what is the relation between old-me and me the series-person? It may help to remember a mythical being: a phoenix. On the criterion of the identity of birds, a bird ceases to exist if it is burnt to ashes. If a phoenix existed, it would not be a particular bird. It would be a series of birds, or a series-bird. A phoenix would at any time have the body of a particular bird. But when this bird is burnt to ashes, only the bird ceases to exist. The phoenix comes to life again in the body of a new bird, rising from the ashes. Like a particular series-person, a particular phoenix would thus have a series of different bodies». D. PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford, 1984, 290-291.

<sup>27</sup> Levine's explanatory gap, inspired in Nagel essay what is like to be a bat, describes the relation between physical process and mental process. This explanatory gap has led some philosophers to conclude that humans are simply incapable of forming a proper understanding of their own consciousness. It's an elementary essay. J. LEVINE, *Materialism and qualia*, in *Pacific Philosophical Quarterly*, 64, 1983, 354.

### 3. “Can the digital computer, as it has been defined, think?”

Although J. Searle supports his theory of biological naturalism in a slightly different guideline from Nagel's dual aspect theory, they agree with the idealization of mind as a biological property of the brain. For Searle, mental states are features of the brain and have two levels of description - a higher level in mental terms and a lower level in physiological terms. Thus, four characteristics of mental phenomena make it impossible for the mind-body relationship to enter into a scientific conception of the world as made of material things. Consciousness is the first and most important of them. It is a real property of the brain that can cause things and their occurrence; a central fact of specifically human existence, without it all the other specifically human aspects of existence would be impossible.<sup>28</sup> Intention<sup>29</sup> (defined as the property of many states and mental events by which they are directed toward, or about, objects and states of affairs in the world<sup>30</sup>) is the second intractable feature of Mind. The difficulty of inserting the subjectivity of mental states in the objective conception of reality is the third characteristic. The fourth is that of mental causation. It's the pretense that all thoughts and feelings are really important to the way humans behave and that they actually have some causal effect on the physical world. Thus, the foundations of biological naturalism are consciousness, intentionality, subjectivity, and mental causation<sup>31</sup>.

As thoughts are about something, then the series or thought processes must have a meaning. Minds, therefore, are semantic. They transcend a formal structure. They have content. Otherwise, computers operate only in syntax. It is assumed that computer programs cannot have minds because they are only syntactic.

Searle exemplifies this with the Chinese room. Imagine there is someone closed in a room with baskets filled with Chinese symbols. A subject is initially unable to understand a word in Chinese, but is given a book containing rules in his native tongue to manipulate the symbols in the basket.

The specifications of the rules are purely formal manipulations of symbols in terms of their syntax rather than their semantics. It is assumed that the programming quality of humans and the subject's expertise in manipulating the symbols obeying the rules does not make it possible to learn Chinese. From the point of view of an outside observer, by virtue of the completion of a formal computer program, that person behaves exactly as if he understands Chinese. But he does not even understand a single word. If the subject does not understand Chinese, no other computer can understand it, because no digital computer has something that we do not have. It is assumed, therefore, that a computer has neither mind nor semantics, but simple syntax<sup>32</sup>.

The syntax, by itself, is incomplete in the semantics. Digital computers, as they are computers, there are no ways the system transcends syntax for semantics<sup>33</sup>. Causal interactions between the computer and the world are therefore irrelevant, unless these interactions are represented in some or other naturally biological mind. If all that consists in the so-called Mind is only a set of purely formal and

<sup>28</sup> J. SEARLE, *Mente, Cérebro e Ciência*, Lisboa, 2017, 21.

<sup>29</sup> G. ANSCOMBE, *Intention*, Cambridge, 2000.

<sup>30</sup> J. SEARLE, *Intencionalidade*, São Paulo, 2002, 1.

<sup>31</sup> J. SEARLE, *op. cit.*, 22-23.

<sup>32</sup> J. SEARLE, *op. cit.*, 42-43.

<sup>33</sup> J. SEARLE, *op. cit.*, 45.

syntactic operations, there is no possibility of it being so. It is worth emphasizing that the nature of this refutation is independent of any state or evolutionary stage of computer technology. It has to do with the just definition of digital computer, with what it is<sup>34</sup>. This attempt to explain the mind in a physical objectivity in analogy to computers was refuted by Nagel<sup>35</sup>.

We believe that current attempts to understand the mind by analogies with man-made computers, which can perform with excellence some of the same external tasks performed by sentient beings, will ultimately be recognized as a huge waste of time.

So, can a machine think? In a certain sense, we are machines. A machine is defined as a physical system capable of performing certain types of operations. So, humans are machines and they can think. Trivially, therefore, there are thinking machines. Searle reforms: Can an Artifact Think? Can a man-made machine think? It will depend on its type. In a hypothetical situation, if the machine had the same structure as a human, then it would be possible to presume thoughts to that machine.

The questioning is rephrased: can a digital computer think? It is described, from the mathematical point of view, as digital computer anything. A simple book, in turn, would describe itself as a digital computer. In this insight, the question also gets “yes” in its answer. For Searle, the precise question is: can the digital computer, as defined, think? The author denies. As designed, the computer program is just syntactic terms. The act of thinking transcends the simple question of manipulating symbols without meaning; significant semantic content. These semantic contents, to Searle, are what we indicate by meaning. The computational operation is simple simulation. No matter how advanced technology is, it will be unable to duplicate Mind, a natural part of the biological world and nature.

The difference between syntactic and semantic lies in the contextualization of meaning in a background. In the Searle guidelines, a digital computer, as designed, can understand the meaning and concept of photosynthesis; including simulating it, just like the digestive process, but he will never know what a photosynthesis or what digestion is. In other words, even if a digital computer simulates pain, apparently it does not understand the semantic meaning of pain. He cannot feel it, even reproduce, just simulate it. Therefore, an AI, although programmed in the guidelines of deep learning and machine learning, only simulates situations for which it was initially constructed, without understanding the real semantic meaning of its attitudes.

Thus, Searle says: 1) brains cause minds - the mental processes that make up the mind are caused by processes that occur within the brain; 2) Syntax isn't enough for semantics - here there is the articulation and distinction of what is purely formal and what has content; 3) computer programs are entirely defined by their formal or syntactic structure; 4) Minds have mental content; specifically, have semantic content.

The ontological discussion held so far is important. For Edsger Dijkstra the question of whether *Machines Can Think* is about as relevant as the question of whether *Submarines Can Swim*<sup>36</sup>. The main difference is: submarines don't have rights; AI may have it. As we are talking about copyright (or intellectual property), apparently, we cannot affirm the existence of intellectual property produced by

<sup>34</sup> J. SEARLE, *op. cit.*, 48.

<sup>35</sup> T. NAGEL, *op. cit.*, 21.

<sup>36</sup> E. DIJKSTRA, *The threats to computing science*, In *ACM South Central Regional Conference*, 1984. In: <https://www.cs.utexas.edu/users/EWD/transcriptions/EWD08xx/EWD898.html> (last visited 05/07/2019).

a being who has no intellect. The law protects the immaterial production of the subject capable of thinking and producing something immaterial (to materialize – or not – it later). If we start from the premise that an artificial entity produces a song or a story, can we say that this production came from its intellect? How can the law solve this situation?

#### 4. AI considerations: brave new rights in the law by the technology

When John McCarthy made the term *Artificial Intelligence*, the scientist said that even machines as simple as thermostats have beliefs. When asked by Searle *What beliefs does your thermostat have?* McCarthy replied, *Thermostat has three beliefs* «it's too hot here, it's too cold here and it's right here».<sup>37</sup> When asked what an AI is, McCarthy<sup>38</sup> says: «It is the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs. It is related to the similar task of using computers to understand human intelligence, but AI does not have to confine itself to methods that are biologically observable». McCarthy<sup>39</sup> also defines *intelligence* as «the computational part of the ability to achieve goals in the world. Varying kinds and degrees of intelligence occur in people, many animals and some machines». The author himself recognizes the current non-existence of a definition of intelligence that does not depend on its ontological relation and comparison to the human mind. In its guidelines anyone would attribute intelligence. There is no conceptual and philosophical conceptual precision in McCarthy's words, making them easily refuted under the above assumptions. Under these guidelines, there are two strands: Strong and Weak AI. According to Searle, weak AI, or cautious, tends only to simulate intentional phenomena and human cerebral causal power. Already the strong AI, intends to reproduce these phenomena in a similar way to the human brain operations. In the first case, the computer is only an intermediary instrument capable of performing functions of the mind; in the second case it is the mind itself<sup>40</sup>.

Hallevy describes five attributes that identify an AI: communicative ability; internal knowledge (of itself); external knowledge (about the world); goal driven behavior; and creativity<sup>41</sup>. Yanisky-Ravid and

<sup>37</sup> J. SEARLE, *op. cit.*, 34.

<sup>38</sup> «It is the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs. It is related to the similar task of using computers to understand human intelligence, but AI does not have to confine itself to methods that are biologically observable». J. MCCARTHY, *What Is Artificial Intelligence?* in <<http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf>> (last visited 25/05/2019).

<sup>39</sup> «Intelligence is the computational part of the ability to achieve goals in the world. Varying kinds and degrees of intelligence occur in people, many animals and some machines». J. MCCARTHY, *op. cit.*

<sup>40</sup> «I find it useful to distinguish what I will call "strong" AI from "weak" or "cautious" AI (Artificial Intelligence). According to weak AI, the principal value of the computer in the study of the mind is that it gives us a very powerful tool. For example, it enables us to formulate and test hypotheses in a more rigorous and precise fashion. But according to strong AI, the computer is not merely a tool in the study of the mind; rather, the appropriately programmed computer really is a mind, in the sense that computers given the right programs can be literally said to understand and have other cognitive states. In strong AI, because the programmed computer has cognitive states, the programs are not mere tools that enable us to test psychological explanations; rather, the programs are themselves the explanation». J. SEARLE, *Minds, brains, and programs*, in *Behavioral and Brain Sciences*, 3, 1980, 417-424.

<sup>41</sup> «There are five attributes that one would expect an intelligent entity to have. The first is communication. One can communicate with an intelligent entity. The easier it is to communicate with an entity, the more intel-

Velez-Hernandez list ten attributes to identify an AI: innovation; autonomy<sup>42</sup>; unpredictability; independence; rationality; increasing learning capacity; efficiency; precision; objectives; and free will ability to make choices<sup>43</sup>.

Calo, Froomkin and Kerr<sup>44</sup> distinguish the concept of robots from that of AI. Robots consist of (1) some sort of sensor or input mechanism, without which there can be no stimulus to react to; (2) some controlling algorithm or other system that will govern the responses to the sensed data, and (3) some ability to respond in a way that affects or at least is noticeable by the world outside the robot itself.

Richards and Smart<sup>45</sup> direct their concept to a non-biological agent, treating the robot as an autonomous agent coming from a constructed system capable of presenting physical and mental activity, but which is not alive in the strictly biological sense.

In the same sense, Yanisky-Ravid and Liu describes eight attributes inherent to it. The first is creativity, expressed in the capacity to create new products and processes and on the basis of significant improvement of existing things. The second is the unpredictable results. For the authors, AI should be constructed by an algorithm capable of incorporating random mutations that result in unpredictable choices to optimize the desired result. AI must also be independent and autonomous in its basic operation. As independence and autonomy, the authors agree on the idea of performing tasks by AI without a high degree of human interference. Moreover, AI has to be a rational intelligence<sup>46</sup>. The evolution through deep learning and machine learning is found as the fifth attribute. The ability to learn, collect, access, and communicate with data outside those included in the base and initial AI program is the sixth characteristic. Lastly, efficiency and precision, coupled with free will to choose and fulfill goals, characterize the seventh and eighth attributes<sup>47</sup>.

---

ligent the entity seems. One can communicate with a dog, but not about Einstein's theory of relativity. One can communicate with a little child about Einstein's theory, but it requires a discussion in terms that a child can comprehend. The second is internal knowledge. An intelligent entity is expected to have some knowledge about itself. The third is external knowledge. An intelligent entity is expected to know about the outside world, to learn about it, and utilize that information. The fourth is goal-driven behavior.<sup>14</sup> An intelligent entity is expected to take action in order to achieve its goals. The fifth is creativity. An intelligent entity is expected to have some degree of creativity»

<sup>42</sup> «It means that, within certain limits, machines ought to be able to take "decisions" autonomously and independent of external (e.g., remote) control on how to proceed with a given task should new conditions arise unexpectedly». N. KROES, *Robots and Other Cognitive Systems: Challenges and European Responses*, in *Philosophy & Technology*, 3, 2011, 357.

<sup>43</sup> «The AI systems of today can best be described as sharing a number of ten characteristics: they are (1) innovative, (2) autonomous, (3) unpredictable, (4) independent, (5) rational (intelligent) (6) evolving and capable of learning, (7) efficient, (8) accurate, (9) goal oriented, and (10) capable of processing free choice—all features that make these systems inherently intelligent (in this paper: the ten features)»

<sup>44</sup> R. CALO, A. M. FOOMKIN, I. KERR, *Robot Law*, United Kingdom, 2016, 1.

<sup>45</sup> N. RICHARDS, W. SMART, *How should the law think about robots?* in R. CALO, A. M. FOOMKIN, I. KERR, *op. cit.*, 11.

<sup>46</sup> «An "intelligent machine" means a rational system that perceives data from the outside world and decides which activities to engage in or avoid to maximize its probability of success in achieving a certain goal»: S. YANISKY-RAVID., X. LIU, *When artificial intelligence systems produce inventions: an alternative model for patent law at 3a era*, in *Cardozo Law Rev.*, 39, 2224-2227.

<sup>47</sup> S. YANISKY-RAVID., X. LIU, *op. cit.*, 2224-2227.

There are alternative definitions that incorporate the notion of weak AI in the concept of Technological Agency (TA). This would be «*a system situated within and a part of an environment that senses that environment and acts on it, over time, in pursuit of its own agenda and so as to effect what it senses in the future*»<sup>48</sup>. However, the characteristics attributed to TA are similar to those of AI, such as: autonomy, social skills, proactivity, interactivity, adaptability, mobility, temporal continuation and achievement of objectives<sup>49</sup>.

The subsequent analysis of the writings in which the elements and attributes of artificial intelligence described have been removed leads to the utopian conclusion of attributing to AI the ownership of intellectual property derived from works of its autonomous authorship, and even to attribute it criminal liability<sup>50</sup>.

These features allow AI systems to create and invent products and processes which would be worthy of patent protection if they had been developed by humans. Therefore, Human ownership over these AI creations is questionable. Once we understand the features of AI systems and that AI systems create outcomes independently, we realize that humans alone are not entitled to the rights to these products. Thus, traditional patent law is not applicable in the 3A era<sup>51</sup>.

Developing the concept of AI without greater philosophical rigors in the field of the philosophy of mind demonstrates a lack of knowledge about the subject. Although the theories of mind discussed here are supposedly false, the authors quoted simply ignore them as if they were nothing. That is, at the very least, intellectual ingenuity. The belief that an AI may be the object of rights and duties, such as copyright and criminal responsibility, is a reflection of a fictitious pretense that can only be built up to date in a literary and cinematic setting. Bringing this argument to the philosophical and juridical sphere only tends to increase the degree of complexity of relations arising from these spheres.

Fortunately, the few legal constructions that protect the intellectual production coming from the autonomous act of AI are opposing the ideals mentioned above. The UK legislation<sup>52</sup> on copyright, patents and design provides the following:

*«In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken».*

<sup>48</sup> S. FRANKLIN, A. GRAESSER, *Is it an agent, or just a program? A taxonomy for autonomous agents. Proceedings of the Third Intl Workshop on Agent Theory, Architectures, and Languages*, New York, 1996 (<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.52.1255&rep=rep1&type=pdf>, last visited 25/05/2019).

<sup>49</sup> L. FLORIDI, J. SANDERS, *On the morality of Artificial Agents*, in *Minds and Machines*, 3, 2004, 349-379.

<sup>50</sup> «The relevant question concerning the criminal liability of AI entities is: How can these entities fulfill the two requirements of criminal liability? This paper proposes the imposition of criminal liability on AI entities using three possible models of liability: The Perpetration-by-Another liability model; the Natural-Probable-Consequence liability model; and the Direct liability model. Following is an explanation of these three possible models». G. HALLEVY, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities - from Science Fiction to Legal Social Control*, in *Akron Intellectual Property Journal*, 2, 2010, 10.

<sup>51</sup> S. YANISKY-RAVID, X. LIU, *op. cit.*, 2228.

<sup>52</sup> UNITED KINGDOM, *Copyright, Designs and Patents Act*, 1988, in: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/part/I/chapter/I/crossheading/authorship-and-ownership-of-copyright?view=plain> (last visited 25/05/2019).

The U.S. also follow these guidelines. The National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works (CONTU), which was created to advise Congress on whether then-emerging technologies necessitated a change in copyright laws, concluded that computers were merely tools for facilitating human creativity.

In a similar position, the European Parliament's resolution of 16 February 2017, with recommendations to the Civil Law Commission on Robotics<sup>53</sup>, in its first paragraph, characterizes robot and artificial intelligence together as: «the acquisition of autonomy through sensors and/or by exchanging data with its environment (inter-connectivity) and the trading and analyzing of those data; self-learning from experience and by interaction (optional criterion); at least a minor physical support; the adaptation of its behavior and actions to the environment; and lack of life in the biological sense of the term».

From this legal incursion, robots cannot be held responsible for the actions or omissions that cause damage to third parties. A specific human agent, such as the manufacturer, the operator, the owner or the user, will be held responsible. The agent could have predicted and prevented harmful behavior from the robot. This position is summarized in product liability, since the latter entities may be considered strictly responsible for the actions or omissions of a robot<sup>54</sup>.

In the same sense, the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts recognizes the existence and validity of contractual legal relationships in which person and machine appear as parties, and does not the execution and the responsibility of the autonomous acts of the virtual entity. In addition, the legislator comments on and reinforces the justification for that position in Section 213:

*«Article 12 of the Electronic Communications Convention is an enabling provision and should not be misinterpreted as allowing for an automated message system or a computer to be made the subject of rights and obligations. Electronic communications that are generated automatically by message systems or computers without direct human intervention should be regarded as “originating” from the legal entity on behalf of which the message system or computer is operated. Questions relevant to agency that might arise in that context are to be settled under rules outside the Convention»<sup>55</sup>.*

Otherwise, this discussion is not new and the arguments are analogous to the above<sup>56</sup>. This is because if one takes pride in the defense of AI as an autonomous entity and subject of rights and duties, it can be used as a pillar tool for the practice of illicit activities. Moreover, there is no evidence that an AI, even if fully developed, understands the concept of authorship.

<sup>53</sup> EUROPEAN UNION, *Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL))*. 2017, in: [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005\\_EN.html?redirect](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html?redirect) (last visited 25/05/2019).

<sup>54</sup> EUROPEAN UNION, *op. cit.*

<sup>55</sup> Apparently the correct position conforms to the hypothesis that the operator of an AI is responsible for eventual results arising from its conduct, since AI does not express will and has no intentionality.

<sup>56</sup> T. BUTLER, *Can a computer be an author? Copyright aspects of Artificial Intelligence*, in *Hastings Comm. & Ent.L.J.*, 707, 1982. K. MILDE, *Can a Computer be an ‘Author’ or ‘Inventor’* *Journal of the Patent Office Society*, 6, 1969, 378-405.

Now, we will take a comparative look in the copyright law. The 1884 Supreme Court case of *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* first extended copyright protection to photography<sup>57</sup>. The camera used to capture the image of writer Oscar Wilde by photographer Napoleon Sarony was considered by the court as a tool which aided the *author* in *creating an original work of art*<sup>58</sup>. Thus, computer-generated creations that were deemed mechanical were not thought worthy of protection.

