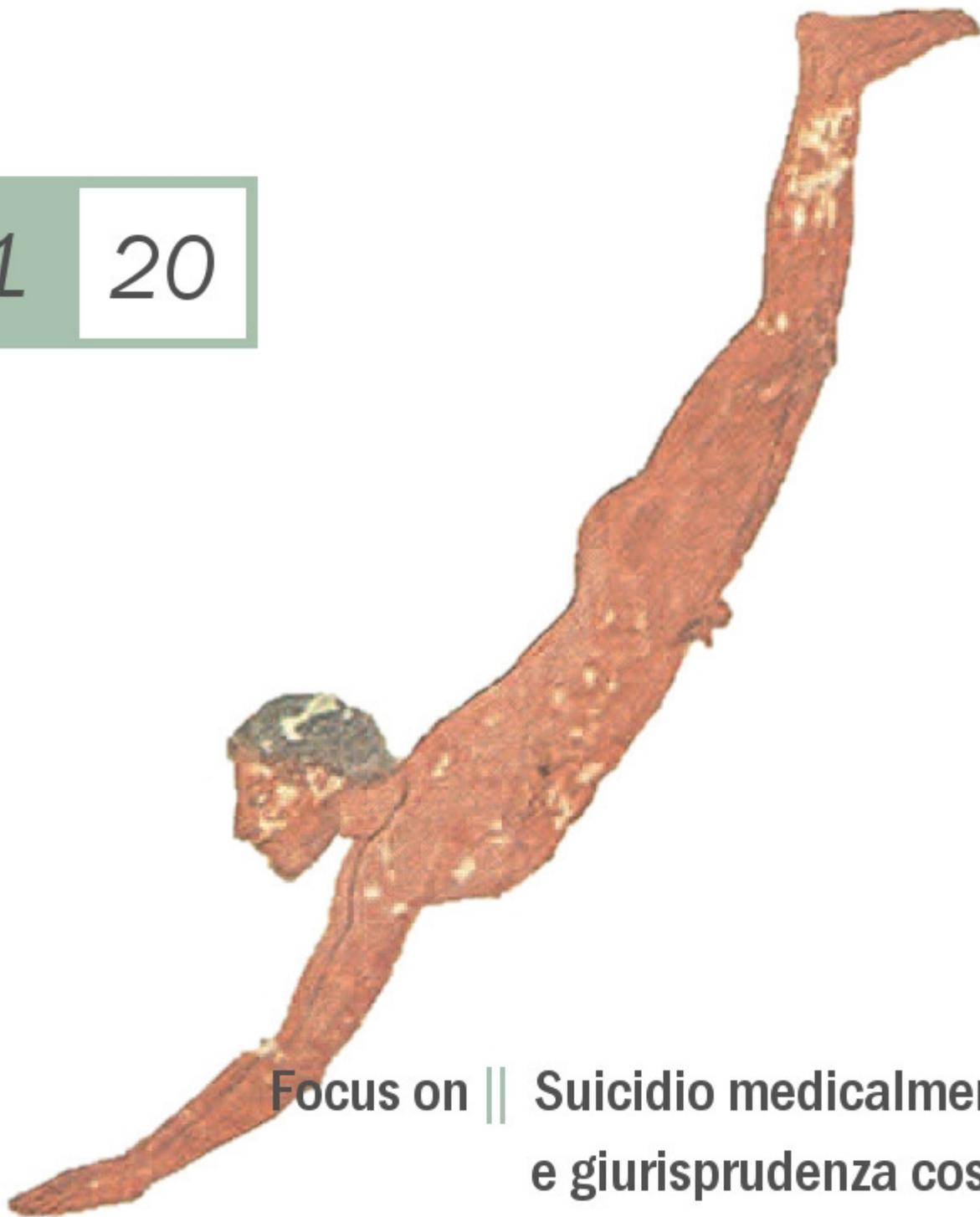




BioLaw Journal

Rivista di BioDiritto

1 20



**Focus on || Suicidio medicalmente assistito
e giurisprudenza costituzionale**

Forum || AI & diritto

The online Journal about law and life sciences

BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto

Editor in chief: Carlo Casonato

Steering Committee: Roberto Bin, Antonio D'Aloia, Alessandro Pajno

Scientific Committee:

Roberto Andorno, Vittorio Angiolini, Charles H. Baron, Alberto Bondolfi, Paolo Benciolini, Patrizia Borsellino, Roger Brownsword, Massimiano Bucchi, Stefano Canestrari, Cinzia Caporale, Maria Chiara Carrozza, Paolo Carrozza (†), Lorenzo Chieffi, Ricardo Chueca Rodríguez, Roberto Cingolani, Roberto Giovanni Conti, Roberto Dias, Frédérique Dreifuss-Netter, Gilda Ferrando, Silvio Garattini, Francesca Giardina, Stefano Guizzi, Stéphanie Hennette-Vaucher, Juan Alberto Lecaros, Sheila McLean, Laura Palazzani, Marco Pandolfi, Barbara Pezzini, Cinzia Piciocchi, Alessandra Pioggia, Anna Maria 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, Marta Fasan, Ilja Richard Pavone, Simone Penasa, Ludovica Poli, Elisabetta Pulice, Carla Maria Reale, Marta Tomasi.

Ferrara: Fabio Ferrari, Migle Laukyte, Benedetta Liberali, Nicola Lucchi, Irene Pellizzone, Silvia Zullo

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

Email: biodiritto@gmail.org
Website: rivista.biodiritto.org/ojs

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.

March 2020
ISSN 2284-4503
© Copyright 2020



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, 5th century b.C., on permission nr. 15/2014 by Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo – Soprintendenza per i Beni Archeologici di SA, AV, BN e CE.

Cover design: Marta Tomasi

BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto

n. 1/2020

Table of contents

Editoriale. Dello stato delle cose e dell'importanza della memoria	1
<i>Cinzia Piciocchi</i>	
 FOCUS ON: SUICIDIO MEDICALMENTE ASSISTITO	
La Corte costituzionale “affina, frena e rilancia”: dubbi e conferme nella sentenza sul “caso Cappato”	5
<i>Paolo Veronesi</i>	
La Corte costituzionale apre (ma non troppo) al suicidio medicalmente assistito mediante una inedita doppia pronuncia	27
<i>Ugo Adamo</i>	
“Eccezione” di aiuto al suicidio? Osservazioni critiche sulla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale	65
<i>Antonio Rimedio</i>	
Il caso Cappato: la Corte costituzionale nelle strettoie tra uccidere e lasciar morire	81
<i>Francesca Poggi</i>	
La “circoscritta (e puntellata) area” di incostituzionalità dell’art. 580 c.p. fra <i>self-restraint</i> della Corte costituzionale e perdurante inerzia del legislatore	99
<i>Maria Esmeralda Bucalo</i>	
Quello che la legge non dice. L’interruzione delle terapie di sostegno vitale in assenza di una volontà espressa dall’infermo	123
<i>Giuseppe Giamo</i>	
Eutanasia e donazione di organi. Alcune riflessioni etico-giuridiche su nuove emergenti criticità	141
<i>Lorena Forni</i>	
 FORUM: LE DIMENSIONI DELLA NORMATIVITÀ. A PROPOSITO DELLE RECENTI PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE SUL SUICIDIO MEDICALMENTE ASSISTITO	
Introduzione al Forum	161
<i>Monica Toraldo di Francia</i>	

Dimensioni della normatività	165
<i>Sergio Filippo Magni</i>	
Riflessione sulle dimensioni della normatività: etica, deontologia e diritto. Il ruolo della deontologia in prospettiva comparata	173
<i>Elisabetta Pulice</i>	
Forum: Le dimensioni della normatività. A proposito delle recenti pronunce della Corte costituzionale sul suicidio medicalmente assistito	195
<i>Serena Stacca, Antonio Panti, Matteo Galletti, Antonio Vallini, Grazia Zuffa, Paolo Caretti, Nicoletta Vettori</i>	
ESSAYS – SAGGI	
Cosa c'è di sbagliato nel modificare la linea germinale?	231
<i>Iñigo de Miguel Beriain, Lara Mastrangelo</i>	
Il diritto a nascere con un patrimonio genetico non arbitrariamente modificato come limite alla legittimità delle manipolazioni genetiche embrionali	251
<i>Noemi Conditì</i>	
Diritto e OGM. Una storia complicata	273
<i>Maria Chiara Errigo</i>	
Note a margine del D.P.R. 23 agosto 2019 n. 131: le nuove disposizioni in materia di donazioni di cellule riproduttive a cinque anni dalla Corte cost. n. 162/2104	311
<i>Stefania Pia Perrino</i>	
“Gestazione per altri” e interessi in conflitto	321
<i>Claudia Casella</i>	
Rise and fall of surrogacy arrangements in Portugal (in the aftermath of decision n. 465/2019 of the Portuguese Constitutional Court)	339
<i>Vera Lúcia Raposo</i>	
Aspettando che sia diritto: lo strano caso del diritto all'assistenza sociale tra esigibilità formale e inesigibilità materiale	355
<i>Carlo Botrugno</i>	
Vaccini obbligatori e ruolo del diritto. Un tentativo di (ri)composizione della materia partendo dalla più recente giurisprudenza costituzionale	379
<i>Lucia Scaffardi, Giulia Formici</i>	
Mental integrity protection in the neuro-era. Legal challenges and philosophical background	413
<i>Stefano Fuselli</i>	

Emozioni e teoria del giudizio: una prima ricostruzione	431
<i>Alessia Farano</i>	
Gli orizzonti della teoria del <i>nudging</i> sulla normatività: verso un diritto senza sanzioni?	441
<i>Michele Miravalle</i>	
FORUM: LAW AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE	
Introduzione	463
<i>Carlo Casonato, Luciano Violante</i>	
Forum: Law and Artificial Intelligence	469
<i>Amedeo Santosuosso, Roberto Battiston, Malik Ghallab, Paolo Traverso, Maria Chiara Carrozza, Federico Faggin, Oliviero Stock, Massimo Luciani, Alessandro Pajno, Oreste Pollicino, Stefano Quintarelli, Silvio Garattini, Giovanni Muto, Lorenzo Tosco, Elettra Stradella</i>	

Dello stato delle cose e dell'importanza della memoria

Cinzia Piciocchi

Quando cominciamo a frequentare le aule universitarie, acquisiamo tutta una serie di concetti fondamentali. Nelle aule delle Facoltà di Giurisprudenza, ad esempio, apprendiamo un insieme di nozioni sulle fonti del diritto: le loro classificazioni, dove trovarle e le regole delle loro interazioni; tematiche importanti che attraverseranno le diverse materie e discipline lungo tutto il percorso di studi. Analizziamo poi la storia, per comprendere il “DNA” delle nostre Costituzioni che si rinviene in particolare nelle carte post-rivoluzionarie americana e francese, con l’affermazione di principi e parole che (parafrasando Natalia Ginzburg in *Lessico familiare*) sono, per i giuristi, “il nostro latino”. Stato di diritto, democrazia, separazione dei poteri: sono parole che entrano nelle argomentazioni delle Corti costituzionali, secondo dinamiche comuni, che l’analisi comparata consente di evidenziare come espressioni di nozioni equivalenti, al di là delle differenze linguistiche.