In this way, Yanisky-Ravid and Moorhead<sup>59</sup> try to distinguish between the rights of artificial intelligence software and the rights of works produced by automated ai systems and the rights of programmer. «Legally, the rights of an AI software program and the rights of artworks can be distinguished from one another. Software is usually protected not only by copyright laws, but also by the Constitution of the United States which grants exclusive rights to “Authors and Inventors” in their respective “Writings and Discoveries” However, the discourse about software ownership is distinct from the question of ownership of products (and services) produced by AI systems. One question that remains is whether the works produced by AI systems should or could be entitled to copyright protection. Can AI-generated works be regarded as proper “works of authorship” pursuant to § 102<sup>60</sup> of the Copyright Act by virtue of AI’s sufficient nexus to human creativity»<sup>61</sup>?

This is an important discussion. If AI was used only just a tool, why set him the copyright of the work? It doesn’t make sense. The distinction between programming the AI software itself and authoring the works the automated AI machine creates can be better understood by thinking about a piano and the author of the melodies created by using the piano. Imagine a melody that is created by Z playing a piano that was programmed and designed by A, manufactured by B, and owned by C. Is the piano (or the ownership of the piano) as the musical instrument, serving as the platform for the creation, relevant to the question of ownership of the melody<sup>62</sup>?

Besides that, the copyright law interpretation can be a problem. In the Brazilian Copyright code, the concept of author is strictly tied to the existence of a person<sup>63</sup>. There is no way of a legal entity of

<sup>57</sup> *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884).

<sup>58</sup> K. HRISTOV, *Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma*, *IDEA: The Journal of the Franklin Pierce Center for Intellectual Property*, 57-3, 2017, 431-454.

<sup>59</sup> S. YANISKY-RAVID, *Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era—The Human-Like Authors are Already Here—A New Model*, in *Mich. St. L. Rev.*, 659, 2017.

<sup>60</sup> «§102 · Subject matter of copyright: In general (a) Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. Works of authorship include the following categories: (1) literary works; (2) musical works, including any accompanying words; (3) dramatic works, including any accompanying music; (4) pantomimes and choreographic works; (5) pictorial, graphic, and sculptural works; (6) motion pictures and other audiovisual works; (7) sound recordings; and (8) architectural Works (b) In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work».

<sup>61</sup> S. YANISKY-RAVID, L. VELEZ-HERNANDEZ, *Copyrightability of Artworks Produced by Creative Robots and Originality: The Formality-Objective Model*, in *Minn. J.L. Sci. & Tech.*, 1, 2018.

<sup>62</sup> S. YANISKY-RAVID, *op. cit.*, 38.

<sup>63</sup> «Art. 11: Author is the person creator of literary, artistic or scientific work».

The same in the U.S. Copyright law. §901 - (6) the “owner” of a mask work is the person who created the mask work, the legal representative of that person if that person is deceased or under a legal incapacity, or a party to whom all the rights under this chapter of such person or representative are transferred in accordance with sec-

private law being an author. In the Australian law it's the same. Copyright Act 1968 (Australia) defines the author of a photograph as "the person who took the photograph". By being generated by a computer program, its originality was compromised and it could not have copyright. The author of a computer-generated work is the programmer or the final user.

We have two situations and two ways to go. The first is adopt the legal concept *stricto sensu* of author/authorship/originality. In this way, if the copyright law considers an author as a natural person, there is no way to set copyright to a machine. Here we have a legal limit to be an author: be a person.

The second one is the opposite. If the copyright law doesn't set the term "person" as an author, we could think have a machine as author. The German copyright law says "Art 7 "author is the creator of the work". It does not specify what is to be a person. Besides that, Art 11 declares that copyright "protects the author in his intellectual and personal relationships to the work".

If we choose the second option, we may have a problem. How can we set rights to a thing without personality/legal personhood? At least legal entities of private law have personality. Thus, a legislative change is needed to consider machines as a subject of law. But, is it viable? Under the philosophical and sociological approach this does not seem feasible. Attributing personality to an artificial entity can increase social complexity. Humans may use the machine's legal personhood for committing crimes. In this case people would not be held responsible, since the machine could be liable for his acts.

Therefore, materials produced by artificial intelligence cannot be copyrightable because they do not fit the legal concept of author. This is only a legal approach. Under the philosophical approach, because a machine does not think and cannot produce original content, it is unjustifiable to attribute copyright to it.

## 5. Conclusions

1) The analysis of the difference between man and machine is important for the concept of originality. If biological naturalism is right, machines cannot think. The mind is supposedly biological. As AI cannot synthesize or use semantics to produce authentic materials, it is understood that their production is the result of an automated process. In thesis, AI did not have a choice in whether or not to do so as it was designated for this.

2) Assuming that AI cannot produce original content, who owns the copyright of these products? AI is used as tool. to the materials produced by it is attributed ownership to the programmer or developer who made and made the artificial intelligence's algorithm. There are two things to consider.

2.1) When copyright law designates the author as a natural person, under no circumstances may we attribute ownership to an artificial entity. The concept of natural person has its connection to the biological aspect; *to be a person*.

---

tion 903(b); except that, in the case of a work made within the scope of a person's employment, the owner is the employer for whom the person created the mask work or a party to whom all the rights under this chapter of the employer are transferred in accordance with section 903(b)».

2.2) If the copyright law does not specify anything about the category of person, it is apparently possible to attribute copyright to the autonomous acts produced by AI. In this case (2.2) and in the previous (2.1) the analysis is focused on the linguistic aspect of copyright law. However, in this topic we find a problem: how can an intelligent entity artificially acquire rights without having legal personhood?

2.2.1) In order to respond to this questioning, it would be possible to create legal personality for AI, such as legal entity of private law.

2.2.2) This analysis would justify the attribution of copyright to an IA. But from the philosophical and sociological point of view, there are problems.

2.2.2.1) Under the philosophical view, considering that biological naturalism is correct, an entity without semantic ability has no aptitude to produce original content, perhaps personality (legal concept linked to the philosophical concept of person)

2.2.2.1) From a sociological point of view, the increase in contingencies may occur. As previously described, the use of machines with personality may be distorted to the illicit consent of humans, in order to avoid liability.

Therefore, although the law may do, under the philosophical focus of the mind, we understand that it is not feasible to attribute copyright to an AI, otherwise it will significantly increase social and legal contingencies.



## Bandi per medici non obiettori. Spunti per una riflessione su aborto e libertà di scelta

*Giacomo Viggiani\**

CALLS FOR NON-CONSCIENTIOUS DOCTORS. IDEAS FOR A REFLECTION ON THE ABORTION AND THE FREEDOM OF CHOICE

ABSTRACT: This paper aims at using a public call for non-objecting physicians as a springboard for a broader critical reflection on the way the topic of pregnancy termination is usually thought, that is, as a contrast between the self-determination of a pregnant woman, from a side, and the freedom of conscientious objection of the doctor, on the other. Secondly, it will illustrate how to think of the right to abortion as a mere potestative right for women is not without risks, because it could leave the pregnant woman “alone” to come to terms with her own freedom.

KEYWORDS: Abortion, pregnancy, autonomy, conscientious objection, gender equality

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il problema dell’obiezione di coscienza – 3. Un diritto di libertà? – 4. L’altra faccia della libertà – 5. Conclusioni: un diritto a essere lasciate (troppo) sole?

### 1. Introduzione

**N**el 2015 l’Azienda Ospedaliera San Camillo-Forlanini di Roma, di concerto con la Regione Lazio e il commissario *ad acta*<sup>1</sup>, ha deciso di bandire un concorso per l’assunzione di due dirigenti medici da assegnare «al settore Day Hospital e Day Surgery per l’applicazione della legge 194/1978»<sup>2</sup>. L’inserimento nel bando della clausola di destinazione è stata motivato con il fatto che il servizio indicato «rappresenta, in ambito regionale, il punto di offerta con i maggiori volumi (circa 2.400 interventi/anno su di un totale di 12.000 pari al 20%)» e tali da richiedere «almeno 8 ginecologi e 1 anestesista ogni giorno, dalle h. 7.30 alle h. 15.00». Una presenza che l’Azienda Ospedaliera non riusciva a garantire nonostante il ricorso ai ginecologi a contratto SUMAI, mettendo così a rischio la tempestività delle prestazioni assistenziali. Non si tratta, invero, del primo

\* *Ricercatore di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Brescia. Il presente prodotto della ricerca è stato realizzato grazie al contributo del progetto SAGE - Systemic Action for Gender Equality, finanziato dalla Commissione Europea all’interno Programma H2020-GERI-2015-1 (grant agreement No 710534). E-Mail: [giacomo.viggiani@unibs.it](mailto:giacomo.viggiani@unibs.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

<sup>1</sup> Decreto del Commissario *ad Acta* 8 giugno 2015, n. U00227, pubblicato in B.U.R. Lazio del 16 maggio 2015, n. 48.

<sup>2</sup> Pubblicato in B.U.R. Lazio del 24 novembre 2015, 94. La legge 22 maggio 1978, n. 194 disciplina, come è noto, l’interruzione volontaria della gravidanza, con la quale sono venuti a cadere i reati previsti dal titolo X del libro II del codice penale fino ad allora vigenti.

concorso specificatamente indirizzato a medici non obiettori<sup>3</sup>, né di una materia nuova al contenzioso giurisdizionale<sup>4</sup>, ma che anzi è quasi coeva agli albori della legge 22 maggio 1978, n. 194<sup>5</sup>; né la più acclarata dottrina<sup>6</sup> ha mancato, negli ultimi anni, di sviscerarne gli eventuali profili di illegittimità<sup>7</sup>. Così come non sono mancati tentativi – per lo più dichiarati illegittimi – di taluni amministratori locali di comprimere la libertà decisionale della donna riconosciuta dalla legge *de qua*, tra cui meriterebbe certamente menzione una deliberazione della Giunta regionale lombarda<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Il bando San Camillo-Forlanini si differenzia però per una particolarità degna di nota: mentre i concorsi precedenti contenevano un'esplicita riserva di posti per i medici non obiettori – talvolta motivo di censura da parte della magistratura –, quello romano si limita a dare un'indicazione della destinazione dei vincitori al servizio di interruzione della gravidanza. Indicazione da cui giocoforza sembrerebbe discendere, in ogni caso, la rinuncia dei candidati ad opzionare l'obiezione di coscienza, come requisito sia per partecipare alla selezione sia per la conservazione del posto di lavoro, una volta risultati vincitori.

<sup>4</sup> È d'uopo ricordare infatti Tribunale Amministrativo Regionale dell'Emilia-Romagna, sent. 13 dicembre 1982, n. 289 e Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sent. 2 agosto 2016, n. 8990, tra quelle a favore, e Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria, sent. 3 luglio 1980, n. 396 e Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sent. 3 maggio 1989, n. 78, tra quelle contrarie. Talvolta classificata dalla dottrina tra quelle contrarie anche la più recente Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, sent. 14 settembre 2010, n. 3477, ma erroneamente, poiché si configura piuttosto come l'eccezione che giustifica la regola. Poiché il bando di specie era relativo all'organico di alcuni Consulitori, i giudici pugliesi hanno ritenuto che la clausola espulsiva dei medici non obiettori fosse illegittima, stante che in tali centri non si pratica materialmente l'aborto, ma solo attività ad esso antecedenti o propedeutiche (a cui il medico sarebbe obbligato). Per un approfondimento sulla controversia pugliese, si rimanda a M.P. IADICICCO, *Obiezione di coscienza all'aborto ed attività consultoriali: per il t.a.r. puglia la presenza di medici obiettori nei consultori familiari è irrilevante, ma non del tutto*, in *Giur. cost.*, 2, 2011, 1995-2009. Sulla stessa linea interpretativa del TAR Puglia, anche S. ATTOLINO, *Obiezione di coscienza e interruzione volontaria della gravidanza: la prevalenza di un'interpretazione restrittiva*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 33, 2013, 1-15.

<sup>5</sup> Per una ricostruzione della vicenda che ha portato alla promulgazione della legge, si veda L. PERINI, *Dal caso Pierobon alla legge 194/1978, un Affaire dell'Italia repubblicana (1973-1981)*, in *Società Donne & Storia*, 6, 2012. Per un bilancio applicativo, si veda invece il contributo di I. PELLIZZONE, *Obiezione di coscienza nella legge 194 del 1978: considerazioni di diritto costituzionale a quarant'anni dall'approvazione della legge n. 194 del 1978*, in questa *Rivista*, 3, 2018, 111-122.

<sup>6</sup> Sul tema, si vedano A. BURATTI, *Interruzione volontaria di gravidanza e obiezione di coscienza: spunti a partire da un recente bando per "non obiettori"*, in *forumcostituzionale.it*, 2017, 1-4 e M. PARIS, *In margine a due provvedimenti limitativi del diritto*, in *forumcostituzionale.it*, 2017, 1-4. Si veda anche 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 *Oss. AIC*, 1, 2017, 1-16.

<sup>7</sup> Come mette bene in luce A. BURATTI, *op. cit.*, 1-4. occorre distinguere due ipotesi di potenziale illegittimità della clausola espulsiva: la manifestazione dell'obiezione durante il periodo di prova e la manifestazione successiva allo stesso. L'autore evidenzia come in particolare la seconda fattispecie concreta, laddove causi un licenziamento automatico, potrebbe risultare illegittima «sia per violazione di legge, sia perché sproporzionato rispetto al fine di garantire la continuità del servizio di interruzione della gravidanza, e quindi eccessivamente lesivo del diritto all'obiezione di coscienza e dei diritti nel rapporto di lavoro».

<sup>8</sup> Con deliberazione della Giunta regionale del 22 gennaio 2008, n. VIII/6454, e decreto del D.G. Sanità 22 gennaio 2008, n. 327, la Regione Lombardia aveva infatti tentato di ridurre il termine massimo entro il quale poter praticare l'aborto terapeutico, rallentare e complicare il procedimento per il rilascio del certificato medico attestante la necessità dell'interruzione di gravidanza, nonché obbligare la gestante a coinvolgere nella decisione finale il padre del concepito. L'atto di indirizzo regionale è stato però annullato dal Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sent. del 29 dicembre 2010, n. 7735. Per un approfondimento, si veda F. BIONDI, *L'interruzione di gravidanza fra Stato e Regioni in una decisione del giudice amministrativo*, in *Quad. cost.*, 2, 2011, 413-425.

Il concorso del 2015 è stato però anche l'occasione per tornare a dibattere sul tema del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza e sui modi della sua garanzia. L'obiettivo di questo lavoro è prendere spunto dalla catena di bandi per obiettori, di cui quello romano è solo l'ultimo anello, per riflettere sul modo in cui il diritto all'interruzione di gravidanza è stato e viene ancora in larga parte pensato. Sullo sfondo del *clash of absolutes*<sup>9</sup> o il *tribal conflict*<sup>10</sup> dell'interruzione di gravidanza si stagliano infatti di solito i *pro-choice* e i sostenitori dell'auto-determinazione della gestante, da un lato, e i *pro-life* e i fautori della libertà di obiezione di coscienza del medico, d'altro. Una partita che sembra insomma giocarsi interamente sul piano di due libertà contrapposte ed esclusive. Tale impostazione è però fallace, perché tende a sottostimare o addirittura a ignorare che il diritto all'aborto in Italia è il risultato di un delicato bilanciamento di diritti e interessi concorrenti, tra cui certo la libertà personale, ma anche il diritto alla salute della donna nonché la posizione del nascituro. È quanto statuì il giudice delle leggi nello storico intervento caducatorio, reso con sent. del 18 febbraio 1975, n. 27<sup>11</sup>, che dichiarò illegittimo il reato previsto dall'art. 546 c.p. nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza potesse venir interrotta quando l'ulteriore gestazione avesse implicato un «danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato [...] per la salute della madre»<sup>12</sup>. Più in dettaglio, la Corte ancorò la tutela del concepito all'art. 31, comma 2, Cost. e più in generale all'art. 2 Cost., che «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo», tra i quali, «non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito»; mentre, nei confronti della madre, richiamò ancora l'art. 31 Cost. e poi l'art. 32 Cost., osservando 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». Un bilanciamento certo ben ponderato, se si osserva che un diverso approccio, quello parametrato al solo art. 31 Cost. e teso a liberalizzare in massimo grado l'aborto, era stato chiaramente evocato nell'ordinanza di rimessione<sup>13</sup>, mentre la Corte così esclude una signoria assoluta della gestante sulla questione, sebbene il raffronto con la posizione del nascituro – che non è ancora persona – si risolvesse forse più a suo favore. Come è stato talvolta segnalato in dottrina<sup>14</sup>, il principio di autodeterminazione della donna, nella traduzione legislativa del 1978, ha svolto tuttavia un ruolo ancora più subordinato e marginale che nell'intervento caducatorio della Consulta. Lo si evince dalla rubrica della legge stessa (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*) e dal prologo di cui all'art. 1 (*Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio*), nonché dalla procedura che si prevede

<sup>9</sup> La celebre espressione è di L. TRIBE, *The Clash of Absolutes*, New York, 1990. I due assoluti sono, per Tribe, il diritto alla vita del nascituro, da un lato, e l'autonomia decisionale della donna, dall'altro.

<sup>10</sup> Così lo definisce J. BRAUCHER, *Tribal Conflict over Abortion*, in *Georgia Law Rev.*, 25, 595-614.

<sup>11</sup> Su questo punto, molto chiara l'analisi di S. NICCOLAI, *Una sfera pubblica piccola piccola. La sentenza 27/1975 in materia di aborto*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *"Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 563-579.

<sup>12</sup> Corte Costituzionale, sent. del 18 febbraio 1975, n. 27.

<sup>13</sup> Tribunale di Milano, ord. 2 ottobre 1972. Sull'elusione da parte della Corte del parametro di cui all'art. 31 Cost., si veda la riflessione di C. CHIOLA, *Incertezze nel parametro costituzionale per l'aborto*, in *Giur. cost.*, 1, 1975, 1098 ss.

<sup>14</sup> A. CARMINATI, *La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali richiama l'Italia ad una corretta applicazione della legge 194 del 1978*, *Oss. AIC*, 2, 2014, 6.

per poter accedere alla pratica abortiva. Solo dopo infatti l'espletamento dell'attività consultoriale, esplicitamente volta a rimuovere gli ostacoli che spingono la donna ad interrompere la gravidanza, e del rilascio del certificato attestante il pericolo per la sua salute, è fatto prevalere il diritto all'autodeterminazione della cura. A ciò si aggiunge poi la facoltà di obiezione di coscienza del personale sanitario, prevista dalla stessa legge 22 maggio 1978, n. 194, che spesso però finisce, nella concreta prassi applicativa, per impossibilitare le donne ad esercitare un diritto legalmente riconosciuto. Ciò posto a titolo di brevissimo inquadramento, nelle pagine che seguono si cercherà di mostrare come l'autonomia della donna risulti in parte sacrificata nell'attuale quadro legislativo, ma, nello stesso tempo, come la proposta di completa liberalizzazione del diritto all'interruzione di gravidanza sostenuta dai *pro-choice* non sia esente da criticità. Si spiegherà infatti più avanti come, in quest'ultima prospettiva, il rischio che si paventa è quello di lasciare la gestante "da sola" a fare i conti con la propria libertà

## 2. Il problema dell'obiezione di coscienza

La polarizzazione un po' semplicistica del dibattito in *pro-choice/pro-life*, a dispetto del diverso e più complesso bilanciamento suggerito della Consulta nel 1975, non è casuale, ma piuttosto sintomo delle difficoltà di implementazione della legge 22 maggio 1978, n. 194. A oltre quarant'anni dalla sua adozione e nonostante una comprovata resilienza ai tentativi referendari di modifica<sup>15</sup>, il pieno accesso all'interruzione volontaria di gravidanza, e quindi il pieno godimento di una posizione soggettiva formalmente riconosciuta dalla legge, è infatti lungi dall'essere materialmente garantito. Ciò proprio a causa dell'obiezione di coscienza, o più correttamente di un vizio occulto della legge a essa connesso, che ne ostacola la piena e corretta applicazione.

La normativa, si è detto, oltre a prevedere il diritto all'autodeterminazione riproduttiva della donna, ha facoltizzato i professionisti sanitari ad avvalersi di tale strumento di obiezione<sup>16</sup>. Una modalità che consente loro di essere esonerati dalla prestazione abortiva<sup>17</sup> e che ha oggi raggiunto propor-

<sup>15</sup> Si ricordino infatti i due referendum del 1981: del Movimento per la vita, teso a criminalizzare nuovamente l'aborto, e dei Radicali, volto invece a liberalizzarlo in massimo grado. Nel pronunciamento con il quale la Corte affrontò l'ammissibilità delle richieste referendarie (sent. 10 febbraio 1981, n. 27) venne inoltre rifiutato il quesito cosiddetto "massimale" del Movimento per la vita, riaffermando il dettato del 1975. Conforta in questo senso anche la sent. 10 febbraio 1997, n. 35, con cui il giudice delle leggi ha ritenuto inammissibile una proposta referendaria dei Radicali volta ad abrogare le disposizioni della legge relative al primo trimestre di gestazione, osservando che «renderebbe nullo il livello minimo di tutela necessaria dei diritti costituzionali inviolabili alla vita, alla salute, nonché di tutela necessaria della maternità, dell'infanzia e della gioventù».

<sup>16</sup> Secondo parte della dottrina, la scelta della dizione "obiezione di coscienza" da parte del *conditor iuris* sarebbe da censurare e invece da preferirsi "opzione di coscienza". Secondo questa linea di pensiero, il rifiuto non si configurerebbe infatti come deroga a un precetto fissato dal legislatore, ma solo come una facoltà di scelta tra eseguire una prestazione e non eseguirla per questioni di coscienza. Su questo, si veda G. DALLA TORRE, *Diritti dell'uomo e ordinamenti sanitari contemporanei: obiezione di coscienza o opzione di coscienza?*, in B. PERRONE (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Milano, 1992, 277-305.

<sup>17</sup> «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» (art. 9, legge 22 maggio 1978, n. 194). Sono ovviamente fatti salvi i casi in cui sussiste

zioni “ciclopiche”<sup>18</sup>. Le alte punte di medici obiettori, di oltre il 90% in alcune Regioni, rendono infatti estremamente difficoltoso per le donne accedere all’interruzione di gravidanza, da un lato, e operativamente impossibile per le aziende sanitarie garantire la relativa prestazione assistenziale, dall’altro<sup>19</sup>.

È tuttavia probabile che nello stabilire i limiti, le modalità e i termini in cui il personale sanitario può sollevare obiezione di coscienza, il *conditor iuris* abbia dato per scontato – ed ecco il vizio occulto – che il dato statistico degli obiettori sarebbe stato residuale o eccezionale rispetto al totale di coloro che potevano essere coinvolti nell’interruzione volontaria di gravidanza. L’obiezione è difatti configurata come un diritto soggettivo di natura squisitamente potestativa e dunque opzionabile senza condizioni e senza alcuna ammissibile opposizione, sia da parte dell’azienda sanitaria (sulla quale però gravano specifici compiti organizzativi, insieme alle Regioni) che della gestante. È forse anzi proprio l’attivazione unilaterale dello strumento che ne ha determinato col tempo l’abuso; posto anche che non vi è alcuna ripercussione sul medico obiettore – come un compito o una mansione paritetica e sostitutiva – il quale si vede pertanto semplicemente esonerato dal proprio dovere<sup>20</sup>. E ciò nonostan-

---

una condizione di imminente pericolo di vita della gestante. Su questo, si veda Corte di Cassazione, sent. 2 aprile 2013, n. 14979, che ha visto la conferma della condanna di un medico obiettore che si era rifiutato di prestare le cure ad una donna sottoposta ad aborto farmacologico e dal quale erano sorte delle complicanze. Lo *status* di obiettore non esonera poi il professionista sanitario dall’assistenza antecedente e conseguente all’intervento abortivo.

<sup>18</sup> Così lo definisce G. BRUNELLI, *L’interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l’applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, 3, Napoli, 2009, 823. Nel 2016, secondo i dati ufficiali del Ministero della Salute, la media nazionale dei medici obiettori superava i due terzi dell’organico. Si osservava però una forte sperequazione tra le regioni, con punte oltre il 90% in Molise, Trentino-Alto Adige e Basilicata, mentre in altre raggiungeva comunque l’80%. In alcune province, specialmente dal Sud, il tasso di obiettori rasentava il 100%. Secondo un’indagine dell’Istat risalente al 2012, ventunomila donne su centomila si sono rivolte per questo motivo a strutture di altre province per poter interrompere la gravidanza e di esse il 40% è stata addirittura costretta a spostarsi in un’altra regione.

<sup>19</sup> Addirittura di “sabotaggio” della legge parlano P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Milano, 2007, 97-146, e in particolare 141 e G. BRUNELLI, *op. cit.*, 563-579. Sul problema, si vedano anche più in generale M. D’AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, 2016; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017; 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; M. AINIS, *Dall’obiezione di coscienza all’obiezione di massa*, in *Quad. cost.*, 4, 2009, 903-905.

<sup>20</sup> Discutono di questo aspetto, proponendo anche delle soluzioni A. PIOGGIA, *L’obiezione di coscienza nei consultori pubblici*, in *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, 1, 2015, 121-139; 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 *Oss. AIC*, 1, 2017, 1-16; L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità del SSN. Obiezione di coscienza e garanzia dei servizi per le interruzioni volontarie di gravidanza*, in *Riv. AIC*, 3, 2017, 1-24; F. GRANDI, *Le difficoltà nell’attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2015, 89-120; 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 *Riv. AIC*, 2, 2017, 1-22. Discute del tema in una prospettiva di filosofia del diritto, ipotizzando per assurdo (ma neanche tanto...) che tutti i medici siano obiettori M. SAPORITI, *La coscienza disobbediente. Ragioni, tutele e limiti dell’obiezione di coscienza*, Milano, 2014, 139-183.

te la legge 22 maggio 1978, n. 194 chiaramente attribuisca un primato al diritto alla salute della donna rispetto alla coscienza del medico<sup>21</sup>, così come disponga l'obbligo per gli enti ospedalieri e le case di cura di assicurare la pronta effettuazione degli interventi di interruzione di gravidanza<sup>22</sup>, eventualmente ricorrendo anche allo strumento della mobilità del personale<sup>23</sup>. Va da sé, tuttavia, che se la quasi totalità del personale è obietto, la mobilità si rivela uno strumento inutile e inutilizzabile, mentre altre soluzioni, seppur talvolta percorse, comportano costi addizionali per il servizio sanitario e la collettività e pertanto non sono sempre sostenibili<sup>24</sup>.

La cattiva organizzazione dell'accesso alla prestazione abortiva ha attenzionato non molti anni fa anche il Comitato Europeo dei Diritti Sociali<sup>25</sup>, che il 10 settembre 2013 ha condannato<sup>26</sup> l'Italia per vio-

<sup>21</sup> Il diritto all'obiezione di coscienza è stato altresì valorizzato dal giudice delle leggi ex art. 2 Cost., ma in termini più generici e con riferimento ad altra fattispecie concreta nella sent. del 16 dicembre 1991, n. 467. I diritti della coscienza sono poi richiamati anche dall'art. 10 della Carta di Nizza, anche se il disciplinamento del concreto esercizio è rinviato all'interposizione del legislatore nazionale, così come dalla Corte EDU (*Bayatyan c. Armenia*, sent. 7 luglio 2011, 37334/08, *Savda c. Turchia*, sent. 12 giugno 2012, 42730/05). Ne consegue che il riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza non deriva direttamente dalla Costituzione o da referenti sovranazionali e internazionali, ma piuttosto scaturisce dall'inderogabile interposizione del legislatore, che riconosce come meritevole di tutela quel convincimento interiore. In senso contrario, ma decisamente minoritario, R. BERTOLINI, *L'obiezione di coscienza moderna. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Torino, 1994, 1-20, che prova a definirlo un diritto fondamentale di quarta generazione.

<sup>22</sup> È lo stesso giudice delle leggi, nella sent. 19 dicembre 1991, n. 467, in tema di obiezione di coscienza alla leva militare, a stabilire che essa richiede «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 pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale» e che «gode di una protezione costituzionale commisurata alla necessità che quelle libertà e quei diritti non risultino irragionevolmente compressi nelle loro possibilità di manifestazione e di svolgimento a causa di preclusioni o di impedimenti ingiustificatamente posti alle potenzialità di determinazione della coscienza medesima».

<sup>23</sup> Art. 9, comma 7, legge 22 maggio 1978, n. 194.

<sup>24</sup> Sul tema della sostenibilità pubblica dell'obiezione di coscienza in un'ottica critica, si veda la lucida analisi di S. RODOTÀ, *Obiezione di coscienza e diritti fondamentali*, in *Notizie di Politeia*, 101, 2011, 29-35.

<sup>25</sup> Il Comitato europeo dei diritti sociali del Consiglio d'Europa è un ente istituito nel 1995 allo scopo determinare se la normativa e la pratica degli Stati parte sia in conformità con le norme della Carta sociale europea. I pareri del Comitato, nella duplice forma delle conclusioni (per i rapporti statali annuali) e delle decisioni (per le doglianze collettive), non hanno carattere giurisdizionale, ma in caso d'inottemperanza, il Comitato dei Ministri può fare pressioni "politiche" affinché il Paese in questione adotti riforme per sanare la mancata conformità alla Carta. Poiché tuttavia la Carta sociale europea funge *ex professo* da integrazione alla Convenzione Europea dei Diritti Umani in materia di diritti di seconda generazione, le determinazioni del Comitato possono essere valorizzate dalla Corte Europea dei Diritti Umani e dal giudice nazionale nei propri e rispettivi giudizi. Per un approfondimento sull'uso della Carta sociale europea da parte di altre Corti, si vedano F. OLIVIERI, *La Carta sociale europea tra enunciazione, controllo e applicazione nelle corti nazionali. La lunga marcia verso l'effettività*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 3, 2008, 509-540; G. GUGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in *forumcostituzionale.it*, 1, 2010; M. D'AMICO, G. GUGLIA, B. LIBERALI (a cura di), *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali*, Napoli, 2013; F. OLIVIERI, *La Carta sociale europea come "strumento vivente". Riflessioni sulla prassi interpretativa del Comitato europeo dei diritti sociali*, in *Jura gentium*, 10, 1, 2013, 41-78.

<sup>26</sup> *International Planned Parenthood Federation European Network (IPPF EN) v. Italy* (n. 87/2012). Sulla pronuncia, 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. GUGLIA (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, 219-230; A. CARMINATI, *op. cit.*, 1

lazione dell'art. 11 (Diritto alla protezione della salute) della Carta Sociale Europea. Nel testo della decisione, il Comitato ha preso atto di come il nostro paese non sia stato in grado di fronteggiare, con adeguate misure organizzative, l'elevato numero di professionisti obiettori, così mancando di garantire il diritto alla salute a una categoria di persone particolarmente vulnerabili, quali le donne in gestazione<sup>27</sup>. Il Comitato ha altresì rilevato una violazione dell'art. E (principio di non discriminazione) letto alla luce dell'art. 11. La mobilità a cui le pazienti sono forzate comporta infatti irragionevoli esborsi, visto che sono costrette a un continuo peregrinare tra un ospedale e l'altro o addirittura a recarsi all'estero<sup>28</sup>; inoltre, alcune pazienti risultano svantaggiate dal trovarsi in contesti territoriali dove la concentrazione di obiettori rende, di fatto, l'accesso ai servizi molto più complesso che in altri. Vi è poi un secondo profilo discriminatorio, che vede contrapposte le gestanti rispetto alla generalità delle persone che accedono al servizio sanitario nazionale, con chiare ricadute in termini di genere, visto che la gestante può essere, per definizione, solo una donna.

Gli scarsi effetti dell'accertamento del 2013 della violazione della Carta da parte dell'Italia, cui ha fatto seguito l'apertura di una procedura di costante monitoraggio da parte del Comitato dei Ministri e dello stesso Comitato europeo, hanno in seguito convinto quest'ultimo a emettere una seconda condanna, con decisione dell'11 aprile 2016<sup>29</sup>. Nella nuova decisione, resa rispetto al reclamo collettivo presentato dalla CGIL e che conferma la violazione dell'art. 11 in combinato disposto con l'art. E (oltre a riconoscere la violazione dei diritti lavorativi dei medici non obiettori), viene evidenziato come, a fronte di una situazione in via di miglioramento, permangano considerevoli disparità d'accesso all'interruzione di gravidanza a livello locale. L'Italia non avrebbe inoltre fornito informazioni suffi-

---

<sup>27</sup> «With respect to the women who decide to terminate their pregnancy, the competent authorities did not take the necessary measures in order to remove the causes of ill-health, in particular by ensuring that, as provided by Section 9§4 of Act No. 194/1978, abortions requested in accordance with the applicable rules are performed in all cases, even when the number of objecting medical practitioners and other health personnel is high». Ha sottolineato la vulnerabilità della gestante anche la Corte Europea dei Diritti Umani in due decisioni in tema di obiezione di coscienza che hanno visto la Polonia come soccombente, ma che ben si possono applicare, per analogia, al contesto italiano: *P. e S. contro Polonia*, 30 gennaio 2013, n. 57375/08; *R.R. contro Polonia*, 28 novembre 2011, n. 27617/04.

<sup>28</sup> «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».

<sup>29</sup> *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy* (n. 91/2013). Per un commento in prospettiva e il testo della decisione, si veda F. CEMBRANI, *Il Comitato europeo dei diritti sociali, lo stato di attuazione della legge italiana sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza e la sostenibilità pubblica dell'obiezione di coscienza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 27, 2016, 1-112.

cienti<sup>30</sup> e utili a documentare il superamento dei problemi incontrati dalle donne nella fruizione dei servizi assistenziali<sup>31</sup>.

Sul tema dell'interruzione volontaria di gravidanza ha preso posizione lo stesso anno anche il Comitato per i diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite, invitando gli Stati, *inter alia*, a rimuovere gli ostacoli che impediscono alla donna di accedere alla prestazione in maniera tempestiva<sup>32</sup>.

### 3. Un diritto di libertà

Sebbene il Comitato europeo dei diritti sociali condanni l'Italia per ben due volte<sup>33</sup>, il profilo dell'autonomia decisionale non appare rivestire grande rilievo. In entrambe le decisioni il riferimento è alla diffusione dell'obiezione di coscienza e alla conseguente difficoltà di fruizione dei servizi assistenziali e, dunque, alla mancata garanzia del diritto alla salute, che d'altronde era il principale parametro evocato. Ciò perché, al fondo, il Comitato finisce per fare sua l'interpretazione italiana dell'interruzione di gravidanza non come diritto all'autodeterminazione della cura, ma proprio come diritto alla salute. La *malpractice* italiana va sanzionata, perché mina l'incolumità fisica della gestante e alimenta una recrudescenza degli aborti clandestini; non perché la scelta se abortire è funzionale a salvaguardare la salute della donna più che la sua autonomia. Tant'è che, forse, più che libera di abortire, si potrebbe dire che la donna in Italia è libera di attivare la procedura amministrativa che la porterà, dopo molte difficoltà, ad abortire<sup>34</sup>.

Questa scelta interpretativa, che contempera il diritto all'autodeterminazione della cura con il diritto alla salute (della donna, ma anche del concepito) è stata spesso criticata in dottrina, perché colpevole di lasciare «del tutto in ombra l'aspetto dell'autonomia della donna»<sup>35</sup>, oltre a essere incapace di

<sup>30</sup> In verità, il Governo italiano ha tentato di affrontare il problema della carenza di dati con un più attento monitoraggio degli indicatori attraverso cui verificare l'incidenza dell'elevato numero di medici obiettori sull'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza, resi noti annualmente dal Ministro della Sanità in una relazione dedicata. Per un approfondimento degli adempimenti ministeriali sotto questo profilo, si rimanda a L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità del SSN. Obiezione di coscienza e garanzia dei servizi per le interruzioni volontarie di gravidanza*, cit.

<sup>31</sup> Il Comitato prende atto infine della marginalizzazione sul lavoro del personale medico non obiettore, in concreto decisamente minoritario e pertanto costretto ad eseguire l'intero carico di lavoro delle procedure abortive, con possibile instaurazione di un ambiente di lavoro ostile e degradante.

<sup>32</sup> Nell'Osservazione generale del 7 marzo 2016, n. 22, il Comitato ha ribadito che il diritto alla salute include anche la vita riproduttiva della donna, testé invitando gli Stati a riformare le leggi restrittive sull'interruzione volontaria della gravidanza e a eliminare le barriere che impediscono alla donna di accedere alla pratica abortiva in modo tempestivo e sicuro.

<sup>33</sup> Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, che si è pronunciato definitivamente in ordine al reclamo della CGIL, ha però relativizzato e depotenziato la condanna del Comitato europeo dei diritti sociali. Il 24 maggio 2016 il governo italiano ha infatti fornito una serie di dati disaggregati, circa il numero medio di aborti per settimana per medico non obiettore, mostrando di aver messo in atto una procedura di monitoraggio per ovviare a quanto denunciato dalla CGIL. Con Risoluzione del 6 luglio 2016 il Comitato dei Ministri ha reso una valutazione positiva dei dati e delle argomentazioni dell'Italia, così chiudendo questa fase del procedimento.

<sup>34</sup> Osserva così P. Veronesi, *op. cit.*, 135.

<sup>35</sup> G. BRUNELLI, *op. cit.*, 826. Occorre però precisare che il legislatore del 1978 recepisce indicazioni della Consulta e certamente individua le condizioni di accesso con riferimento al diritto alla salute, ma che quest'ultima è sia quella fisica che quella psichica. Ciò evidentemente può consentire, nella concreta prassi

prendere sul serio il desiderio di maternità<sup>36</sup>. Questa configurazione sembra infatti considerare la gravidanza come uno stato che la donna dovrebbe per natura assecondare e a cui solo in casi eccezionali potrebbe rinunciare. Un'impostazione, dunque, lontanissima dall'idea *liberal* che ciascuno possa disporre liberamente del proprio corpo, opponendosi a qualsiasi sua trasformazione<sup>37</sup>. A dispetto del merito delle decisioni del Comitato contro il nostro paese, il sistema di protezione dei diritti umani riconducibile al Consiglio d'Europa e garantito attraverso la Corte Europea dei Diritti Umani, da un lato, e appunto dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali, dall'altro, ha però più volte fatto sua questa ultima chiave di lettura. Ad esempio, la Corte di Strasburgo, chiamata a pronunciarsi sul tema, ha ricondotto il diritto all'aborto all'art. 8 (*Diritto al rispetto per la vita privata e familiare*) della Convenzione Europea dei Diritti Umani e dunque lo ha sostanzialmente in un obbligo di astensione dei terzi dalla sfera delle scelte private della gestante<sup>38</sup>. Rispetto a questa cornice, la scelta del Comitato Europeo dei Diritti Sociali di far propria la configurazione italiana del diritto all'interruzione volontaria di gravidanza come modo di garanzia del diritto alla salute appare in parte distonica. Tant'è che il componente greco Petros Stangos se ne è dissociato nella sua *concurring opinion*, giudicando essere la stessa legge a determinare la violazione dell'art. 11 della Carta piuttosto che la sua mancata applicazione. Ad esempio, l'art. 5, comma 1, dovrebbe servire a mettere in azione tutta una serie di meccanismi e agenzie al fine di neutralizzare le supposte ragioni di natura economica e sociale che spingono la donna ad abortire; in realtà, sostiene Stangos, la farraginoso procedura che la gestante deve affrontare è molto più semplicemente strumentale a farla desistere dal suo intento: «Through the above-mentioned provisions of the 1978 legislation, Italy operates a sophisticated and official system of pressure on women so that they choose not to terminate their pregnancies». Il giudizio finale di Stangos – lapidario e impietoso – è che il problema dei medici obiettori è di natura accessoria. La vera criticità è che il legislatore italiano, pur depenalizzando l'aborto volontario, ha fatto di tutto per restringere la libertà e l'indipendenza delle donne, così come il loro controllo sui propri corpi. La conclusione della *concurring opinion* di Stangos è poi affidata alla massima di una decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti in *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey*<sup>39</sup>, una controversia riguardante proprio la legittimità delle restrizioni al diritto all'aborto. Tali previsioni restrittive, sentenziarono i giudici americani già nel 1992, possono essere censurate anche se, pur non vietando esplicitamente l'interruzione volontaria di gravidanza, pongono sostanziali ostacoli al suo esercizio.