Oltre ai concetti, nelle aule universitarie impariamo l’importanza del ragionamento, di saper riflettere sulle cose in maniera critica ed indipendente, mettendo continuamente alla prova dati ed acquisizioni alla luce della realtà che cambia. Potrebbero sembrare modalità più tipiche delle scienze dure che del diritto ma, se studiamo bene, capiamo che il diritto possiede elementi tecnici complessi, che vanno padroneggiati da chi desidera diventare un bravo giurista. Si acquisiscono così gli strumenti che consentiranno di muoversi nei diversi settori professionali, applicando quanto appreso nei propri studi allo stato delle cose che ci circonda e che

cambia continuamente, testando quanto appreso.

Per chi studia il diritto costituzionale, ad esempio, un principio cardine è rappresentato dalla separazione dei poteri, che viene approfondito e compreso sia nelle sue radici storiche, sia nelle sue evoluzioni ed articolazioni ulteriori. Si analizza l’origine della separazione dei poteri ed il suo significato in riferimento a legislativo, esecutivo e giudiziario, per poi considerare il rapporto tra ordinamento giuridico e religioni, o tra potere civile e militare. A partire dalla separazione dei poteri, poi, potremo comprendere il significato del costituzionalismo e, in seguito, l’avvento ed i meccanismi di funzionamento del controllo di costituzionalità, che porterà a compimento un principio ben spiegato nelle parole di Valerio Onida: «la Costituzione contiene le regole attraverso cui la maggioranza può decidere, ma anche i principi da cui la stessa maggioranza non può discostarsi, a tutela di valori e interessi che non sono appannaggio della sola maggioranza» (*La Costituzione*, 2004).

Il ruolo dei diversi poteri dello Stato e le regole delle loro interazioni sono spesso stati sottoposti a sollecitazioni intense nell’ambito del biodiritto, secondo percorsi di particolare interesse. Nel biodiritto, infatti, si assiste alla rilevanza di un elemento fondamentale: la scienza, che connota spesso in modo peculiare i conflitti tra poteri. Alcune delle vicende che hanno acceso dibattiti negli ultimi anni hanno infatti determinato anche conflitti istituzionali. Vi sono diversi esempi a riguardo: si può qui ricordare la diatriba che nel 1999 vide accertata dalla Corte costituzionale l’interferenza dell’attività di un Pretore in relazione alla competenza dell’esecutivo, nella specie degli organi tecnico-scientifici dell’amministrazione della sanità, quanto all’accertamento della validità terapeutica di una terapia “alternativa” proposta per la cura di

patologie neoplastiche e successivamente rivela-
tasi inefficace (sent. n. 121 del 1999 sul “me-
todo Di Bella”).

Ancora, si ricorderà la nota vicenda nell’ambito
della fine della vita (relativa ad Eluana Englaro),
in cui la Corte di Cassazione venne tacciata di
un’invasione di campo da parte delle Camere. In
quell’occasione la Corte costituzionale, dichia-
rando inammissibili i ricorsi di Camera e Senato,
richiamò il Parlamento ai propri compiti ricor-
dando come, se si fosse ritenuto necessario
l’intervento di una legge, le Camere non avreb-
bero dovuto far altro che approvarla (ord. n.
334 del 2008). Rispetto alle “invasioni di cam-
po” tra i poteri, la Costituzione prevede un arbi-
tro: la Corte costituzionale che ha, tra le altre
cose, anche il compito di risolvere questo tipo di
dispute istituzionali, individuando a chi spettino
determinate attribuzioni e chi, invece, abbia
compiuto indebite intromissioni.

Negli ultimi tempi, tuttavia, proprio l’arbitro è
stato oggetto di critiche, nell’ambito della fine
della vita, in riferimento alla vicenda divenuta
nota come “caso Cappato”. Le decisioni della
Corte – l’ordinanza n. 207 del 2018 prima e la
sentenza n. 242 del 2019 poi – sono state talvol-
ta stigmatizzate, con valutazioni che prescindono
dalla vicenda specifica e vanno al cuore stes-
so del ruolo del giudice di costituzionalità. Con
la decisione n. 242, in particolare, la Corte
avrebbe sconfinato nel campo che spetta al le-
gislatore, senza possibilità di rimedio alla luce
del fatto che, se a sconfinare sia proprio
l’arbitro, nessuno può intervenire.

Questo dibattito, tuttavia, appare carente sul
piano della memoria, poiché dimentica una se-
rie di fatti, che compongono il quadro
dell’attuale stato delle cose. Si dimentica che la
Corte è intervenuta con una prima ordinanza,
che individuava la necessità di un intervento le-
gislativo, chiedendo di conseguenza al Parla-

mento di agire tempestivamente. Si dimentica
che percorsi simili sono stati seguiti in altri Paesi
– penso ad esempio all’ordinamento giuridico
canadese – nei quali però i Parlamenti sono sta-
ti più solleciti, con l’adozione di leggi in materia.
Si lamenta la portata secondo alcuni limitata
della pronuncia, che avrebbe tralasciato la di-
sciplina di una serie di ipotesi ulteriori, oltre a
quelle previste nella sentenza. Si dimentica però
il ruolo del *petitum* nel giudizio di costituzionali-
tà, che determina i confini delle premesse del
ragionamento della Consulta, pur secondo le
prospettive peculiari del giudizio di costituziona-
lità, le cui decisioni hanno un impatto inevita-
bilmente più ampio. Si lamenta poi l’incertezza
quanto alle modalità da seguire nell’ambito sa-
nitario per le procedure del suicidio assistito, o
la loro inadeguatezza, in relazione ad un pano-
rama che si caratterizza per la complessità. Va
però ricordato come rimangano aperti ampi
margini di intervento su quanto deciso: sul pia-
no delle fonti, ad esempio, il Parlamento può in
ogni momento intervenire con legge, così come
potranno essere individuate in modo più detta-
gliato linee guida e procedure anche grazie al
contributo delle Società scientifiche. Si lamenta
anche che la decisione Corte non sia stata pre-
ceduta da un ampio dibattito, con il coinvolgi-
mento delle categorie professionali sanitarie,
dimenticando che la Corte costituzionale non è
un’aula parlamentare e che essa stessa aveva
indicato nel Parlamento la sede naturale di una
disciplina che non è intervenuta.