---

applicativa, una valutazione più ampia delle ragioni della gestante, prime fra tutte quelle elencate dall'art. 4 della legge de qua.

36 S. NICCOLAI, *La legge sulla fecondazione assistita e l'eredità dell'aborto*, in *costituzionalismo.it*, 2, 2005, 2.

<sup>37</sup> R. Dworkin, *Life's Dominion: an Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, 1994.

<sup>38</sup> Un diritto alla non ingerenza, tuttavia, non assoluto, ma che deve essere bilanciato con altri beni ritenuti meritevoli di tutela, quali la protezione dei diritti e delle libertà altrui o la sicurezza nazionale, ma anche, last but not least, la morale comune. Così, laddove nella comunità nazionale sia maggioritario un certo modo di sentire, non è da escludersi che la Corte possa giudicare compatibile con la Convenzione una perimetrazione dello spazio di autodeterminazione della gestante. Conforta però in senso contrario un passaggio della pronuncia R.R. c. Polonia, dove il collegio giudicante prende atto dell'esistenza di un consenso nella maggioranza degli Stati del Consiglio d'Europa sul garantire alla donna maggiore libertà di scelta su quando e perché interrompere la gravidanza (§186).

<sup>39</sup> 505 U.S.833 (1992).

Una citazione che ben riflette l'approccio liberale del componente greco del Comitato alla materia trattata.

*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey* è una controversia molto nota che segue di un paio di decenni un'altra ancora più celebre – *Roe v. Wade*<sup>40</sup> – che annullò il divieto di aborto volontario in tutti gli Stati Uniti in virtù del *right to privacy*<sup>41</sup> o, come è stato anche chiamato dai suoi ideatori, il diritto a essere lasciati soli. Nel ragionamento del giudice Blackmun, estensore di *Roe v. Wade*, la libertà della donna è difatti il punto di partenza, non quello di arrivo. Ciò perché, nell'ottica *liberal*, non serve dimostrare perché si debba essere liberi, mentre si deve argomentare perché non si debba esserlo. Che è come dire che laddove l'azione coercitiva dello Stato non è adeguatamente motivata, prevale la libertà, che è un apriori senza bisogno di giustificazione. Tant'è vero che il diritto alla salute, che pure è evocato in *Roe v. Wade*, assume rilevanza solo in quanto la protezione di questo bene giuridico legittima l'ingerenza dello Stato nella sfera privata degli individui e dunque la perimetrazione dell'esercizio del diritto all'interruzione volontaria di gravidanza. Se dopo i primi novanta giorni – afferma Blackmun – lo Stato può restringere la sfera di autonomia decisionale della donna, è solo perché la scienza medica ci insegna che un aborto tardivo è più pericoloso e dunque la sua incolumità fisica può essere a rischio. Le limitazioni che possono essere introdotte restano comunque agganciate solo e soltanto alla salute della gestante, senza bilanciamento con diritti o interessi terzi. Quanto al diritto alla vita del nascituro, esso non subentra che in un secondo momento, quando, nel terzo trimestre, è ormai in grado sopravvivere (*viability*) al di fuori dell'utero in caso di parto prematuro e quindi si avvicina a essere persona. Solo a questo punto l'esigenza di assicurargli una protezione può allora essere presa in considerazione dal legislatore, che risulta così legittimato a vietare l'interruzione volontaria della gravidanza.

#### 4. L'altra faccia della libertà

<sup>40</sup> Per un approfondimento della controversia, si vedano D.J. GARROW, *Liberty and Sexuality: The Right to Privacy and the Making of Roe v. Wade*, New York, 1994; J.H. Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, in *The Yale Law Journ.*, 82, 1973, 920-949; B. SCHAMBELAN, *Roe v. Wade*, Philadelphia, 1992; N. MCCORVEY, A. MESLER, *I Am Roe: My Life, Roe V. Wade, and Freedom of Choice*, New York, 1994. Sulla regolamentazione dell'aborto prima di *Roe v. Wade*, si veda J.C. MOHR, *Abortion in America: The Origins and Evolution of National Policy, 1800-1900*, Oxford, 1979.

<sup>41</sup> Il diritto alla privacy trova la sua origine nel genio di S.D. WARREN, L.D. BRANDEIS, (*The Right to Privacy*, in *Harv. Law Rev.*, 4, 1889, 193-220), già alla fine del XIX sec, seppur limitatamente alla tutela dei dati personali contro la fotografia intrusiva o il giornalismo invadente. A partire dagli anni '60, la sfera della privacy inizia però a essere estesa per via pretoria fino a comprendere le scelte più intime di una persona, sostanziandosi progressivamente in un diritto all'autonomia. Su questo percorso, si vedano J.C. INNESS, *Privacy, Intimacy and Isolation*, Oxford, 1992; P. BOLING, *Privacy and the Politics of Intimate Life*, Ithaca, 1996. Il passaggio da una informational privacy a una fundamental decision privacy è registrato ufficialmente dalla Corte Suprema in *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), una controversia relativa alla liceità dell'uso di metodi contraccettivi. La maggioranza della Corte rinvenne infatti, nella "penombra" dei diritti sanciti in modo esplicito dalla Costituzione, un diritto alla privacy ancora più antico della Costituzione stessa e che ricomprendeva le scelte procreative di una coppia sposata. In *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), il godimento di questo diritto venne esteso alle coppie non sposate e in *Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678 (1977), alla vendita di anticoncezionali ai minorenni. Sul penumbral reasoning, si veda G. VIGGIANI, *Il penumbral reasoning nella giurisprudenza nordamericana*, in *Jura Jentium*, 2, 2018, 63-85.

L'approccio liberale adottato dalla Corte Suprema – che riflette in parte la posizione dei *pro-choice* – non risparmiò comunque le donne dal dover sopportare tentativi di compressione della loro autonomia, simili a quelli che avverranno qualche anno dopo in Italia. Qualcuno tentò di inserire come *conditio sine qua non* il consenso del padre del concepito o vietò le terapie abortive più sicure come deterrente<sup>42</sup>, qualcun altro impose alla donna di attendere un lasso di tempo tra la richiesta di aborto e la prestazione, nella speranza che si ravvedesse, o introducesse un consenso informato dalla descrizione particolarmente terrificante<sup>43</sup>, qualcun altro ancora abilitò solo pochissimi centri ad erogare questa prestazione<sup>44</sup>, cercando di complicare l'accesso alla prestazione. Tutti ostacoli posti appositamente per rendere più accidentato l'esercizio di un diritto riconosciuto costituzionalmente e che la Corte Suprema, di conseguenza, ha rimosso uno dopo l'altro.

Ciò che più qui rileva non sono, tuttavia, i tentativi di restringere la libertà delle donne, ma il risvolto negativo dell'approccio liberale all'interruzione di gravidanza, che spesso i *pro-choice* sottostimano. Un esempio servirà a chiarire a cosa si sta alludendo. Il 20 giugno 1977, la Corte Suprema rese nota la sua decisione su tre casi distinti ma complementari, perché tutti attinenti alla stessa materia: il finanziamento pubblico della prestazione assistenziale dell'aborto. La prima controversia, *Beal v. Doe*<sup>45</sup>, si era originata a seguito dal rifiuto dello Stato della Pennsylvania di sovvenzionare tramite il Medicaid<sup>46</sup> le interruzioni volontarie di gravidanza non certificate dal medico come salva-vita. La ricorrente aveva contestato che anche se gli Stati non erano obbligati a coprire tutte le prestazioni assistenziali con il Medicaid, la normativa federale li invitava ad attenersi a uno standard "ragionevole". In risposta il convenuto aveva obiettato che la differenza di trattamento tra aborti salva-vita, e quindi sovvenzionati, e tutti gli altri, invece non mutuati, soddisfaceva il principio di ragionevolezza: solo l'interruzione di gravidanza salva-vita era realmente necessaria, mentre le altre interruzioni avrebbero sottratto fondi a terapie più importanti e urgenti. In *Maher v. Roe*<sup>47</sup>, lo Stato del Connecticut era stato convenuto da due donne indigenti perché finanziava, sempre tramite il Medicaid, solo le richieste di aborto certificate come terapeutiche da un medico abilitato, la cui parcella gravava però sulla gestante. Nel caso di specie le ricorrenti avevano lamentato di non potersi permettere di pagare il medico e dunque di non poter terminare la gravidanza. Infine, in *Poelker v. Doe*<sup>48</sup> i supremi giudici furono aditi a seguito dell'impugnazione di un'ordinanza municipale della cittadina di St. Louis, nel Missouri, che permetteva ai due ospedali pubblici locali di praticare l'interruzione di gravidanza solo se salva-vita, costringendo così tutte le donne che non erano in questa condizione a rivolgersi a una clinica privata o a un ospedale pubblico di un'altra città.

In tutti e tre i casi la Corte rigettò le doglianze delle ricorrenti puntellando la propria decisione sulla distinzione – apparentemente kafkiana – tra diritto a scegliere se avere un aborto e diritto all'aborto. Nelle parole di *Maher v. Doe*:

<sup>42</sup> *Planned Parenthood v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976).

<sup>43</sup> *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416 (1983).

<sup>44</sup> *Planned Parenthood Assn. v. Ashcroft*, 462 U.S. 476 (1983)

<sup>45</sup> *Beal v. Doe*, 432 U.S. 438 (1977).

<sup>46</sup> Medicaid è un programma federale di assistenza sanitaria per le persone a basso reddito.

<sup>47</sup> *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464 (1977).

<sup>48</sup> *Poelker v. Doe*, 432 U.S. 519 (1977).

La normativa del Connecticut non interpone alcun ostacolo – assoluto o parziale – nel percorso della donna incinta verso l’aborto. Una donna indigente che desidera abortire non soffre alcuno svantaggio come conseguenza della decisione del Connecticut di finanziare solo il parto; ella continua come prima a essere dipendente dalle proprie risorse per la prestazione che desidera. Lo Stato può aver fatto del parto un’alternativa più attraente, influenzando così la decisione della donna, ma non ha imposto alcuna restrizione all’accesso a pratiche abortive che non erano ancora presenti.

Lo stato di indigenza – sostiene in poche parole la Corte – che può rendere più difficile o addirittura impossibilitare la gestante ad accedere alla prestazione assistenziale, non è né creata né in alcun modo aggravata dallo Stato, ma è anzi accidentale. È, in altri termini, un problema privato della donna, quello stesso privato che le assicura il diritto a scegliere se interrompere o meno la gravidanza. Va da sé, però, che tutte le donne povere saranno costrette a portare a termine la gestazione, perché solo astrattamente potranno di non farlo, visto che si troveranno sprovviste dei mezzi materiali per concretizzare la loro volontà. O, in alternativa, a ricorrere ad aborti clandestini, mettendo a serio rischio la propria incolumità fisica.

Gli anni successivi, i supremi giudici confermarono la facoltatività per gli Stati di sovvenzionare le interruzioni di gravidanza non salva-vita<sup>49</sup>. Lo Stato – si continuò ad argomentare – non interpone alcun ostacolo giuridico nella scelta della donna se terminare la gravidanza, ma la “incoraggia” solo verso altre opzioni<sup>50</sup>. La gestante ha diritto a scegliere se abortire, non a vedersi mutuata la relativa prestazione assistenziale<sup>51</sup>.

## 5. Conclusioni: un diritto a essere lasciate (troppo) sole?

Una volta il giudice Richard Posner definì la Costituzione statunitense una «carta di libertà negative: dice allo stato di lasciare le persone sole, ma non impone che il governo federale o lo Stato fornisca loro dei servizi»<sup>52</sup>. E non vi è dubbio che le peculiarità dell’ordinamento americano abbiano giocato un ruolo importante nelle libertarie statuizioni della Corte. Si è liberi nella misura in cui lo Stato si astiene di intervenire nelle nostre vite, ma questa libertà ha, per così dire, un risvolto della medaglia. Se non si hanno i mezzi materiali per godere di questa libertà, esso resta un nostro problema privato. Lo Stato non ha il diritto, ma soprattutto non ha il dovere di accorrere in nostro aiuto. Questo stato di “abbandono” emerge, come si è visto poc’anzi, in tutta la sua drammaticità nel caso del finanziamento pubblico dell’aborto: se interrompere una gravidanza è una scelta che la donna deve compiere nella sua solitudine esistenziale, come vorrebbero i *pro-choice*, che si paghi dunque l’assistenza di cui ha bisogno per farlo!

Al netto delle specificità dell’ordinamento statunitense, l’insensibilità pratica della Corte Suprema verso le questioni materiali dell’aborto resta un monito del rischio che la libertà – intesa come diritto

<sup>49</sup> Colautti v. Franklin, 439 U.S. 379 (1979) e poi Williams v. Zbaraz, 448 U.S. 358 (1980).

<sup>50</sup> Harris v. McRae, 448 U.S. 297 (1980).

<sup>51</sup> Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490 (1989).

<sup>52</sup> Bowers v. Devito, 686 F.2d 616 (7th Cir. 1982).

alla non ingerenza nelle scelte più intime e private – può comportare, se non mitigata da qualche altro diritto o principio. Ciò perché l'idea che sottende a tutta l'architettura del diritto alla autonomia è che l'individuo, protetto dall'ingerenza statale, possa essere libero di prendere le decisioni più coerenti con la propria concezione di ciò che è bene. L'altra faccia della medaglia è che, così facendo, depolitizza queste stesse decisioni, proiettandole indietro in uno pseudo stato di natura privo di regolamentazione e, soprattutto, impermeabile a qualsiasi correttivo perequativo. Non si vuole con questo dire che il concetto di libertà personale non abbia svolto e svolga ancora oggi un ruolo fondamentale nell'arginare gli sforzi di chi vorrebbe rendere la gestazione una condizione interamente sociale e sottratta completamente all'arbitrio della donna. Ciononostante, è d'uopo rimarcare che il mancato intervento dello Stato nella sfera privata non promuove necessariamente la libertà di quest'ultima, se di fatto questo significa che tutte le sue richieste di sostegno materiale vengono ignorate perché appunto private<sup>53</sup>.

Il risultato a cui giunge la giurisprudenza statunitense ci dice, in ultima analisi, che la libertà può non bastare. E non basta perché le donne non scelgono di interrompere la gravidanza nel vuoto atomistico delle relazioni e per rivendicare la loro autonomia nei confronti del feto e della società. Questo modo di pensare, direbbe Carla Lonzi<sup>54</sup>, riflette una resa di conti tra collettivi di uomini, perché tarato su un soggetto maschile assunto indebitamente come neutro e universale. Le donne possono interrompere la gravidanza, per una combinazione di altre ragioni, che spaziano dall'essere già diventate madri altre volte, dall'essere sole, dalla mancanza di una rete sociale e familiare o dalle difficoltà economiche. Tutte condizioni esplicitamente citate dall'art. 4 della legge italiana, che quindi implicitamente rifiuta l'individualismo atomistico della prospettiva libertaria, sebbene solo per il fatto che hanno un impatto, diretto e indiretto, sulla salute, sia fisica sia psichica della gestante. E il cuore della questione è, giunti fin qui, proprio questo: se il diritto alla salute, al netto del problema pratico dell'obiezione di coscienza, possa essere il correttivo adeguato alla solitudine della libertà di fronte a una condizione che solo la donna può vivere, sopportare e sperimentare. Ciò perché, a dispetto della rubrica o del prologo della legge 194, il tema dell'aborto non riguarda solo la libertà della donna, il diritto alla vita del nascituro o quello alla salute, ma anche e soprattutto l'uguaglianza tra uomini e donne. Se si vuole correttamente valutare la normativa italiana, occorre quindi chiedersi, al netto del denunciato vizio occulto, se il semplice diritto alla salute abbia le capacità e potenzialità, da solo, per poter promuovere l'uguaglianza di genere; o, al contrario, se faccia ricadere la fatica della sua promozione interamente sulle donne, come profetizzava Carla Lonzi in tempi ancora non troppo sospetti (era il 1971): «L'uomo ha lasciato la donna sola di fronte a una legge che le impedisce di abortire [...]». Domani finirà per lasciarla sola di fronte a una legge che non le impedirà di abortire»<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> In senso adesivo, si veda C.A. MACKINNON, *Privacy vs. Equality*, trad. it. *Privacy v. uguaglianza: a partire dal caso Roe v. Wade*, in ID., *Le donne sono umane?*, Bari, 2012, 75: «[il diritto alla privacy] può nascondere, e di fatto ha nascosto, lo spazio delle percosse, dello stupro coniugale e dello sfruttamento del lavoro femminile».

<sup>54</sup> C. LONZI, *Sessualità femminile e aborto*, in ID., *Sputiamo su Hegel*, Milano, 2010, 53-59.

<sup>55</sup> C. LONZI, *op. cit.*, 55.



## Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale

Stefania Cecchini\*

SURROGACY'S PROHIBITION IN A CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

ABSTRACT: The essay tries to offer a constitutional view of the "surrogacy". It would analyse the legal interests protected by the Italian absolute prohibition of surrogacy, as laid down by the law on medically assisted procreation no. 40/2004. It starts by explanation the two different perspectives to observe the prohibition laid down by the article 12, co. 6 of the law no. 40/2004. Especially, the paper considers the "ex post" perspective that is when intended parents apply for recognition of legal parentage. The paper analyses the most recent jurisprudence regarding "public order limit" and "the best interests of the child" to demonstrate the irrelevance about woman position. Moving from the Constitutional Court sentence no. 272/2017, the paper suggests to interpret the surrogacy prohibition in accordance with articles no. 2, 3 and 32 of Italian Constitution.

KEYWORDS: surrogacy; constitutional rights; woman dignity; best interests of the child; balance

SOMMARIO: 1. Il divieto di maternità surrogata nell'ordinamento italiano: una questione di prospettiva – 2. La maternità surrogata quale tecnica di procreazione medicalmente assistita che necessita di un corpo di donna – 3. Quando il divieto opera *ex post*: la trascrizione degli atti di nascita formati all'estero tra ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore – 4. Il "superiore" interesse del minore dopo la sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale – 5. Per una prospettiva costituzionale da cui osservare il divieto di maternità per surrogazione.

---

\* Dottoressa di ricerca in Scienze giuridiche, Università degli Studi di Cagliari. E-mail: [cecchini@unica.it](mailto:cecchini@unica.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

## 1. Il divieto di maternità surrogata nell'ordinamento italiano: una questione di prospettiva.

Negli ultimi anni, il tema della maternità surrogata è al centro di un acceso dibattito che registra opinioni diametralmente opposte all'interno della letteratura giuridica<sup>1</sup>.

Sono molteplici, infatti, le questioni etiche, politiche e, per quel che interessa in questa sede, giuridiche sollevate da tale tecnica di procreazione medicalmente assistita in base alla quale una donna porta a termine una gravidanza per conto di altri<sup>2</sup>.

Nell'ordinamento italiano, il ricorso alla maternità per surrogazione è stato espressamente vietato dall'art. 12, co. 6 della legge n. 40/2004<sup>3</sup>, che ha eliminato ogni dubbio circa la sua ammissibilità<sup>4</sup>. Ta-

<sup>1</sup> La letteratura giuridica in argomento è oramai copiosa, senza pretesa di esaustività: C. SHALEV, *Birth power: the case for surrogacy*, New Haven, 1989, trad. it., *Nascere per contratto*, Milano, 2000, *passim*. Per una critica alla prospettiva liberale proposta da Shalev, si vedano le riflessioni di L. GIANFORMAGGIO, *Correggere le disuguaglianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'eguaglianza?*, in *Dem. dir.*, 1, 1996, 53-71, ora in L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, 2005, 201-221; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000; Id., *La Maternità per sostituzione*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, I, Milano, 2011, 1479-1494; S. SERRAVALLE, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, 2018, spec. 20-34; M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur. Merito*, II, 2010, 358 ss. Per una prospettiva comparata, si veda A. LORENZETTI, *Maternità surrogata*, in *Dig. priv.*, agg. VI, 2011, 617-632. Con riferimento agli studi a più voci, si vedano i contributi contenuti in A. GRAZIANI, I. CORTI (a cura di), *Verso nuove forme di maternità?*, Milano, 2002, *passim*; i contributi raccolti nel numero 2, 2016 di questa *Rivista* che ha dedicato al tema un'approfondita *call for papers*; i saggi raccolti in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, *passim*; nel *Focus Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)*, in *Genlus*, 2, 2017, curato da Barbara Pezzini e reperibile sul sito [www.Articolo29.it](http://www.Articolo29.it); e, da ultimo, gli studi in L. CHIEFFI (a cura di), *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese*, Quaderni di bioetica, Milano-Udine, 2018, *passim*. Tra coloro che propendono per la valorizzazione del diritto della donna di disporre liberamente del proprio corpo: R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in questa *Rivista*, 2, 2016, 3 ss.; V. FRANCO, *Gestazione per altri e bioetica*, in *Bioetica*, 1, 2016, 268 ss. In direzione opposta, seppur con posizioni non sempre coincidenti, esprimono preoccupazione per la dignità della donna: B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, 183-245; Id., *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, 91-118; S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, 191-234; E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) dalla legge nazionale*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, 3-28; G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, 78-90.

<sup>2</sup> Come si vedrà meglio nel prossimo paragrafo, esistono diverse tipologie della tecnica definita surrogazione di maternità o gestazione per conto di altri. Più in particolare, si distinguerà tra la cosiddetta maternità per surrogazione tradizionale e quella gestazionale, le quali si differenziano per l'appartenenza o meno del materiale genetico (il gamete fecondato) alla donna (madre biologica) che inizia e porta a termine la gravidanza per conto di altri (genitori intenzionali).

<sup>3</sup> Art. 12, co. 6 legge n. 40/2004: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

<sup>4</sup> La giurisprudenza di merito precedente all'entrata in vigore della legge n. 40/2004, infatti, aveva già rilevato i problemi derivanti dalla soprarichiamata scissione della figura materna determinata dall'applicazione di surrogazione di maternità all'estero. In particolare, in assenza di un espresso divieto, il Tribunale di Roma aveva ritenuto che «la coincidenza tra maternità, gravidanza e parto è un costrutto fondamentale della nostra psicologia,

le divieto, tuttavia, non è riuscito ad arginare il cosiddetto fenomeno del turismo procreativo, vale a dire la tendenza dei cittadini italiani a recarsi in Paesi con una legislazione più permissiva in tema di procreazione al fine di sottoporsi alla pratica in discorso<sup>5</sup>.

L'espansione di tale prassi ha condotto gli interpreti a osservare il fenomeno della surrogazione di maternità da due differenti prospettive<sup>6</sup>.

La prima lo prende in considerazione *ex ante*, ossia quale modalità procreativa della cui ammissibilità si ragiona *de jure condendo*<sup>7</sup>. In particolare, stante il richiamato divieto, ci si interroga sulla possibilità di distinguere tra maternità surrogata altruistica e commerciale, al fine di ammettere la prima e continuare a vietare soltanto la seconda. Si ritiene, infatti, che il contratto abbia natura altruistica quando la "madre-surrogata" non percepisce alcun corrispettivo e si limita a ricevere un rimborso spese; al contrario, si considera oneroso l'accordo che prevede espressamente un corrispettivo per la prestazione d'opera. A ben guardare, tuttavia, il *discrimen* tra le due ipotesi è davvero labile, poiché anche nei casi in cui la prestazione della donna si qualifichi gratuita, attorno ad essa si sviluppano svariate attività che gratuite non sono<sup>8</sup>. In molti ordinamenti in cui la maternità surrogata commerciale è formalmente vietata, infatti, il divieto viene facilmente *aggirato* attraverso la previsione di clausole generiche secondo le quali i genitori intenzionali garantiscono "equi rimborsi" alla gestante, che si traducono in un vero e proprio corrispettivo per assicurarsi che quest'ultima non decida, al momento del parto, di tenere il bambino<sup>9</sup>.

---

e la figura di una madre genetica, ma non gestante, assume i contorni quasi di una paternità femminile che sembra contrastare con le stabili linee della concezione dei rapporti familiari e della procreazione» (Tribunale di Roma, ordinanza 17 febbraio 2000, con nota di M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*, in *Corriere Giur.*, 4, 2000, 483).

<sup>5</sup> Alcuni Paesi, infatti, hanno adottato legislazioni di tipo permissivo, seppur differentemente modulate a seconda che consentano la GPA cosiddetta «gratuita o altruistica» o quella «commerciale». A titolo esemplificativo ma non esaustivo, tra i Paesi che consentono la GPA *gratuita* si possono ricordare il Belgio, l'Australia, il Regno Unito, come si dirà a breve, i Paesi Bassi, la Danimarca, l'Ungheria, l'Irlanda, l'Australia, il Canada, gli Stati Uniti (soltanto alcuni Stati, come lo Stato di New York, il New Jersey, New Mexico, Virginia e Washington), la Grecia. Permettono, invece, il ricorso alla GPA *commerciale* la Russia, l'Ucraina, la Georgia, l'Armenia, Cipro, l'India, la California, la Florida, l'Illinois, il Texas e il Massachusetts. I dati sono stati reperiti all'indirizzo [www.internazionale.it/notizie/2016/03/03/maternita-surrogata-dove-regole](http://www.internazionale.it/notizie/2016/03/03/maternita-surrogata-dove-regole) (ultima consultazione 04/03/2019). Sul punto cfr.: R. LA RUSSA, A. CAMPOLONGO, R.V. VIOLA, V. GATTO, M. SCOPETTI, A. SANTURRO, C. DI LASCIO, E. TURILLAZZI, P. FRATI, *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali*, in *Responsabilità civile e Previdenza*, 2, 2017, 683 ss.). Altri Paesi, come l'Italia, vietano tanto la GPA gratuita quanto quella commerciale (Francia, Italia, Spagna e Polonia). Al riguardo, si veda l'analisi svolta da: L. CHIEFFI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, 13.

<sup>6</sup> Più specificatamente, hanno osservato che il fenomeno in esame debba essere analizzato secondo due prospettive differenti (*ex ante* e *ex post* rispetto alla sua concreta applicazione e alla conseguente nascita del bambino): S. NICCOLAI, *op. cit.*, 193 ss. ed E. OLIVITO, *op. cit.*, 9 ss.

<sup>7</sup> S. NICCOLAI, *op. cit.*, 193.

<sup>8</sup> Si pensi, ad esempio, all'intermediazione a titolo oneroso che agenzie professionali mettono a disposizione dei genitori intenzionali, ai servizi medici e a quelli legali.

<sup>9</sup> E. OLIVITO, *op. cit.*, cit., p. 20; C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di telescopi e di microscopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, 134. In particolare, quest'ultima autrice sottolinea il *business* che si cela dietro la maternità per surrogazione riportando il catalogo prezzi del sito *Biotexcom*, la Clinica della medicina riproduttiva sul sito [www.uteroinaffitto.com](http://www.uteroinaffitto.com): «il "bambino-cosa" (...) che

La seconda prospettiva, invece, consente di osservare il fenomeno *ex post*, vale a dire una volta che il bambino, nato in un Paese estero, si trova presso i genitori intenzionali che chiedono il riconoscimento dello *status filiationis* nell'ordinamento italiano<sup>10</sup>.

In questa sede si prenderà in considerazione soltanto questa seconda prospettiva.

Più precisamente, in primo luogo, si porrà l'accento sulla circostanza per cui ciò che si rende sempre necessario affinché la surrogazione di maternità possa realizzarsi è il corpo di una donna<sup>11</sup>, la cui imprescindibilità per l'intero ciclo procreativo rende paradossale il silenzio serbato dalla giurisprudenza, e da parte della letteratura, in ordine agli interessi e ai diritti della madre gestante celati dietro l'intangibile diritto di autodeterminazione di quest'ultima. Al riguardo, ci si soffermerà sul bilanciamento effettuato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità tra la compatibilità con l'ordine pubblico internazionale degli atti stranieri su cui il rapporto di filiazione si fonda e l'interesse del minore a non essere privato del riconoscimento giuridico di tale rapporto di filiazione con uno o entrambi i genitori intenzionali.

In secondo luogo, l'analisi dei termini di questo bilanciamento, non soltanto consentirà di dimostrare che nella valutazione dell'interesse del minore non assume alcuna rilevanza il legame con la madre gestante, ma stimolerà, altresì, delle riflessioni di più ampio respiro sull'atteggiarsi dei rapporti tra legislatore, giudici comuni e Corte costituzionale relativamente alla concezione volontaristica dei diritti a cui parrebbero tendere le più recenti interpretazioni in tema di surrogazione di maternità.

In ultimo, muovendo da quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 272/2017 sulla necessità di bilanciare l'interesse del minore con gli altri valori in gioco, si suggerirà di osservare il divieto di maternità per surrogazione da una prospettiva rispettosa dei principi stabiliti dagli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione. Discostandosi, infatti, dall'idea secondo la quale il diritto di autodeterminazione è da intendersi privo di limiti, si cercherà di dimostrare come una lettura del fenomeno guidata dalle richiamate disposizioni costituzionali consenta non soltanto di tutelare il minore nato all'estero da surrogazione di maternità, ma anche *tutti* gli altri interessi costituzionali coinvolti, compresa la dignità della persona umana.

## 2. La maternità surrogata quale tecnica di procreazione medicalmente assistita che necessita di un corpo di donna

Come la storia insegna, la pratica della surrogazione di maternità è antica. Nella Bibbia, nelle fonti di diritto romano e in molte opere letterarie, infatti, si narra di mogli che, "non riuscendo a dare" dei fi-

---

per averlo è bastato pagarlo, scegliendo tra la formula "Successo assicurato" (9.900 euro in "offerta speciale"), "Economy" (29.900 euro), "Standard" (39.900 euro), "Vip Surrogacy" (49.900 euro), "Pacchetto ovodonazione ideale più passaggio al bimbo in braccio (9.900 euro + 29.900 euro) (già, quanto saranno disposti a pagare i suoi genitori per averlo?)».

<sup>10</sup> B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, in questa *Rivista*, 2, 2016, 45.

<sup>11</sup> Di questo avviso, B. PEZZINI, *op. cit.*, 193, secondo la quale non si può ignorare che «le donne hanno un corpo femminile che permette la procreazione e che resta, almeno per il momento, essenziale anche in tutte le procedure mediche che possono arrivare a produrre embrioni fuori dal corpo di una madre, ma che del corpo di una madre hanno bisogno per consentirne lo sviluppo».

gli ai propri mariti, acconsentivano a farli “unire” ad altre donne, in genere schiave, al fine di assicurare loro una discendenza<sup>12</sup>.

Oggi, si parla di «maternità per sostituzione» o su commissione<sup>13</sup>, ovvero di «locazione o affitto d’utero», diventato «utero in affitto» nel linguaggio corrente, oppure, ancora, di «gestazione per altri» o «per conto di altri» (GPA), per indicare la tecnica di procreazione medicalmente assistita attraverso la quale una donna, detta «gestante per altri» o «madre surrogata» (*surrogate mother*<sup>14</sup>), provvede alla gestazione per conto di una o più persone, definite i genitori intenzionali o sociali del nascituro<sup>15</sup>. Accanto all’ipotesi cosiddetta «tradizionale» (*straight, or full or traditional surrogacy*<sup>16</sup>),

<sup>12</sup> Molti autori si sono soffermati sulle origini della pratica in esame. Senza pretesa di esaustività, si vedano in particolare: R. BIN, *op. cit.*, 1 ss., muove la sua riflessione a partire dal racconto biblico di Abramo, sua moglie Sarah e la schiava Agar (*Genesi, 16:2, 16:4*) e dei Vicerè di F. DE ROBERTO, Parte II, § 5; S. POZZOLO, *Gestazioni per altri (e altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in questa *Rivista*, 2, 2016, 95 ss., invece, richiama la storia di Rachele e Giacobbe (*Genesi 30,3*), M.V. AVANZINELLI, *Sterilità e fecondità delle donne bibliche*, Storia delle donne, 1, Firenze, 2005, 75-88. Quanto alla cosiddetta cessione del ventre, vale a dire la prassi dell’esperienza giuridica romana per cui il marito poteva cedere la propria moglie fertile ad un altro uomo allo scopo di procreare, si vedano in particolare gli scritti di Eva Cantarella: E. CANTARELLA, *La vita delle donne*, in *Storia di Roma, IV. Caratteri e morfologia*, Torino, 1989, 590 ss.; Id., *Marzia e la locatio ventris*, in *Vicende e figure femminili in Grecia e Roma*, Ancona, 1955, 251 ss.; Id., *Passato prossimo: donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano, 1998, 98 ss. In particolare sulla vicenda della *locatio ventris* di Marzia, si veda quanto riportato da Apiano, *De bellis civilibus Romanorum*, 2, 14, 99: «Catone aveva sposato Marzia, la figlia di Filippo, quando era ancora molto giovane; era molto attaccato a lei, e da lei aveva avuto dei figli. Tuttavia, la diede a Ortensio, uno dei suoi amici, che desiderava avere figli ma che era sposato a una donna sterile. Dopo che Marzia ebbe dato un figlio anche a lui, Catone la riprese di nuovo in casa, come se l’avesse prestata».

<sup>13</sup> I. CORTI, *op. cit.*, 4. L’A. spiega la scelta a favore dell’espressione «maternità per sostituzione» in quanto in grado di sottolineare, quale elemento caratterizzante, il contesto relazionale tra due donne, una delle quali «si presta ad avere una gravidanza per un’altra».

<sup>14</sup> Nel Regno Unito, il *Surrogacy Arrangement Act* del 1985, poi modificato nel 1990 e nel 2008, definisce la *surrogate mother* come colei che, in forza di un accordo, concluso prima dell’inizio della gravidanza, si è impegnata a consegnare il bambino che nascerà ad un’altra persona o ad altre persone (i cosiddetti *intentional parents*), rinunciando, a loro favore, anche alla responsabilità genitoriale (attraverso il cosiddetto *parental order*): «“*Surrogate mother*” means a woman who carries a child in pursuance of an arrangement. (a)made before she began to carry the child, and (b)made with a view to any child carried in pursuance of it being handed over to, and [parental responsibility being met] (so far as practicable) by, another person or other persons» (*Surrogacy Arrangement Act 1985*, chapter 49, article 1 “*Meaning of “surrogate mother”, “surrogacy arrangement” and other terms*”). La letteratura straniera in tema di *surrogacy* è ricca, tra i tanti si vedano gli studi di: P. BEAUMONT, K. TRIMMINGS, *Regulating International Surrogacy Arrangements*, in *I.F.L.*, 2012, 125- 128; M. BRAZIER, E. CAVE (a cura di), *Medicine, patients and the law*, Manchester University Press, 2016, 355-386; N. GAMBLE, *Surrogacy: creating a sensible national and international legal framework*, in *International Family Law*, 2012, 308-311; K. HORSEY, *Challenging presumptions: legal parenthood and surrogacy arrangements*, in *C.F.L.Q.*, 22, 2010, 449-474; K. HORSEY, S. SHELDON, *Still Hazy After All These Years: The Law Regulating Surrogacy*, in *Med Law Rev*, 20, 2012, 67; G. LAURIE, J.K. MASON & MCCALL SMITH’S (a cura di), *Law and Medical Ethics*, Oxford University Press, 2016, 305-319; J. RAMSEY, *Fit for the 21st Century? A Review of Surrogacy Provisions Within the Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, in *Medical Law International*, 7, 2006, 281-308; J. RAMSEY, *Paying for Reproduction – The Case Against Paid Surrogacy*, in *Juridical Review*, 2006, 325-349; S. SHERWING, *Personalizing The Political, Negotiating Feminist, Medical, Scientific, and Commercial Discourses Surrounding Breast Cancer*, in M.C. RAWLINSON, S. LUNDEEN (a cura di), *The Voice of Breast Cancer in Medicine and Bioethics*, Dordrecht, Netherlands, Springer, 2006, 3-19.

<sup>15</sup> Esistono differenti tipologie della pratica in esame: la cosiddetta maternità «surrogata eterologa o gestazionale» (anche definita «gestazione per conto di altri», o GPA) si ha quando una donna si limita alla sola gestazio-

vale a dire quella in cui una donna si rende disponibile a farsi fecondare dal seme di un uomo, futuro genitore sociale, portando avanti la gravidanza per conto della coppia sterile, vi è la cosiddetta gravidanza surrogata «gestionale», ossia l'ipotesi di una donna che accetta l'impianto di un ovulo già fecondato in vitro il cui materiale genetico le è totalmente estraneo<sup>17</sup> (*host or gestational surrogacy*<sup>18</sup>). Pertanto, il progresso tecnico-scientifico nell'ambito della procreazione artificiale non ha fatto altro che consentire a quell'antica prassi di realizzarsi senza che il "donatore di sperma"<sup>19</sup> e la donna che offre il proprio grembo debbano unirsi carnalmente, né tanto meno mai incontrarsi<sup>20</sup>.

ne di embrioni creati con i gameti della coppia "committente", dei genitori intenzionali; oppure vi è la cosiddetta «maternità doppiamente eterologa», che si configura quando i gameti sono estranei tanto alla madre quanto ai genitori intenzionali; infine, la «maternità surrogata tradizionale per concepimento e gestazionale» o «omologa» si determina quando la madre surrogata contribuisce al concepimento anche con i propri ovociti. Al riguardo, cfr. M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata nella pronuncia della Corte di appello di Bari: la nozione di ordine pubblico internazionale e il criterio dell'interesse del minore*, in *Giur. mer.*, 2, 2010, 44. Sul punto cfr. 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 *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, 149-177.

<sup>16</sup> The *straight* (also known as full or traditional) surrogacy is «when the surrogate provides her own eggs to achieve the pregnancy. The intended father, in either a heterosexual or male same-sex relationship, provides a sperm sample for conception through either self-insemination at home (there may be additional health and legal risks to carrying at self-insemination at home compared to treatment in a clinic) or artificial insemination with the help of a fertility clinic. If either the surrogate or intended father has fertility issues, then embryos may also be created *in vitro* and transferred into the uterus of the surrogate». (*A Guidance of Department of Health & Social Care: The Surrogacy Pathway\_ Surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales*, February 2018).

<sup>17</sup> R. BIN, *op. cit.*, 3-4. Al riguardo, l'A. evidenzia che sussistono undici differenti ipotesi, date da molteplici combinazioni in cui possono atteggiarsi i rapporti tra genitori intenzionali e madre surrogata (5 relative alle coppie eterosessuali e 6 per le coppie omosessuali) sono profondamente diverse tra loro, poiché, ad esempio, per alcune di esse esiste nella coppia almeno un genitore biologico, in altre no.