La Corte costituzionale ha dovuto prendere atto
dello stato delle cose: da un lato,
dell’incompatibilità di una norma del codice pe-
nale con alcuni diritti fondamentali e, dall’altro,
della mancanza di seguito all’invito al Parlamen-
to ad intervenire. Legittimamente si potrà poi
discutere del merito delle decisioni prese dalla
Consulta, condividendole o meno, ma avendo

sempre memoria dello stato delle cose da cui la decisione della Corte ha dovuto prendere le mosse.

A quest'argomento, il *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto* dedica un'ampia serie di interventi, che analizzano e discutono presupposti, impatto e possibili scenari conseguenti alla decisione della Corte costituzionale.

Oltre al tema della fine della vita, la *Rivista* propone come di consueto una serie di interventi su argomenti di attualità, affrontati attraverso la riflessione sui diritti coinvolti, alla luce di ciò che la scienza rende possibile e della conseguente riflessione bioetica. Attraverso l'analisi delle questioni di fronte alle quali ci pone il panorama attuale, diritto scienza e bioetica, i tre elementi costitutivi del biodiritto, s'intrecciano secondo percorsi complessi, inediti e talvolta inaspettati. La complessità, in particolare, si dipana su piani diversi: uno di immediata evidenza, poiché si tratta argomenti difficili da comprendere sia negli aspetti scientifici, sia in quelli giuridici. Gli OGM, gli interventi sulla linea germinale, la "maternità surrogata", o l'impatto giuridico delle neuroscienze, ad esempio, sono tematiche che richiedono una comprensione innanzi tutto dei concetti di natura scientifica coinvolti e quindi l'acquisizione di un lessico (almeno basilare). È poi necessario sapersi districare anche su un piano giuridico spesso complicato, tra fonti nazionali, sovranazionali ed internazionali.

Al di là della complessità tecnica e scientifica delle questioni coinvolte, tuttavia, c'è un altro aspetto più profondo, che riguarda le riflessioni che scaturiscono da questi avvenimenti e il loro impatto su categorie, che fondano il concetto stesso della nostra identità. In questa prospettiva, il mutamento ci obbliga talvolta a ridefinire concetti quali la maternità, la paternità, la famiglia ma anche la stessa identità umana in rela-

zione a ciò che non è più dato di fatto, ma possibile oggetto di manipolazione. Ne consegue uno sforzo definitorio che ci mette in gioco sul piano concettuale, ma anche su quello emotivo. Lo stato delle cose, in questo caso, cambia e può obbligarci a modificare il nostro modo di guardare ai fatti che ci circondano, rinunciando al conforto delle categorie a noi note, che sinora hanno definito la realtà circostante ed un po' anche noi stessi. Non è da escludere che il continuo rimettersi in gioco anche su aspetti fondanti possa contribuire, attraverso la riflessione comune, alla riscoperta della nostra umanità. Quella stessa umanità che Luciano Violante e Carlo Casonato ricordano nella Introduzione alla nuova sezione della *Rivista* dedicata all'intelligenza artificiale: un'importante novità di questo primo numero dell'anno 2020.

Non possiamo infine ignorare come lo stato delle cose che caratterizza le giornate in cui esce la nostra *Rivista*, ci stia mettendo alla prova. Non possiamo infatti non menzionare la situazione che ha visto la diffusione del coronavirus in alcuni Paesi, tra i quali l'Italia. A questo proposito, abbiamo pensato di lanciare una *call*, come occasione di riflessione condivisa sulle problematiche giuridiche emerse in questi giorni. Sono infatti molte le questioni in gioco in questo momento: dalla libertà di circolazione, alle interazioni spesso conflittuali tra fonti alla tutela della salute collettiva ed individuale. Questi argomenti si svolgono alla luce di una tematica trasversale che ci accompagna ormai da due decenni, l'emergenza: un ulteriore banco di prova importante per sollecitare i concetti e la tenuta delle categorie che abbiamo studiato.

Lo stato delle cose, in questo momento, è complicato; ma è dato rilevare come le difficoltà di questi giorni inducano a volgere lo sguardo alla scienza ed ai suoi esperti, virologi, infettivologi ed epidemiologi *in primis*, ai quali istituzioni e

Editorial

cittadini si affidano per decidere quali provvedimenti adottare e quali comportamenti tenere. Siamo forse ricordando l'importanza della competenza, quando dobbiamo decidere a chi rivolgere il nostro ascolto nei momenti di difficoltà. In alcuni periodi il dibattito pubblico pareva averlo dimenticato, mentre dovremmo invece avere memoria dell'importanza – anche per la collettività – di ciò che si insegna e si apprende in quelle stesse aule universitarie, di cui discorrevamo all'inizio di questo editoriale.



La Corte costituzionale “affina, frena e rilancia”: dubbi e conferme nella sentenza sul “caso Cappato”

Paolo Veronesi*

THE CONSTITUTIONAL COURT “REFINE, STOP AND RELAUNCH”: DOUBTS AND CONFIRMATIONS IN THE JUDGMENT ON THE “CAPPATO CASE”

ABSTRACT: The article examines the decision of the Italian Constitutional court no. 242/2019, pronounced by the Court in the famous case “dj Fabo – Marco Cappato”. It highlights the particular relationship that this decision establishes with the ord. n. 207/2018 (which preceded it), creating an innovative procedural solution not without problems yet to be clarified. However, the comment also addresses the substantive content of the decision. In fact, this decision declares the partial constitutional illegitimacy of the rule punishing the suicide aid of patients who are subject to the particular conditions indicated by the Court. At the same time, the decision establishes a principle that seems to go beyond what is allowed by the Constitutional Court. Considering this scenario, the article highlights – point by point – strengths and weaknesses of the decision also stressing several key aspects that remain to be clarified.

KEYWORDS: End-of-life; aid to suicide; euthanasia; procedures; conscientious objection; role of the legislator; limits on the intervention of the Constitutional Court

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Quando il reato di aiuto al suicidio è davvero illegittimo (e quando non lo è) – 3. I problemi lasciati aperti dalla sentenza: altri casi (in parte diversi) premono alle porte della Consulta – 4. Una sentenza di accoglimento parziale (ma non solo) – 5. Segue: la “parte additiva” della pronuncia. L’(ulteriore) abbandono della teoria delle “rime obbligate” – 6. Segue: dove reperire le “aggiunte”? – 7. Che fare per le vicende anteriori alla sentenza di accoglimento – 8. Conclusioni (e altre osservazioni “processuali”)

1. Introduzione

Esattamente come l’ord. n. 207 del 2018 (che l’ha preceduta), anche la sent. n. 242 del 2019 – accogliendo finalmente la *quaestio* sollevata nel corso del processo sul “caso dj Fabo – Marco Cappato” – non mancherà di suscitare dibattiti.

Sia sotto il profilo sostanziale (affinando i contenuti della pronuncia del 2018 e introducendo, come si dirà, novità di indubbio rilievo), sia sul versante tipicamente processuale (“ancorandosi” all’innovativa e originalissima ordinanza che ne ha preparato il terreno, così ulteriormente legittimandola)¹, essa

* Professore ordinario di Diritto Costituzionale, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Ferrara. Mail: paolo.veronesi@unife.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Non a caso, il Presidente della Corte, Giorgio Lattanzi, nella sua Relazione annuale sull’attività svolta dalla Corte nel 2018, ha affermato che l’ord. n. 207, contenendo un’“incostituzionalità prospettata”, avrebbe dato vita a una «nuova tecnica decisoria» a disposizione della Consulta: nel caso, la Corte aveva quindi lasciato circa 11 mesi a

presenta, infatti, non pochi aspetti comunque destinati a “dividere” la comunità degli interpreti (e non solo quella).

La Corte – nonostante le critiche seguite alla sua precedente ordinanza² – non si è dunque assolutamente smentita né sull’uno, né sull’altro fronte. Potremmo anzi dire che, per certi versi, e come si dirà *infra*, con la sent. n. 242 essa sia andata addirittura “oltre” rispetto a quanto aveva già sancito nel 2018, provocando – di conseguenza – non poco sconcerto (specie tra i commentatori più critici)³. Al contempo, essa ha tenuto però assai ben tirato il “freno a mano”, creando cioè le condizioni per limitare – di fatto – i principi qui pur coraggiosamente espressi.

È dunque il caso di procedere con ordine.

2. Quando il reato di aiuto al suicidio è davvero illegittimo (e quando non lo è)

Coerentemente, è la stessa Corte ad affermare che la sent. n. 242 «si salda, in conseguenza logica», con la citata ord. n. 207/2018⁴. Nella sua più recente pronuncia essa ribadisce pertanto – con convinzione – che il reato di aiuto al suicidio, *ex art.* 580 c.p., non è in conflitto con la Costituzione, né esso può quindi ritenersi costituzionalmente giustificato solo nell’ipotesi in cui l’azione suicida costituisca il frutto di un’indebita influenza di terzi⁵.

disposizione del legislatore per ovviare al riscontro d’illegittimità sull’art. 580 c.p. che pur non dichiarava ufficialmente. Scaduto il termine senza novità di rilievo, la Corte, come promesso, ha adottato una decisione di accoglimento. Di una «incostituzionalità differita» aveva pertanto ragionato, in sede di commento, M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia* (19 novembre 2018), § 1. *Contra*, aveva invece rinvenuto nella pronuncia i tratti di uno stravagante «ibrido», e di un bizzarro «ircocervo», A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l’ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in www.giurcost.org, 3, 2018 (20 novembre 2018), § 1. Di un «ibrido», sia pur trattandone in senso positivo, scriveva anche L. PESOLE, *L’intento della Corte costituzionale nell’ordinanza sul caso Cappato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 2871 ss. (riferendosi principalmente alla struttura di ordinanza-sentenza della pronuncia). Ha invece definito ingenerose le critiche mosse in tal senso alla Corte P. CARNEVALE, *Sull’esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato*, in www.forumcostituzionale.it (28 giugno 2019).

² Si v., ad esempio, i rilievi di A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in www.giurcost.org, 3, 2018, (26 ottobre 2018), ribaditi poi anche nel già menzionato *Venuto alla luce alla Consulta l’ircocervo costituzionale*, cit. Dello stesso tenore erano molti dei contributi pubblicati negli atti del Seminario *Dopo l’ord. n. 207/2019 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, organizzato a Bologna dalla rivista *Quaderni costituzionali* il 27 maggio 2019: la più parte di essi era infatti orientata a criticare gli approdi dell’ord. n. 207.

³ Si v., ad esempio, il primissimo commento alla sent. n. 242, proposto da A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Corte dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito*, in www.giustiziainsieme.it, (24 novembre 2019) e rilanciato dal sito www.giurcost.org.