<sup>18</sup> «The *host* (also known as *gestational*) surrogacy is when the surrogate doesn't provide her own egg to achieve the pregnancy. In such pregnancies, embryos are created *in vitro* and transferred into the uterus of the surrogate using: eggs of the intended mother fertilised with sperm of the intended father or donor; or eggs of a donor fertilised with sperm of the intended father, where the intended mother cannot use her own eggs or the IPs are a same-sex male couple». (*A Guidance of Department of Health & Social Care: The Surrogacy Pathway\_ Surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales*, February 2018).

<sup>19</sup> Sebbene comunemente denominato "donatore di sperma", a ben guardare, tolti i pochi casi di altruismo, normalmente non si tratta di donazioni di gameti, né di sperma né di ovociti. Al riguardo, S. POZZOLO, *op. cit.*, 96, osserva come sia più opportuno utilizzare un altro termine – ad esempio "apportatore" di sperma – che dia conto della reale situazione, poiché i gameti vengono venduti come qualsiasi altro bene sul mercato.

<sup>20</sup> Al riguardo, da una prospettiva femminista, è stato osservato che l'evoluzione della tecnica medico-scientifica avrebbe, infatti, realizzato un'apparente parificazione tra la posizione dell'uomo e quella della donna, le quali costituiscono due situazioni che presentano specifiche differenze, a partire dalle modalità con cui si ottengono lo sperma e l'ovocita. Sul punto, cfr. S. POZZOLO, *op. cit.*, 95. Al riguardo, C. Shalev ha osservato che «la differenza tra paternità e maternità biologica non è limitata al fatto che la gestazione è solo delle donne, anche il processo attraverso il quale vengono riprodotti i materiali germinali è infatti essenzialmente diverso nell'uomo e nella donna (...) lo sperma può sempre essere ottenuto, in qualsiasi momento, con il metodo semplice, volontario ed autocontrollato della masturbazione, mentre per ottenere ovuli maturi è necessaria una complicata procedura che include la terapia ormonale e la sincronizzazione del ciclo femminile di ovulazione, e termina con la sottoposizione della donna a un intervento medico invasivo» (C. SHALEV, *op. cit.*, 117). Dello stesso avviso, è L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza*, in *Dem. dir.*, 2, 1993, 63.

Diversamente dalle altre tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) ammesse dalla legge n. 40/2004, tuttavia, la maternità per surrogazione necessita non soltanto dell'esecuzione di un'inseminazione artificiale di tipo omologo o eterologo per il momento fecondativo, ma anche di una gestazione di nove mesi e di un parto compiuti da una donna per conto di altri<sup>21</sup>. In altre parole, di un corpo femminile di un'altra donna per l'intero ciclo procreativo<sup>22</sup>. Tale circostanza la differenzia dalle altre tecniche di PMA, in quanto, coinvolgendo una donna estranea alla coppia che condivide il progetto genitoriale, è in grado di determinare la scissione della maternità in tre diversi ruoli: la madre gestante, genetica e sociale. La prima, anche detta madre uterina o biologica, infatti, è colei che porta avanti la gestazione e partorisce. La madre genetica, invece, in genere è anonima ed è colei che mette a disposizione gli ovociti. Infine, la madre sociale, denominata anche madre committente, è

---

Tuttavia, occorre precisare che non esiste un'unica prospettiva femminista da cui osservare il fenomeno in discorso, in quanto tra l'elaborazione femminista in tema di maternità surrogata e, più in generale, in tema di bioetica si è articolata principalmente in due modi: il primo, debitore della strategia emancipazionista tipica del femminismo della prima ondata, portatore di un'istanza di giustizia nei confronti delle donne o di altri soggetti discriminati in un'ottica di eguale trattamento ed eguale dignità femminile; il secondo, invece, legato al femminismo della seconda e della terza ondata, volto a riformulare i criteri stessi su cui si muove la riflessione bioetica e a mettere in discussione le nozioni stesse di «consenso» e «autonomia». Sul punto cfr. C. BOTTI, *Bioetica ed etica delle donne. Relazioni, affetti e potere*, Milano, 2000, spec. 137-227; ID., *Prospettive femministe nel dibattito bioetico contemporaneo*, in TH. CASADEI (a cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Torino, 2015, spec. 105 ss.; E. MAESTRI, *Fabbriche della vita. La critica ecofemminista alle tecniche riproduttive artificiali*, in *Ragion pratica*, 2, 2011, 418. Esprimono preoccupazione per i pericoli di sfruttamento del corpo femminile: D. DANNA, «*Fare un figlio per altri è giusto*». *Falso*, Roma-Bari, 2016, *passim*; P. BINETTI, *Maternità surrogata: un figlio a tutti i costi*, Roma, 2016, *passim*; L. MURARO, *L'anima del corpo. Contro l'utero in affitto*, Milano, 2016, spec. 31-54. Più estreme le posizioni di Sylviane Agacinski (*Agacinski, femminista e socialista francese, contro l'utero in affitto: «Le madri surrogate sono le schiave moderne»*, in [www.tempi.it](http://www.tempi.it), 1 marzo 2014) e del movimento *Se non ora quando*, che nel dicembre 2015 ha proposto un appello alle Istituzioni Europee affinché tale pratica sia dichiarata illegale in Europa e a livello globale ([www.cheliberta.it](http://www.cheliberta.it)).

<sup>21</sup> Sebbene la tecnica di procreazione medicalmente assistita (PMA) venisse praticata anche in Italia già dagli anni Ottanta del secolo scorso, tuttavia, a lungo è mancata una disciplina legislativa che ne regolasse le modalità di applicazione. A sottolineare tale lacuna era stata la Corte costituzionale che, con la sentenza monito n. 347/1998, aveva sollecitato il legislatore a colmare il vuoto esistente in materia. In particolare, la Corte lamentava la mancata tutela, a causa dell'assenza di una legge in tema di procreazione medicalmente assistita, di «plurime esigenze costituzionali», quali innanzitutto «le garanzie per il nuovo nato» in relazione ai suoi «diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità». Diritti che «è compito del legislatore specificare» (Corte costituzionale, sentenza n. 347/1998, *cons. dir.* 3). Dopo un iter legislativo iniziato nel 1998 (nel luglio del 1998, la Commissione Affari sociali della Camera dei Deputati aveva presentato all'Aula il progetto di legge unificato recante «Disciplina della procreazione medicalmente assistita» (AC 414-A), la cui discussione ha avuto inizio solo ai primi di febbraio del 1999), la PMA viene per la prima volta regolata dalla legge n. 40 del 19 febbraio 2004. Nella sua formulazione originaria, la legge n. 40 limitava l'accesso alla fecondazione assistita alle sole coppie eterosessuali, infertili e sterili, vietando la diagnosi preimpianto sugli embrioni, la fecondazione di tipo eterologo e la surrogazione della maternità, vale a dire il trasferimento di un ovocita nel corpo di una donna estranea alla coppia. L'impianto rigido della formulazione originaria determinò il sorgere di molteplici problemi interpretativi, i quali stimolarono l'inizio di una campagna referendaria finalizzata all'abrogazione dell'intera legge.

<sup>22</sup> Di questo avviso è B. PEZZINI, *op. cit.*, 193, secondo la quale non si può ignorare che «le donne hanno un corpo femminile che permette la procreazione e che resta, almeno per il momento, essenziale anche in tutte le procedure mediche che possono arrivare a produrre embrioni fuori dal corpo di una madre, ma che del corpo di una madre hanno bisogno per consentirne lo sviluppo».

colei che ha espresso, insieme al proprio *partner*, la volontà di assumere in proprio e integralmente, la responsabilità genitoriale sul figlio appena nato<sup>23</sup>.

Tale frammentazione della figura materna costituisce, dunque, una peculiarità della surrogazione di maternità proprio perché, in altre ipotesi di PMA come ad esempio la donazione di ovuli, si determina soltanto la scissione tra madre genetica e madre biologica e non, al contrario, tra madre biologica/gestante e madre sociale. Circostanza che, invece, ha notevoli ripercussioni sull'individuazione giuridica della figura materna che, ai sensi dell'art. 269, co. 3 c.c., è colei che partorisce<sup>24</sup>. Tale disposizione, infatti, costituisce il caposaldo dell'istituto della filiazione naturale, espressione di un principio fondamentale e di ordine pubblico che disciplina un diritto inviolabile della persona a tutela della sua dignità, «dell'identità personale e della sua collocazione nel contesto sociale»<sup>25</sup>.

Più in particolare, la circostanza che, in caso di GPA, la madre gestante non sia colei che ha intrapreso il progetto genitoriale col proprio *partner* travolge la garanzia di certezza sull'identità materna espressa dal noto principio *mater semper certa est*<sup>26</sup>, mettendo in discussione il concetto stesso di genitorialità e i principi fondamentali dell'ordinamento, a partire da quello di certezza del diritto. Principi che, al contrario, non vengono intaccati, ad esempio, nell'ipotesi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in cui la madre biologica e la madre sociale coincidono nonostante il mate-

<sup>23</sup> Al riguardo, preme soffermare l'attenzione sulla circostanza che l'art. 5 della legge n. 40/2004, rubricato «requisiti soggettivi», stabilisce: «fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Pertanto, qualora si legga l'art. 5 sotto la «lente» dell'eguaglianza ex art. 3 Cost., emerge con evidenza la subordinazione della scelta procreativa all'esistenza di condizioni personali specificatamente previste (coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi) dalle quali rimangono escluse le coppie omosessuali e le donne. Fondando la possibilità di accesso alle tecniche di PMA unicamente su condizioni personali, non giustificate da un altro interesse idoneo a giustificare – in misura proporzionata e necessaria – una simile ingerenza nella sfera dell'autodeterminazione, l'art. 5 in parola parrebbe presentare dei profili di incostituzionalità. In particolare, l'art. 5 l. n. 40/2004 parrebbe riproporre, da un lato, il «paradigma eterosessuale» che già caratterizza l'istituto del matrimonio e, dall'altro, «il controllo politico del corpo femminile, risultando, tra l'altro, affetta da irragionevolezza, proprio in quanto l'art. 1 della legge stabilisce che la sua finalità risiede nella soluzione dei problemi derivanti dalla sterilità o infertilità della *persona umana*» (S. RODOTÀ, *Il corpo giuridificato*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *op. cit.*, 73). Particolarmente critico sul punto, già prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004, è R. BIN, *Il figlio di Lady Chatterley*, in *Quad. cost.*, 4, 2002, 793 ss. In particolare, l'A. evidenzia: «(...) Si ingegna di impedire la proliferazione di modelli educativi infelici, ed infatti la legislazione sull'adozione pretende l'omologazione assoluta alla «famiglia felice» (benché, ahimè, non benedetta dal dono divino della procreazione) e, con la scusante del non perfetto incrocio tra domanda e offerta di amore filiale, preferisce comunque in astratto la sana sicurezza dell'orfanotrofio ai pericoli devastanti derivanti da famiglie di fatto o da genitori «single», dietro ai quali, orrore!, si cela di certo il morbo infettivo dell'omosessualità».

<sup>24</sup> Il comma terzo dell'art. 269 c.c. stabilisce che: «la maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre».

<sup>25</sup> M.R. MOTTOLA, *Art. 269*, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano, 2010, 404.

<sup>26</sup> La celebre definizione di maternità e paternità espressa dal brocardo latino si deve al frammento del IV lib. *ad Edictum* di Paolo inserito nel Digesto (D. 2.4.5): «*Quia semper certa est, etiam si volgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*». Il passo stava, dunque, a significare che, anche con riferimento alle nascite extra-coniugali, la madre «*semper certa est*», mentre il padre, sulla base di una presunzione giuridica, è «*quem nuptiae demonstrant*».

riale genetico appartenga a un'altra donna (madre genetica), risultando, dunque, salvaguardato il rapporto tra la madre gestante e il nato ai sensi dell'art. 269, co. 3 c.c.<sup>27</sup>.

Con riferimento al soprarichiamato progetto dei genitori intenzionali, preme ricordare che la Corte costituzionale lo ha qualificato quale espressione fondamentale della libertà di autodeterminazione ai sensi degli artt. 2, 3 e 31 della Costituzione<sup>28</sup>. Più precisamente, la Corte ha affermato che «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile»<sup>29</sup>. È evidente, dunque, che a fronte del riconoscimento dell'«incoercibile diritto di diventare genitori», diventa sempre più difficile trovare ragionevoli argomentazioni giuridiche idonee a giustificare una distinzione tra le tecniche procreative ammesse per soddisfare tale diritto e quelle, invece, da considerarsi vietate<sup>30</sup>.

Sebbene, dunque, la scissione dell'identità materna in tre ruoli determini i soprarichiamati problemi di certezza nell'individuazione della figura materna, il dibattito stimolato dal fenomeno turismo procreativo non sembra, tuttavia, concentrarsi sulla posizione delle donne coinvolte, a vario titolo, nel processo riproduttivo e, in particolare, su quella della madre biologica, la quale instaura con il nascituro una relazione capace di rendere la donna «due e tutt'uno (unità duale)»<sup>31</sup>. Se è vero, infatti, che la gravidanza costituisce una «esperienza relazionale complessa, profondamente segnata dalla condivisione corporea ed inevitabilmente asimmetrica, che sfugge ai parametri ed alle categorie con cui il diritto considera abitualmente le relazioni intersoggettive (presupponendo soggetti interamente separati)»<sup>32</sup> e, soprattutto, se è vero che neppure le nuove tecnologie riproduttive consentono di prescindere dal corpo della donna per l'intero ciclo procreativo, ma soltanto per il momento fecondativo, allora nell'esame degli interessi dei soggetti coinvolti, quello della madre surrogata – coincidente con la tutela della sua dignità – dovrebbe essere necessariamente bilanciato con quello del minore a vedersi riconosciuto lo *status filiationis* in ragione del rapporto di genitorialità instaurato con i genitori intenzionali. Ciò, tuttavia, non accade. Quando il divieto ex art. 12, co. 6 l. n. 40/2004 è

<sup>27</sup> Sul punto, si vedano le riflessioni di F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso irragionevolmente interrotto*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, 33; I. CORTI, *La Maternità per sostituzione*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *op. cit.*, 1490 ss.

<sup>28</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 162/2014, *cons. dir.* 6.

<sup>29</sup> «La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera» (Corte costituzionale, sentenza n. 162/2014, *cons. dir.* 6).

<sup>30</sup> Alcuni hanno evidenziato che da queste parole della Corte potrebbe ricavarsi un vero e proprio «diritto al figlio», e il diritto alla fecondazione eterologa per ottenerlo. Si tratterebbe, infatti, di un riconoscimento impegnativo e totalmente inedito per la giurisprudenza costituzionale, che nel 2009 aveva parlato genericamente di «esigenze di procreazione». Sul punto cfr.: C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in questa *Rivista*, 2, 2014, 81 ss.; I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, in questa *Rivista*, 2, 2014, 37-65.

<sup>31</sup> B. PEZZINI, *op. cit.*, 183.

<sup>32</sup> *Ibidem*, 191.

osservato *ex post*, infatti, l'attenzione degli interpreti si polarizza soltanto sul limite dell'ordine pubblico internazionale, da una parte, e sul *best interest(s) of the child*, dall'altra, con un'evidente compressione dei diritti della persona che svolge, in questo articolato processo, un ruolo imprescindibilmente necessario: la donna.

### 3. Quando il divieto opera *ex post*: la trascrizione degli atti di nascita formati all'estero tra ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore

L'espansione del fenomeno del turismo procreativo, dunque, ha condotto molti giudici nazionali a decidere se il rapporto di filiazione instauratosi tra il minore nato all'estero tramite surrogazione di maternità e la coppia committente, in forza delle regole dell'ordinamento estero, possa assumere rilevanza giuridica anche in Italia, ovvero se, al contrario, tale riconoscimento sia impedito dal limite generale dell'ordine pubblico internazionale<sup>33</sup>.

Anticipando sin d'ora quanto si dirà a breve, la prevalente giurisprudenza di merito si sta orientando nel senso di riconoscere il rapporto di filiazione in forza dell'assoluta prevalenza del "superiore" interesse del minore rispetto agli altri interessi in gioco e, soprattutto, nonostante il divieto posto dall'art. 12, co. 6 l. n. 40/2004, che viene sempre più frequentemente *aggirato* attraverso un'interpretazione estensiva del limite dell'ordine pubblico<sup>34</sup>.

Come è noto, prima della riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, l'eccezione di ordine pubblico internazionale costituiva la norma di chiusura delle *Disposizioni della legge in generale* preliminari al codice civile, di cui l'art. 31 prevedeva che «in nessun caso in nessun caso le leggi e gli atti di uno Stato estero (...) possono aver effetto nel territorio dello Stato, quando siano contrari all'ordine pubblico o al buon costume». Disposizione successivamente abrogata dalla legge n. 218/1995, la quale, agli artt. 16, 64 e 65 stabilisce, rispettivamente, che la legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico, e che le sentenze e i provvedimenti stranieri relativi all'esistenza dei rapporti di famiglia hanno effetto in Italia purché non siano contrari all'ordine pubblico. A tale quadro normativo, si aggiunge l'art. 18 del d.p.r. n. 396/2000 che impone l'intrascrivibilità degli atti formati all'estero che siano contrari all'ordine pubblico.

<sup>33</sup> In tema di ordine pubblico, tra i tanti, si vedano i lavori di C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 3-4, 1967, 359-381; L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Nov. Dig.*, XII, Torino, 1965, 130; A. CERRI, *Ordine pubblico (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXII, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1990, 1-11, Id., *Ordine pubblico (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, 2007, 1-3; A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, 1963, CLXV, 3 ss.; F. ANGELINI, *Ordine pubblico*, in *Diz. dir. pub.*, IV, Milano, 2006, 3998; Id., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea: i principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007; V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2018, 403-448; B. SALONE, *op. cit.*, 57; C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, 121.

<sup>34</sup> In particolare, con riferimento alla trascrizione degli atti di nascita formati all'estero, e di adozione di minori da parte di coppie omosessuali, si vedano: Cassazione nn. 12962 del 2016; 14878 del 2017; Corte d'Appello di Milano n. 16 ottobre 2015; Corte d'Appello di Napoli, 30 marzo 2016; Tribunale di Firenze, 7 marzo 2017; Tribunale di Firenze, 8 marzo 2017.

Sebbene, dunque, l'ordine pubblico internazionale costituisca il limite al riconoscimento di atti e discipline straniere, tuttavia, da tempo la giurisprudenza ha cercato di rimodularne l'operatività al fine di garantire una maggiore apertura degli ordinamenti<sup>35</sup>. Sin dalla sentenza n. 189 del 1981, infatti, la Corte di cassazione ha introdotto la distinzione tra principi di ordine pubblico che caratterizzano «la comunità nazionale in un determinato periodo storico», da un lato, e «principi comuni a molte nazioni di civiltà affine, intesi a tutela dei diritti fondamentali dell'uomo», dall'altro<sup>36</sup>. Quanto alla più recente giurisprudenza, assumono rilievo specialmente due pronunce del Giudice di legittimità che hanno ridefinito i contorni del limite di ordine pubblico in due direzioni opposte: la sentenza n. 24001/2014, da una parte, e la n. 19599/2016, dall'altra.

Nella sentenza n. 24001/2014, l'ordine pubblico internazionale è definito come «il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna» e, secondo la Cassazione, ai sensi degli artt. 11 e 117, co. 1 Cost., deve essere interpretato «nella sua completezza ossia includendovi principi, regole ed obblighi di origine internazionale o sovranazionale»<sup>37</sup>. Secondo la Suprema Corte, tuttavia, il limite in discorso non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili<sup>38</sup>.

Muovendo da tale definizione, la Cassazione ha qualificato il divieto di surrogazione di maternità ex art. 12, co. 6 l. n. 40/2004 come regola posta a presidio di beni giuridici fondamentali tra i quali la «la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato»<sup>39</sup>.

Due anni dopo, stimolata dalle più recenti decisioni della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo<sup>40</sup>, nella sentenza n. 19599/2016 la Cassazione ha fornito un'altra interpretazione del li-

<sup>35</sup> V. BARBA, *op. cit.*, 405.

<sup>36</sup> Corte di cassazione, Sezioni Unite, 8 gennaio 1981, n. 189. Al riguardo, cfr.: A. VIVIANI, *Coordinamento fra valori fondamentali internazionali e statali. La tutela dei diritti umani e la clausola di ordine pubblico*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 4, 1999, 847 ss.; F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso irragionevolmente interrotto*, cit., 38. L'anno successivo, la Corte costituzionale aveva chiarito che i principi di ordine pubblico dovessero essere «ascritti nel novero dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale» (Corte costituzionale, sentenza n. 18/1982, *cons. dir.* 5).

<sup>37</sup> La vicenda in discussione era quello di una coppia eterosessuale coniugata, che richiedeva la trascrizione in Italia dell'atto di nascita di un minore nato in Ucraina tramite surrogazione di maternità con donazione di entrambi i gameti e, dunque, non legato geneticamente a nessuno dei genitori intenzionali. Durante il processo, era emerso che il minore era stato generato in violazione sia della legge italiana sia di quella ucraina, in quanto quest'ultima consente la maternità surrogata a condizione che il 50% del patrimonio genetico del nascituro provenga dalla coppia committente.

<sup>38</sup> Corte di cassazione, sezione I, sentenza n. 24001/2014, punto 3.1. del *Diritto*.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> In particolare, Corte Edu, *Mennesson v. France* e *Labasse v. France*, 26 giugno 2014; *D. e altri v. Belgio*, 8 luglio 2014; e la nota sentenza *Paradiso e Campanelli v. Italia*, 27 gennaio 2015, riformata dalla Grand Chambre il 24 gennaio 2017.

mite dell'ordine pubblico, che ha condizionato la giurisprudenza di merito successiva<sup>41</sup>. In particolare, la Suprema Corte ha teorizzato una nozione «di maggiore apertura verso gli ordinamenti esterni e più aderente agli artt. 10 e 11 Cost., e art. 117 Cost., comma 1» fondata «su una maggiore partecipazione dei singoli Stati alla vita della comunità internazionale, la quale sempre meglio è capace di esprimere principi generalmente condivisi e non necessariamente tradotti in norme interne, così da sottrarre la nozione di ordine pubblico internazionale sia ad un'eccessiva indeterminatezza, sia ad un legame troppo rigido con i mutevoli contenuti delle legislazioni vigenti nei singoli ordinamenti nazionali»<sup>42</sup>.

Pertanto, muovendo da quest'ultimo significato di ordine pubblico, che consente un «progressivo e condivisibile allentamento del livello di guardia tradizionalmente opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di norme, istituti e valori estranei», la Suprema Corte ha elaborato il principio di diritto per cui «il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (nella specie, dell'atto di nascita), i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia (...) deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo»<sup>43</sup>.

Non limitandosi a enunciare tale principio di diritto, che già di per sé costituisce una grande apertura rispetto alle regole degli ordinamenti esterni, la Cassazione si è spinta oltre. Ha, infatti, affermato a chiare lettere che spetta ai giudici comuni effettuare «un giudizio (o un test) simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale, dovendosi ammettere il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui il giudice possa motivatamente ritenere che al legislatore ordinario sarebbe ipoteticamente precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con valori costituzionali primari»<sup>44</sup>. Ha, dunque, così sostenuto che si debba operare una sorta di giudizio di costituzionalità diffuso «per il quale il singolo giudice sarebbe chiamato a valutare l'accesso nel nostro ordinamento giuridico di norme di ordinamenti giuridici stranie-

<sup>41</sup> In questo caso, invece, la vicenda riguardava due donne, una italiana e una spagnola, coniugate in Spagna di cui una era la *madre genetica* del figlio, in quanto donatrice dei gameti, e l'altra era la *madre biologica* in quanto aveva condotto la gestazione e partorito il bambino. Si trattava, dunque, di un caso *sui generis*, in quanto sussisteva un rapporto di coniugio tra la donatrice dell'ovocita e la madre gestante e un comune progetto di genitorialità. Tuttavia, anche questo caso risultava contrario alla legge italiana, in particolare al soprarichiamato art. 5 della legge n. 40/2004. A seguito del rifiuto dell'ufficiale di stato civile italiano di procedere alla trascrizione dell'atto di nascita spagnolo con l'attribuzione della maternità a due donne per contrarietà all'ordine pubblico, le stesse hanno adito il Tribunale di Torino sino alla Cassazione che, con la sentenza di cui si discorre ha confermato la decisione di secondo grado della Corte d'appello, pronunciandosi in senso favorevole alla trascrizione.

<sup>42</sup> Cassazione civile, sez. I, sentenza del 30/09/2016 (ud. 21/06/2016, dep. 30/09/2016), n. 19599, punto 7 del *Diritto*. In particolare, prosegue la Corte: «Se l'ordine pubblico si identificasse con quello esclusivamente interno, le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto analogo a quelle italiane, cancellando la diversità tra i sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato» (Cassazione civile, sez. I, sentenza n. 19599/2016, punto 7 del *Diritto*).

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

ri»<sup>45</sup>. A ben riflettere, tuttavia, il giudice comune diversamente dalla Corte costituzionale, non dispone di un parametro di giudizio definito, ma è chiamato a decidere – caso per caso – dell’ingresso nel nostro ordinamento degli atti formati all’estero basandosi sui valori primari o essenziali dell’ordinamento italiano.

Pertanto, in forza di quest’ultima interpretazione, nel conflitto tra ordinamento del caso concreto secondo la legge italiana che vieta il ricorso alla surrogazione di maternità e ordinamento del caso concreto disciplinato dalla normativa straniera che, al contrario, ne riconosce la legittimità, l’eccezione di ordine pubblico internazionale è stato utilizzato quale tecnica argomentativa di bilanciamento finalizzata a dare prevalenza alla norma esterna<sup>46</sup>. A ben guardare, infatti, quando i giudici sono chiamati a verificare se sia consentito rendere efficace nel nostro ordinamento il provvedimento che riconosce una relazione di genitorialità fra i genitori intenzionali e il minore nato da GPA, ravvisano quale «unico requisito normativo la cui sussistenza è in discussione ai fini del riconoscimento, la compatibilità con l’ordine pubblico»<sup>47</sup>.

Recentemente, in ragione dei differenti approcci interpretativi offerti dalla giurisprudenza di legittimità sull’operatività del limite in discorso, le Sezioni Unite sono state chiamate ad esercitare la propria funzione nomofilattica, dovendo fornire un’uniforme interpretazione degli articoli della legge n. 218/1995 sopracitati<sup>48</sup>. Non essendosi ancora pronunciate, si attende, dunque, che le Sezioni unite facciano chiarezza sulla portata estensiva o restrittiva dell’interpretazione del limite di ordine pubblico internazionale e, conseguentemente, sugli effetti del divieto ex art. 12, co. 6 l. n. 40/2004<sup>49</sup>.

In definitiva, ad oggi, alla luce di una lettura non restrittiva della clausola di ordine pubblico internazionale, l’interesse che la giurisprudenza di merito ha ritenuto indiscutibilmente prevalente, e che viene assunto a criterio di carattere generale, è quello del minore, costantemente qualificato come “superiore”.

<sup>45</sup> C. TRIPODINA, *C’era una volta l’ordine pubblico. L’assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, cit., 125.

<sup>46</sup> Muovendo dalla nozione meno stringente di ordine pubblico espressa nella sentenza n. 19599 del 2016, hanno consentito la trascrizione degli atti di nascita formati all’estero e di adozione di minori da parte di coppie omosessuali: Cassazione nn. 12962 del 2016; 14878 del 2017; Corte d’Appello di Milano n. 16 ottobre 2015; Corte d’Appello di Napoli, 30 marzo 2016; Tribunale di Firenze, 7 marzo 2017; Tribunale di Firenze, 8 marzo 2017.

<sup>47</sup> Corte di Cassazione, I sez. civile, ordinanza n. 4382/2018, depositata il 22 febbraio 2018, 10.

<sup>48</sup> Con ordinanza n. 4382/2018, depositata il 22 febbraio 2018, la prima sezione civile della Corte di Cassazione ha rimesso al Primo presidente la controversia relativa alla trascrizione di un certificato di nascita canadese recante l’indicazione di due padri, affinché la assegnasse alle Sezioni unite. Più in particolare, la prima sezione civile ha rilevato che come la Corte d’appello abbia richiamato una nozione ristretta di “ordine pubblico” (limitata ai soli principi derivanti dalla Costituzione), fatta propria dalla stessa prima sezione della Corte di Cassazione con la nota sentenza n. 19599 del 2016 e da cui sembrano essersi discostate le Sezioni unite civili nella nota sentenza sui cosiddetti danni punitivi (sent. n. 16601 del 2017) che non corrispondono alla nostra tradizione giuridica. In definitiva, si è posta la questione se nell’ordinamento giuridico vigente, integrato anche da fonti sovranazionali, possa ravvisarsi una contrarietà all’omogenitorialità e se la violazione di divieti stabiliti nella legge n. 40/2004 possa ricadere o meno sullo *status* dei figli nati con tali tecniche in paesi in cui le stesse sono legittime.

<sup>49</sup> Al momento in cui si scrive (inizio marzo 2019), la questione non è stata ancora decisa dalle Sezioni Unite, la cui Camera di Consiglio era indicativamente prevista per il 6 novembre 2018.

#### 4. Il “superiore” interesse del minore dopo la sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale

Muovendo, dunque, da un’interpretazione sempre meno stringente del limite di ordine pubblico internazionale, i giudici nazionali sono ormai soliti escludere la sussistenza dei reati di false dichiarazioni a pubblico ufficiale e di alterazione di stato civile quando si richiede la trascrizione dell’atto di nascita formato regolarmente all’estero, in ragione della preminenza accordata al «superiore interesse del minore»<sup>50</sup>.

Quest’espressione costituisce la traduzione impropria, ormai consolidata, della locuzione inglese «*best interests of the child*», che si riferiva agli «*interests*» (al plurale) del minore, vale a dire tutti gli interessi, le esigenze e i bisogni dello stesso, e dove «*best*» si sarebbe dovuto tradurre come i «migliori», i «più significativi». Al contrario, la giurisprudenza di merito, di legittimità, e persino quella costituzionale, è ormai solita fare riferimento al “superiore” interesse del minore, intendendolo come prevalente nella comparazione con gli altri interessi di rilievo costituzionale in gioco<sup>51</sup>.

Sino ad oggi, dunque, la giurisprudenza maggioritaria ha ritenuto che la circostanza per cui in Italia non sia consentito il ricorso alla maternità surrogata in forza del divieto ex art. 12, co. 6 l. n. 40/2004 non sia da ritenersi, tuttavia, sufficiente per negare effetti nel nostro ordinamento al provvedimento che, in applicazione della legge vigente nell’ordinamento esterno, ha riconosciuto il rapporto di filiazione.

Secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, infatti, per poter escludere che un tale provvedimento abbia effetto, occorrerebbe affermare che la disciplina contenuta nella l. 40/2004 costituisce «espressione di principi fondamentali costituzionalmente obbligati, non modificabili ad opera del legislatore ordinario, rispetto ai quali l’interesse del minore al mantenimento dello *status filiationis* conseguito legittimamente all’estero debba cedere»<sup>52</sup>.

Ed è proprio in questo ordine di considerazioni che, ad avviso di chi scrive, risiede la debolezza delle argomentazioni dei giudici comuni e di legittimità.

<sup>50</sup> Il più delle volte, la giurisprudenza di merito ha escluso la sussistenza dei reati di false dichiarazioni a un pubblico ufficiale e di alterazione di stato ogni qualvolta l’atto sia già stato formato dall’autorità amministrativa estera alla stregua della normativa vigente nel Paese straniero. Sul punto, si vedano le puntuali osservazioni di: A. RUGGERI, C. SALAZAR, «*Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio*»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in *Consulta online*, I, 2017, 147; M. TRINCERA, *Alterazione di stato e maternità surrogata all’estero: una pronuncia assolutoria del Tribunale di Milano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 1-14; ID., *Ancora in tema di alterazione di stato e procreazione medicalmente assistita all’estero: una sentenza di condanna del Tribunale di Brescia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 1-13; M. WINKLER, *Una nuova pronuncia su surrogazione di maternità all’estero e falsa dichiarazione in atti dello stato civile in una sentenza del Tribunale di Milano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 1-10. Anche il Giudice di legittimità ha confermato tale orientamento, come emerge da Corte di cassazione, V sez. pen., sentenza n. 13525/2015.

<sup>51</sup> In particolare, sottolineano l’erroneità ed equivocità della traduzione: E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 77 ss; G. BRUNELLI, *op. cit.*, 87; C. TRIPODINA, *C’era una volta l’ordine pubblico. L’assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, *cit.*, 129.

<sup>52</sup> *Ibidem*, 15.

I giudici di merito e la Cassazione, infatti, sostenendo che «la disciplina positiva della procreazione medicalmente assistita va considerata non già espressione di principi fondamentali costituzionalmente obbligati, ma piuttosto come il punto di equilibrio attualmente raggiunto a livello legislativo nella tutela dei differenti interessi fondamentali che vengono in considerazione in materia», attribuiscono al solo interesse del minore tutela costituzionalmente obbligata, mentre gli altri interessi in gioco, quali la tutela della dignità della donna ex artt. 2, 3 e 32 Cost., il principio *mater semper certa est*, ovvero i più generali principi di certezza del diritto e di legalità ex art. 102 Cost., sembrerebbero dover cedere il passo sempre e comunque al “superiore” interesse del minore a vedersi riconosciuto lo *status filiationis*.

Tuttavia, sebbene sia incontestabile che sul minore non debbano ricadere “le colpe dei padri” che lo hanno fatto venire al mondo violando la legge, è altrettanto incontestabile che il diritto a diventare genitori, seppur qualificato come incoercibile dalla Corte costituzionale, è da considerarsi tale soltanto qualora «non vulneri altri valori costituzionali»<sup>53</sup>. Del resto, la necessità di bilanciamento dei molteplici interessi coinvolti nelle ipotesi in cui si osserva *ex post* il divieto di surrogazione di maternità è stata affermata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 272/2017, che costituisce la sua pronuncia più recente in tema di *status filiationis* e procreazione medicalmente assistita<sup>54</sup>. Tale decisione aveva preso le mosse da una vicenda di «turismo procreativo» concernente un caso di surrogazione di maternità realizzata in India da una coppia eterosessuale di cittadini italiani, la quale aveva trascritto regolarmente il certificato di nascita del bambino in Italia riconoscendolo come figlio naturale<sup>55</sup>.

Dopo che il Tribunale per i minori di Milano aveva dichiarato che il minore non era figlio della donna che lo aveva riconosciuto, in forza dell’art. 269, co. 3, c.c. e dell’art. 16 della l. n. 218 del 1995, dal quale si ricava la contrarietà del contratto di surrogazione di maternità ai principi di ordine pubblico, la Corte d’appello di Milano aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell’art. 263 c.c. nella parte in cui non prevedeva che l’impugnazione del riconoscimento del figlio per difetto di veri-

<sup>53</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 162/2014, *cons. dir.* 6. Ammonisce sul rischio di far ricadere sui minori le “colpe dei padri”, 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*, in *forumcostituzionale.it*, 9 marzo 2018, 1-7.

<sup>54</sup> Corte costituzionale, sentenza 18 dicembre 2017, n. 272, in *Giurisprudenza costituzionale*, commentata da S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giur. cost.*, 6, 2017, 2990 ss. Si veda, altresì, il commento di A. SCHILLACI, *Oltre la “rigida alternativa” tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1, 2018, 385 ss. Si vedano, inoltre, i commenti di 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)*, in *forumcostituzionale.it*, 15 febbraio 2018 e di G. BARCELLONA, *op. cit.*, 6.

<sup>55</sup> Più in particolare, il bambino era legato geneticamente/biologicamente col padre, ma non con la donna che lo aveva riconosciuto. Pertanto, il Tribunale per i minori di Milano, dopo aver autorizzato l’impugnazione del riconoscimento del figlio naturale, aveva dichiarato che il bambino non era figlio della donna che lo aveva riconosciuto, in forza dell’art. 269, co. 3, c.c., secondo cui è madre colei che ha partorito, e dell’art. 16 della l. n. 218 del 1995, dal quale si ricava la contrarietà del contratto di surrogazione di maternità ai principi di ordine pubblico (Tribunale per i minorenni di Milano, sentenza del 6 settembre 2012, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 712). Al riguardo, cfr. 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*, cit., 151 ss.

dicità potesse essere accolto nel caso in cui coincidesse con l'interesse del minore<sup>56</sup>. Dalla lettura dell'ordinanza di rimessione, si può cogliere l'orientamento interpretativo diffuso nella giurisprudenza di merito che tende a privilegiare i legami relazionali in aggiunta, o in alternativa, a quelli genetici (nel caso di PMA) e a quelli biologici (nel caso di GPA), al fine di salvaguardare il *best interest(s) of the child*, seppur a discapito del principio *mater semper certa est*<sup>57</sup>.

La Corte costituzionale, che nel merito ha rigettato la questione, ha affermato che la preferenza «per la conformità dello *status* alla realtà della procreazione» non costituisce una prevalenza assoluta che si sottrae a qualsiasi bilanciamento, chiarendo che in caso di azione ex art. 263 c.c., fatta salva quella proposta dallo stesso figlio, il giudice deve valutare «se l'interesse a far valere la verità di chi la solleva prevalga su quello del minore; se tale azione sia davvero idonea a realizzarlo (come è nel caso dell'art. 264 cod. civ.); se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (ad esempio perché relativa a 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) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità»<sup>58</sup>.

Pertanto, il Giudice delle leggi, non soltanto ha riconosciuto pienamente il principio della verità di parto nei casi di surrogazione di maternità, ma ne ha fornito una lettura che ne esclude *a priori* la contrapposizione con l'interesse del minore, il quale non deve né prevalere né retrocedere dinnanzi ad altri principi o valori in gioco, e che, al contrario, dovrà essere tutelato scegliendo strade o istituti che riconoscano contestualmente anche il principio *mater semper certa est*.

Più specificatamente, la Corte costituzionale ha chiarito che, nei casi in cui la valutazione comparativa degli interessi non sia stata effettuata espressamente dalla legge, spetterà al giudice caso per caso

<sup>56</sup> Corte di appello di Milano, ordinanza 25 luglio 2016, n. 273. In particolare, il giudice *a quo* si mostra particolarmente critico nei confronti del divieto 'assoluto' di maternità surrogata ex art. 12, co. 6, della l. n. 40 del 2004. La Corte d'appello di Milano, infatti, in primo luogo, lo ritiene proporzionato nella sua assolutezza e dunque chiuso alla possibilità di differenziare surrogazioni di tipo commerciale, effettivamente lesive della dignità della madre, da quelle altruistiche. In secondo luogo, ritiene che tale divieto determini una discriminazione in base al genere, «in quanto precluderebbe del tutto l'unica possibilità di procreazione per la donna incapace di portare avanti una gestazione, rimanendo aperta, invece, la possibilità della pma eterologa per l'uomo totalmente sterile, con effetti evidentemente discriminatori per le coppie che si trovino nella prima situazione» (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*, cit., 153). Al riguardo, Silvia Niccolai ha puntualmente osservato che dietro il ragionamento della Corte d'appello di Milano è possibile individuare o «sguardo neutro» di quella cultura antidiscriminatoria «al cui cospetto la differenza sessuale è irrilevante e che persegue un ideale di parità che guarda con sospetto ogni trattamento differenziato» e che, in questo specifico caso, considera un diritto, la libertà di autodeterminarsi, senza tener conto che nel caso specifico quel diritto si afferma «a spese» della relazione materna (S. NICCOLAI, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?*, in *Giur. cost.*, 3, 2016, 1169 e 1174).