⁴ Punto 2 del *Considerato in diritto*. Nell’attesa della sentenza (dopo l’ord. n. 207) R. ROMBOLI, *Caso Cappato, la pronuncia che verrà*, in www.forumcostituzionale.it, (23 giugno 2019), aveva (giustamente) sottolineato che la futura pronuncia della Corte non avrebbe potuto che «essere figlia, o comunque strettamente collegata con la ordinanza n. 207». Aveva invece auspicato una completa rimeditazione della *quaestio*, tra gli altri, E. GROSSO, *Il “rinvio a data fissa” nell’ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, Relazione al già menzionato Seminario 2019 di *Quaderni costituzionali*.

⁵ A questo fine era primariamente orientata l’ordinanza di rimessione del giudice *a quo*.

Come già sottolineato nell’ordinanza del 2018, il reato in oggetto preserva, dunque, una sua virtuosa funzione di «cintura protettiva» nei confronti di particolari categorie di soggetti deboli e vulnerabili⁶. La sua totale illegittimità non può perciò scaturire da un ipotetico e più volte negato – anche dalla giurisprudenza della Corte Edu⁷ – risvolto negativo del diritto alla vita, ossia da un vero e proprio diritto a morire; né essa può estrapolarsi, *sic et simpliciter*, dal pur fondamentale diritto di autodeterminazione (assunto, cioè, senza alcun limite destinato ad arginarlo)⁸.

Tale assunto non comporta tuttavia che la fattispecie criminosa sancita dall’art. 580 c.p. non abbia gradualmente evidenziato «una circoscritta area di illegittimità costituzionale», la cui fisionomia è stata progressivamente messa a fuoco nel corso del tempo⁹. Ciò che dovrebbe dunque essere ormai espunto dalla portata dell’art. 580 c.p. sarebbe rintracciabile proprio nelle circoscritte eventualità già ben messe a fuoco nell’ord. n. 207/2018: vicende in cui – come nella fattispecie che ha funzionato da “miccia” per l’ordinanza e per la sentenza – una persona «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma [...] (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli», chieda l’assistenza di terzi per porre fine alla sua esistenza¹⁰.

A tali requisiti la sent. n. 242/2019 aggiunge altresì quanto già espresso in taluni passaggi testuali dell’ord. del 2018 (espressamente citati), in cui essa sottolineava l’ulteriore esigenza per cui «il coinvolgimento in un percorso di cure palliative», ex legge n. 38 del 2010, deve costituire «un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente»¹¹. Queste affermazioni vengono poi assorbite dal rinvio agli artt. 1, comma 5, e 2 della legge n. 219 del 2017, contenuto nello stesso dispositivo della sent. n. 242¹².

Rimane il dubbio – peraltro già emergente dal tenore dell’ord. n. 207 – se la mera offerta di terapie palliative sia sufficiente allo scopo (ma il paziente le possa legittimamente rifiutare sin da subito), ovvero se esse debbano comunque venir praticate sulla sua persona prima di dar luogo a un suicidio medicalmente assistito¹³. Il diritto (fondamentale) al consenso informato induce a propendere per la

⁶ Ord. n. 207 del 2018, punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁷ La si citerà più oltre alla nota 23.

⁸ Sull’autodeterminazione (quale diritto fondamentale) si v. (molto chiaramente) la sent. n. 438/2008, ribadita dalla sent. n. 253/2009. Sono peraltro tantissime le decisioni in cui la Corte ha evocato tale principio: si v., solo per esempio, le sentt. n. 163/2014, n. 332/2000, n. 561/1987. All’autodeterminazione della donna la Corte si è inoltre richiamata in talune (non in tutte) le sue pronunce in materia di interruzione della gravidanza.

⁹ Sent. n. 242 del 2019, punto 2.3 del *Considerato in diritto*.

¹⁰ Punto 2.3 del *Considerato in diritto*.

¹¹ Punto 2.4 del *Considerato in diritto*. A tal proposito essa fa altresì menzione del parere del 18 luglio 2019, reso dal Comitato Nazionale per la Bioetica (*Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*), il quale è giunto – pur muovendo da posizioni iniziali assai diverse dei suoi componenti – ad alcune raccomandazioni condivise.

¹² La portata di tali articoli viene esaminata nel dettaglio al punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹³ La questione emergeva già dal tenore dell’ord. n. 207 e riaffiora nell’ambiguità del passaggio contenuto nella sent. n. 242, al punto 2.4 del *Considerato in diritto* (ove si ragiona indifferentemente della necessità di offrire al paziente «concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua», nonché, di contro, di un vero e proprio «coinvolgimento in un percorso di cure palliative») (corsivo non testuale).

prima soluzione: il paziente capace e consapevole può infatti rifiutare qualsiasi trattamento sgradito, anche quando esso appaia senz'altro benefico per le sue patologie o per il dolore che lo tormenta¹⁴.

Cosa caratterizza le fattispecie così attentamente "ritagliate" dalla Consulta? Si tratta – afferma la Corte – di «situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta», derivanti «dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia». Queste ultime offrono infatti strumenti sempre più spesso in grado di strappare alla morte soggetti un tempo destinati a morire, senza però garantire condizioni di vita da loro ritenute senz'altro consone e dignitose.

Per questa parte, la pronuncia trae dunque stimolo e giustificazione da un pressante problema di anacronismo legislativo: la normativa oggi in vigore non tiene conto degli effetti appena presi in esame, causati da un rapidissimo avanzamento scientifico-tecnologico.

In tali fattispecie – aggiunge inoltre la Corte – «la decisione di accogliere la morte potrebbe essere già presa dal malato, sulla base della legislazione vigente, con effetti vincolanti nei confronti dei terzi, a mezzo della richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e di contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua»¹⁵. È questo l'approdo stabilizzato dalla legge n. 219 del 2017¹⁶, la quale ha portato a compimento un percorso che – non senza strappi – ha visto la giurisprudenza svolgere un ruolo assolutamente essenziale¹⁷.

Di contro, la legge n. 219 e l'art. 580 c.p. ancora «non consent[ono ...] al medico 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». Per raggiungere i propri scopi l'interessato – rispettando la legge n. 219 – è pertanto «costretto a subire un processo più lento e carico di sofferenze» per sé e «per le persone che gli sono care»¹⁸. Gli viene insomma imposto un tragitto più lungo e barocco che – com'è precisamente avvenuto nella vicenda di Fabiano Antoniani – il malato potrebbe legittimamente ritenere lesivo della propria dignità e della propria libertà, oltre che foriero di troppe paure¹⁹. Quanto poi all'esigenza di tutelare oltre misura le persone malate e vulnerabili, è evidente che se l'ordinamento (molto opportunamente) consente loro di rifiutare – «a certe condizioni, di prendere la

¹⁴ Sul diritto fondamentale al consenso informato si v. le più che limpide (e già citate) sentt. n. 438/2008 e n. 253/2009.

¹⁵ Punto 2.3 del *Considerato in diritto*. Critico su questo profilo, essendo persuaso della necessità di mantenere sempre distinte le ipotesi di *letting die* e di *killing*, è, tra gli altri, A. D'ALOIA, *In attesa della legge (o del nuovo intervento della Corte costituzionale) sul suicidio medicalmente assistito*, in www.forumcostituzionale.it, (30 giugno 2019), § 5. Ribadiscono questa posizione anche L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2019, 8 del *pre-print* e A. NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2019, 3 del *pre-print*.

¹⁶ Si v. l'art. 5, commi 5 e 6.

¹⁷ A proposito della ben nota "sentenza Englaro" della Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 27148), U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizione anticipate di trattamento e fine vita*, Milano, 2018, 48 ss., ragiona, non a caso, di un «punto di non ritorno». R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana?*, Roma, 2019, 44, analogamente afferma che la legge n. 219 del 2017, di fatto, raccoglie semplicemente il testimone della sentenza Englaro e lo «universalizza». Si v. anche 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 (n. 219 del 2017)*, in www.forumcostituzionale.it, (12 gennaio 2018).

¹⁸ Critico su quest'ultimo passaggio argomentativo è A. NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte*, cit., 14.

¹⁹ Punto 2.3 del *Considerato in diritto*.

decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede la ragione per la quale la stessa persona, *a determinate condizioni*, non possa ugualmente decidere di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri»²⁰.

Sin qui, dunque, nulla di sostanzialmente nuovo.

La Corte semplicemente riedita – e spesso cita testualmente – quanto già sostenuto nella sua precedente ordinanza. Essa accoglie e ribadisce quindi – non declamandola però come nella sua precedente pronuncia (da qui talune conseguenze interpretative) – una concezione rigorosamente soggettiva del concetto di dignità²¹; valorizza (entro certi limiti, e a controllate condizioni) l'autodeterminazione del malato che chieda un aiuto al fine di compiere da sé l'“ultimo gesto”²²; sottolinea quale sia – a suo avviso – lo stretto “parallelismo” tra le due situazioni messe a confronto, le quali risultano però attualmente disciplinate in modi radicalmente diversi.

Con riguardo a quest'ultima considerazione, quello imbastito dalla Corte parrebbe, insomma, un classico giudizio di ragionevolezza, con tanto di *tertium comparationis* – reperito nella legge n. 219 del 2017, ovvero nella disciplina del diritto a rifiutare trattamenti sanitari anche essenziali – destinato a integrare i parametri immediatamente coinvolti nel caso (ovvero gli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost.). *Anacronismo legislativo e irragionevolezza* della disparità di trattamento tra situazioni sostanzialmente analoghe (o assunte come tali) ma ben diversamente normate – pur in assenza di uno specifico richiamo dell'art. 3 Cost.²³. – assemblano dunque la “bussola” mediante la quale la Corte consolida la struttura della sua decisione. Ciò avviene tanto nell'ordinanza n. 207 (la quale senz'altro anticipa gli argomenti dell'attuale dichiarazione d'illegittimità), quanto nella sent. n. 242 del 2019 (che accoglie la *quaestio* producendo così effetti *erga omnes*).

²⁰ Punto 2.3 del *Considerato in diritto*. Corsivo non testuale.

²¹ Il concetto emergeva molto più chiaramente nell'ord. n. 207/2018, punto 9 del *Considerato in diritto*. Esso peraltro riaffiora (più debolmente e tra le righe) anche nella sent. n. 242/2019, al punto 2.3 del *Considerato in diritto*: tutta la pronuncia muove, peraltro, da una simile idea (seppur non così esplicitamente valorizzata come nella precedente ordinanza). *Contra* v. però C. Tripodina (più oltre) e A. Nicolussi (nel testo citato *supra* alla nota 15), nei loro commenti a prima lettura della sent. n. 242. La Corte non esita invece a legittimare concezioni di diversa natura (“oggettive”) della dignità in altri ambiti della sua giurisprudenza: al proposito si v. l'eloquente sent. n. 141/2019, in materia di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione, ove la Corte conferma, appunto, l'esistenza di contesti che ammettono visioni “soggettive” e/o “oggettive” di dignità. Su tale sentenza v., tra gli altri, R. BIN, *La libertà sessuale e la prostituzione (in margine alla sent. n. 141/2019)*, in www.forumcostituzionale.it, (26 novembre 2019).