<sup>57</sup> La casistica nota relativa al riconoscimento in Italia di atti di nascita stranieri di bambini nati con GPA riguarda generalmente casi di GPA in California, in Canada, in Inghilterra, paesi in cui l'attribuzione della maternità al genitore d'intenzione (o della seconda paternità nel caso di coppia omosessuale) viene effettuata sulla base di un provvedimento giudiziale (*parental order*). A titolo esemplificativo, si vedano Corte d'appello di Milano, sentenza del 28 dicembre 2016, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 657; Corte di Cassazione, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corriere giuridico*, 181 ss.; Corte d'appello di Trento, sentenza del 23 gennaio 2017, in *Corriere giuridico*, 2017, 935 ss.; Corte d'appello di Bari, sentenza del 13 febbraio 2009, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, 699.

<sup>58</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 272/2017, *cons. dir.* 4.2.

valutare la sussistenza di specifiche variabili concrete, quali la durata del rapporto di genitorialità, se instaurato, le modalità del concepimento e della gestazione e, infine, l'esistenza di strumenti giuridici che consentano di tenere insieme gli interessi sottesi alle prime due variabili, quali, ad esempio, l'adozione in casi particolari che, così come nel giudizio *a quo*, è in grado di garantire tanto l'interesse del minore alla continuità del rapporto con la madre intenzionale, quanto la verità di parto<sup>59</sup>. Se è vero, infatti, che il divieto generale di surrogazione non deve impedire che l'interesse di un singolo minore sia tutelato, allo stesso tempo, è altrettanto vero che la circostanza per cui molti bambini nascano in violazione del divieto non deve costituire di per sé valido motivo per metterlo in discussione per tutti e per il futuro, quale regola generale, o, peggio ancora, per considerarlo lettera morta. In definitiva, con la sentenza n. 272/2017, il Giudice costituzionale ha ritenuto che quando si osserva il fenomeno della surrogazione di maternità *ex post* la regola di giudizio che il giudice è tenuto ad applicare deve «tenere conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso» e, al contrario, si rende sempre necessario il bilanciamento che, «nel suo orientamento *ad plura*, è l'antitesi del volontarismo, incentrato sulla *reductio ad unum*»<sup>60</sup>.

### 5. Per una prospettiva costituzionale da cui osservare il divieto di maternità surrogata

Seppur in un *obiter dictum*, dunque, la Corte costituzionale ha espresso a chiare lettere il disvalore per la surrogazione di maternità quale pratica «che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»<sup>61</sup>. In quest'affermazione del Giudice delle leggi risiede la chiave interpretativa alla luce della quale leggere *ex post* il divieto posto dall'art. 12, co. 6 l. n. 40/2004 in una prospettiva costituzionale.

In primo luogo, si deve osservare che quella sopra richiamata non è la prima pronuncia in cui la Corte costituzionale ammonisce espressamente in ordine al rischio di ledere la dignità umana, in particolare la salute e la dignità della donna, quale bene protetto dal divieto in discorso<sup>62</sup>. Tuttavia, come si è visto nelle pagine precedenti, gran parte della giurisprudenza ritiene che la dignità della donna sia da considerarsi lesa soltanto nelle ipotesi di surrogazione di maternità di tipo commerciale, mentre ne esclude una compromissione nei casi di surrogazione altruistica, in ragione dell'autodeterminazione della donna, contro la quale si indirizzerebbe irragionevolmente il divieto<sup>63</sup>. La giurisprudenza che applica il divieto *ex post* parrebbe, infatti, addurre argomentazioni che non tengono conto dei limiti al diritto di autodeterminazione *ex artt. 13 e 32 Cost.*, i quali sono posti a tutela del rispetto della di-

<sup>59</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 272/2017, *cons. dir. 4.3*. Sul punto insiste particolarmente A. SCHILLACI, *op. cit.*, 387 ss.

<sup>60</sup> S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, cit., 2294.

<sup>61</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 272/2017, *Cons. dir. 4.2*.

<sup>62</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 151/2009 e Corte costituzionale, sentenza n. 162/2014, *Cons. dir. 9, 10, 11, 12*. Evidenziava, altresì, i rischi per la tutela della dignità della donna, la già citata Corte di Cassazione, sez. I civ., 11 novembre 2014, n. 24001, la cui impostazione riceve peraltro conferma in Corte costituzionale n. 272/2017.

<sup>63</sup> È in questo senso che si articolano le argomentazioni del giudice *a quo*, Corte di appello di Milano, ordinanza 25 luglio 2016, n. 273, che ritiene il divieto *ex art. 12, co. 6 l. n. 40/2004* sproporzionato nella sua assolutezza e dunque chiuso alla possibilità di differenziare surrogazioni di tipo commerciale da quelle altruistiche.

gnità umana, anche qualora «ad animare la volontà di disporre del proprio corpo o di parti di esso è lo spirito di solidarietà»<sup>64</sup>.

Al riguardo, interviene in soccorso dell'interprete il secondo imperativo kantiano relativo alla libertà di ciascuno sul proprio corpo, in base al quale «nessuna persona può essere trattata come mezzo o strumento – sia pure di procreazione – per fini non suoi, ma solo come fine di sé medesima»<sup>65</sup>. Nel nostro ordinamento, infatti, non può essere considerata lecita qualsiasi disposizione del proprio corpo in virtù dell'autonomia individuale, senza che espressi divieti al riguardo possano essere considerati espressione di paternalismo<sup>66</sup>. Al contrario, infatti, il diritto della madre gestante di non essere oggetto o mezzo di pretese altrui, in particolare dei genitori intenzionali, trova il proprio fondamento costituzionale negli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione<sup>67</sup>.

Pertanto, tale diritto della donna verrebbe totalmente compromesso dalla visione dei diritti sottesa all'idea per cui la genitorialità è fondata sull'intenzione – sul progetto genitoriale – dei committenti, dalla cui volontà dipende la soggettività del nuovo nato<sup>68</sup>. Ed è proprio da questo tipo di volontarismo che la Corte costituzionale vuole mettere in guardia<sup>69</sup>.

In secondo luogo, l'inciso «mina nel profondo le relazioni umane» stimola un'ulteriore riflessione che si inserisce nel solco delle argomentazioni appena sviluppate. Richiamando le relazioni umane nel loro complesso, infatti, la Corte ha chiarito che non soltanto la donna, in particolare la madre biologica, è titolare dei beni offesi dalla surrogazione di maternità, ma financo l'intera collettività, che risulterebbe compromessa da questa nuova tecnica di “formazione” delle famiglie. Il Giudice costituzionale ha, dunque, voluto prendere le distanze dall'idea per cui la dignità coincide con la sola autodeterminazione, per sottolineare come, al contrario, tanto la donna, quanto i genitori intenzionali, non dispongono di assoluta autodeterminazione in ordine alle scelte procreative<sup>70</sup>. Queste ultime, infatti,

<sup>64</sup> F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso irragionevolmente interrotto*, cit., 36. L'A. evidenzia, altresì, la circostanza per cui «ogni forma di donazione altruistica e solidale verso altri, quando si affida alle dinamiche del mercato e del profitto finisce per intercettare esclusivamente soggetti deboli sia economicamente che culturalmente».

<sup>65</sup> L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza*, op. cit., 63.

<sup>66</sup> Dello stesso avviso sono S. POZZOLO, op. cit., 108; e L. GIANFORMAGGIO, op. cit., 216. In particolare, nel sottoporre a critica gli argomenti contenuti in C. SHALEV, op. cit., Letizia Gianformaggio assimilava il divieto di surrogazione di maternità alla proibizione giuridica di vendere parti del proprio corpo: «Non è forse nelle mani di ciascuno la possibilità di vendere un rene, o un occhio? Ma il diritto non ha, forse, proprio la funzione di distinguere tra ciò che è *materialmente* nelle mani di qualcuno, che cosa è *lecito* e che cosa è *illecito* fare?» (corsivi dell'A.).

<sup>67</sup> Il richiamato principio personalista di origine kantiana trova, dunque, fondamento dei «diritti inviolabili dell'uomo» ai sensi dell'art. 2 Cost., nella «pari dignità sociale» di ogni persona che costituisce la “cerniera” tra il primo e il secondo comma dell'art. 3 Cost. e, infine, nel divieto di «violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana» ex art. 32 Cost.

<sup>68</sup> Sulla complessità dei rapporti che si sviluppano attorno al progetto genitoriale, si veda la chiara ricostruzione di B. PEZZINI, op. cit., 242; S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, cit., 2294.

<sup>69</sup> Critici nei confronti della tendenza sempre più volontaristica dei diritti: A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in *Teoria Politica*, 2, 2000, 3-20; R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 50 ss.

<sup>70</sup> Dello stesso avviso, S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, cit.; C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di “ordine pubblico in-*

non sono nella piena e indiscriminata disponibilità di chi le compie ma, in uno Stato di diritto, trovano il proprio limite nella legge<sup>71</sup>.

Infine, nell'affermare espressamente il disvalore per la surrogazione di maternità, la Corte ha voluto sottolineare che, diversamente da altre ipotesi di giurisprudenza "creativa" in cui i giudici cercano di supplire all'inerzia del legislatore, in questo caso ci si trova dinanzi alla precisa scelta di vietare, senza eccezioni, tale pratica<sup>72</sup>. Ciò nonostante, consolidata giurisprudenza ritiene che la disciplina contenuta nella legge n. 40/2004 non integri principi fondamentali di ordine pubblico, in quanto espressione di scelte discrezionali del legislatore ordinario, determinando, così, lo stato di incertezza giuridica di cui si è cercato di dare contezza nelle pagine precedenti<sup>73</sup>. Del resto, non è del tutto chiaro neppure alla giurisprudenza stessa se il divieto posto dall'art. 12, co. 6 l. n. 40/2004 abbia valenza transnazionale e colpisca anche le pratiche effettuate legittimamente all'estero, ovvero se, al contrario, debba sussistere il cosiddetto principio della doppia incriminazione. Nel dubbio, i giudici si sono orientati nel senso di non punire i genitori intenzionali, con una tangibile disparità di trattamento nei confronti dei cittadini che dovessero violare il medesimo divieto in Italia<sup>74</sup>. Sebbene, infatti, la *ratio* della scelta di non punirli risieda nella tutela dell'interesse «particolare e concreto del bambino nato, suo malgrado, da maternità surrogata»<sup>75</sup>, tuttavia tale scelta, diversa caso per caso, determina la permanenza nell'ordinamento di situazioni di incertezza.

In definitiva, stante la costruzione ordinamentale sopradescritta, occorre chiedersi quale regola di giudizio debbano applicare i giudici nazionali dinanzi alle richieste di trascrizione di atti di nascita legittimamente formati all'estero.

In attesa che le Sezioni Unite chiariscano l'esatta interpretazione del limite di ordine pubblico internazionale<sup>76</sup>, la giurisprudenza di merito, non limitandosi a far prevalere acriticamente il "superiore" interesse del minore, dovrebbe cercare di assicurare la tutela di *tutti* gli interessi coinvolti, attraverso la valutazione delle diverse «variabili concrete», quali la durata del rapporto di genitorialità, le modalità del concepimento e della gestazione, la possibilità di applicare altri strumenti giuridici come, ad

---

*ternazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi), cit.*

<sup>71</sup> L. GIANFORMAGGIO, *op. cit.*, 216.

<sup>72</sup> R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., spec. 51 ss. In particolare, l'A. evidenzia come il compito di bilanciare i diritti spetta al legislatore ordinario: «(...) la Costituzione non offre una soluzione univoca ai problemi di conciliazione dei suoi principi e di bilanciamento dei diritti che essa riconosce e tutela; (...) il compito di trovare il punto di equilibrio è lasciato al legislatore ordinario; ma che la discrezionalità politica del legislatore deve esprimersi entro i limiti fissati dalla Costituzione, cioè non può giungere a comprimere i principi e diritti costituzionali fino al punto di annichilirli» (R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 52).

<sup>73</sup> In questo senso, si veda Corte di Cassazione, sentenza n. 19599 del 2016; nn. 12962 del 2016; 14878 del 2017; Corte d'Appello di Milano n. 16 ottobre 2015; Corte d'Appello di Napoli, 30 marzo 2016; Tribunale di Firenze, 7 marzo 2017; Tribunale di Firenze, 8 marzo 2017.

<sup>74</sup> Da ultimo, si veda Corte di Cassazione penale, sentenza 10 marzo 2016, n. 13525. Particolarmente critica sul punto è C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi), cit.*, 139.

<sup>75</sup> B. SALONE, *op. cit.*, 2, 2016, 70.

<sup>76</sup> Ci si riferisce alla già citata questione rimessa alle Sezioni Unite da Corte di Cassazione, I sez. civile, ordinanza n. 4382/2018, depositata il 22 febbraio 2018.

esempio, l'istituto dell'adozione. Del resto, non è detto che i *best interests* del minore coincidano con il solo riconoscimento del legame parentale con i genitori intenzionali, ma, potrebbero, altresì, ritenersi tutelati anche qualora venisse soddisfatto il diritto del minore «a conoscere le proprie origini», che costituisce «elemento significativo del sistema costituzionale di tutela della persona»<sup>77</sup>.

Ad avviso di chi scrive, in una prospettiva *de jure condendo*, piuttosto che interrogarsi sulla possibilità di eliminare il divieto in esame<sup>78</sup>, il legislatore dovrebbe, al contrario, prevedere una più precisa forma di responsabilità in capo ai genitori intenzionali che decidano di realizzare il proprio progetto genitoriale nei Paesi in cui la surrogazione di maternità è consentita<sup>79</sup>. L'abrogazione dell'art. 12, co. 6 l.

<sup>77</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 278/2013, *Cons. dir. 4*. Più precisamente, la Corte costituzionale ha riconosciuto il diritto all'identità quale diritto personalissimo e inviolabile nelle sentenze nn. 13/1994, 297/1996, 120/2001 e 287/2013. In particolare, con la sentenza n. 278/2013, nel bilanciare il diritto all'anonimato della madre con il diritto di conoscere le proprie origini del figlio, la Corte costituzionale riconosce nell'art. 2 Cost. il fondamento del diritto all'identità personale, inteso non solo come diritto ad una corretta rappresentazione di sé, ma anche come diritto di conoscere le proprie origini. Sul punto, cfr.: E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *www.osservatorioaic.it*, n. 12/2013; A.O. COZZI, *La Corte costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo?*, in *Giur. cost.*, 2005, 4602 ss. e L. TRUCCO, *Anonimato della madre versus identità del figlio davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. inform.*, 2006, 107 ss. Per un'analisi completa del diritto all'identità personale, per tutti cfr. A. PACE, *Il c.d. diritto all'identità personale e gli artt. 2 e 21 della costituzione*, in *Giust. civ.*, 9, 1980, 409 ss.

In senso analogo, la Corte si è espressa più di recente con la sentenza n. 286/2016, relativa all'illegittimità dell'automatismo nell'attribuzione del cognome paterno, chiarendo che il valore della «identità personale, che si proietta nella (...) personalità sociale, ai sensi dell'art. 2 Cost.» (*cons. dir. 3.4.1.*).

<sup>78</sup> Come ricordato nelle prime pagine del lavoro, la letteratura giuridica si è, infatti, interrogata sulla possibilità di abrogare l'art. 12, co. 6 l. n. 40/2004 in ragione dell'ineffettività di tale divieto dovuta al fenomeno del turismo procreativo. Particolarmente critica sul punto è Elisa Olivito che, ricostruendo puntualmente le problematiche sottese alla surrogazione di maternità, evidenzia i rischi di una scelta siffatta. In particolare, l'A., di cui si condivide pienamente il pensiero, precisa: «Appare, dunque, del tutto illusorio (se non mistificante) pensare che il legislatore nazionale, rimuovendo il divieto di cui alla legge n. 40/2004 e adottando una normativa che contemperasse diverse esigenze, possa porre l'ordinamento italiano al riparo da pratiche degradanti, in cui gli interessi del minore e della madre biologica sono invero del tutto recessivi rispetto al solitario e prevalente interesse dei genitori intenzionali» (E. OLIVITO, *op. cit.*, 8).

<sup>79</sup> Richiamando la giurisprudenza di merito e di legittimità precedente alla sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il divieto di fecondazione eterologa, Lorenzo D'Avack evidenzia le possibili sanzioni che il legislatore potrebbe prevedere al fine di assicurare che il divieto ex art. 12, co. 6 l. n. 40/2004 non resti lettera morta: «il legislatore avrebbe potuto prevedere un impianto sanzionatorio più efficace e dissuasivo nei confronti di chi utilizza tecniche di PMA vietate nel nostro Paese. A titolo di esempio per quanto concerne la filiazione si sarebbe potuto esplicitamente non consentire la trascrizione nello Stato italiano di un provvedimento straniero con il quale fosse stata attribuita la paternità o la maternità ai genitori committenti e non biologici a seguito di surroga; prevedere la decadenza dalla potestà genitoriale, in forza dall'art. 569 c.p.; riconoscere la responsabilità penale ai sensi degli artt. 495 (false dichiarazione in atti dello stato civile) e 567, co. 2 (alterazione di stato); precisare normativamente che la surroga, anche fatta all'estero da cittadini italiani e non punibile in quel paese come illecito, è contraria all'ordine pubblico. Ancora valutare l'opportunità di ricorrere al dispositivo dell'art. 9 c.p., secondo il quale il cittadino che commette in territorio estero un reato possa essere punito su richiesta del Ministro della giustizia. Ma venne anche contro argomentato che sanzioni di tal genere sarebbero entrate in conflitto con il principio dell'interesse del minore, soltanto al fine di privilegiare la tutela della verità biologica o di punire il comportamento dei genitori» (L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Dir. fam. pers.*, 1, 2017, 139).

n. 40/2004, infatti, determinerebbe un'eccessiva compressione degli interessi del minore e della madre biologica a favore del solo e *insaziabile* interesse dei genitori intenzionali<sup>80</sup>. Fermo restando, infatti, che «nell'attuale diritto di famiglia (...) l'attribuzione di stato non può essere determinata dall'esigenza di prevenire e sanzionare condotte dei genitori riprovate dall'ordinamento, ma deve invece guardare all'interesse del figlio»<sup>81</sup>, si rende necessario conciliare tale interesse del minore non soltanto con gli altri valori coinvolti – la dignità della donna *in primis* – ma, soprattutto, con quello di certezza del diritto, principio fondamentale in «uno stato di diritto, anch'esso un bene universale e assolutamente primario, e che include il rispetto delle procedure, la qualità della comunicazione politica e pubblica, l'indipendenza della giurisdizione»<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Il riferimento è a A. PINTORE, *op. cit.*

<sup>81</sup> G. FERRANDO, *Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze*, in *Genus*, 2, 2017, 12 ss.; dello stesso avviso, è anche S. STEFANELLI, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, in questa *Rivista*, 2, 2016, 7-37.

<sup>82</sup> S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., 209. In particolare, l'A. evidenzia come «la confusione che avvolge il tema impedisce di cogliere la natura universale dei problemi connessi alla surrogazione di maternità, i quali universali sono, invece, sia nel senso, semplice ed essenziale, di qualche cosa che non riguarda solo un "me" (le donne, i gay, le coppie e le persone sterili) ma tutti come essere umani. Sia nel senso – che viene in rilievo in relazione a particolari modi in cui il tema si è dispiegato nel nostro Paese – di qualcosa che ci riguarda tutti come cittadini di uno stato di diritto, anch'esso un bene universale e assolutamente primario, e che include il rispetto delle procedure, la qualità della comunicazione politica e pubblica, l'indipendenza della giurisdizione e, in una, la certezza del diritto, fatta a sua volta di impegno etico alla vericità, alla reciprocità, al rigore dell'argomentazione».