²² Punto 2.3 del *Considerato in diritto*. Sul diritto fondamentale all'autodeterminazione – come tale ricavabile dalla giurisprudenza costituzionale – v. *supra* la nota 8.

²³ Benché vada segnalato come l'ordinanza di rimessione non indulga sull'art. 3 Cost., mentre l'art. 32 Cost. – afferma la Corte – è più volte evocato nell'ordinanza di rinvio per poi essere disatteso nel suo dispositivo (sent. n. 242, punto 2.3 del *Considerato in diritto*). Questa incongruenza è stata immediatamente rilevata dalla dottrina: A. ALBERTI, *Il reato d'istigazione o aiuto al suicidio davanti alla Corte costituzionale. Il “caso Cappato” e la libertà di morire*, in www.forumcostituzionale.it, (20 marzo 2018). Taluno ha altresì messo in luce come ciò avrebbe potuto in astratto condurre a una dichiarazione d'inammissibilità, costringendo la Corte a correggere la portata della *quaestio*: 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*, in www.forumcostituzionale.it, (14 dicembre 2018), 3 e C. SALAZAR, «Morire sì, non essere aggrediti dalla morte». *Considerazioni sull'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale*, Relazione al Seminario 2019 di *Quaderni costituzionali*.

Ma le due situazioni poste a raffronto sono davvero analoghe? La vicenda Cappato non aggiunge forse qualcosa in più ai tratti delle fattispecie ricavabili dai ben noti casi Welby, Piludu ed Englaro, determinando un autentico cambio di paradigma rispetto a quanto già consentito dall'ordinamento²⁴?

La conclusione cui approda la Corte è positiva (sul primo quesito) e negativa (sul secondo): a suo avviso, «entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare *ingiustificatamente* nonché *irragionevolmente* la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita»²⁵.

Sono affermazioni coraggiose e non certo paludate: esse evidenziano – nonostante le differenze tra quanto consentito dalla legge n. 219 del 2017 e quanto, adesso, la Corte afferma essere illegittimo non permettere – un'obiettiva “incoerenza” dell'ordinamento: anche il rifiuto di trattamenti salvavita impone – già ora – qualche attività esterna al soggetto (ad esempio, l'interruzione e il distacco dalla respirazione e dalla nutrizione artificiale; la contemporanea somministrazione di una sedazione profonda)²⁶. Da questo assunto deriva quindi la propensione della Corte ad ammettere, nelle stesse peculiari situazioni, altre *misuratissime* attività esterne che, in presenza dei medesimi presupposti – e pur sempre *non* provocando l'esito finale – rispondono alle medesime (intimissime) esigenze del paziente, aiutandolo a compiere, su di sé, azioni non vietate e volute.

La Corte non sta dunque tracciando un generalizzato “diritto a morire” – come molti polemicamente semplificano²⁷ – bensì una diversa e ben più circoscritta prerogativa del malato ormai esausto, oltre che irreversibilmente immerso nel processo della sua fine, a vedere affermata la propria personalissima (e verificata) idea di dignità nelle fasi finali della sua esistenza (quando già potrebbe avvalersi – ma non vuole – della sedazione profonda continua). Gli si consente insomma – nell'ordine – di farla finita con una certa rapidità (se così desidera e la sua situazione sia ormai senza speranza); di autodefinirsi – scegliendo anche di accelerare la propria uscita di scena – allorché ritenga ormai intollerabili le sofferenze che lo devastano; di praticare un diritto alla salute davvero “a tutto tondo”,

²⁴ Il punto è evidenziato da C. SALAZAR, «Morire sì, non essere aggrediti dalla morte», cit., e da B. PEZZINI, *Oltre il perimetro della rilevanza della questione affrontata dall'ordinanza n. 207/2018: ancora nel solco dell'autodeterminazione in materia di salute?*, in www.forumcostituzionale.it, (22 giugno 2019). Analogamente si esprime C. TRIPODINA, *Le non trascurabili conseguenze del riconoscimento del diritto a morire “nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire”*, in www.forumcostituzionale.it, (14 giugno 2019) e in Id., *Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto di altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Alcune perplessità sull'ord. n. 207/2018*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2018, 2476 ss. Per A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. n. 207 del 2018 su Cappato*, in www.forumcostituzionale.it, (27 maggio 2019), con le sue affermazioni la Corte si sarebbe proprio (illegittimamente) sostituita al legislatore, producendo inevitabili discipline “rabbierciate” e incomplete. Di una forzatura ragiona A. NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale*, cit., 8. Prima delle sentt. n. 141 e n. 242/2019 aveva sottolineato di non ritenere che dalla giurisprudenza costituzionale si possa ricavare un'unica nozione di dignità, «e ciò in perfetta coerenza con la scelta della Costituzione italiana di declinare diversamente il concetto a seconda dei contesti di riferimento», G. BRUNELLI, *Imparare dal passato: l'ord. n. 207/2018 (sul caso Cappato) e la sent. n. 27/1975 (in tema di aborto) a confronto*, in www.forumcostituzionale.it, (29 giugno 2019), § 1.

²⁵ Punto 2.3 del *Considerato in diritto*. Corsivo non testuale.

²⁶ Sentenza n. 242 del 2019, punto 2.3 del *Considerato in diritto*.

²⁷ La Corte ribadisce la centralità del (pur implicito) diritto costituzionale alla vita al punto 2.2 del *Considerato in diritto*.

comprensivo, cioè, della scelta del “se”, “come” e “con che cosa” curarsi (in talune situazioni, anche mediante l’autosomministrazione di sostanze letali, la quale, già ora, è un’attività lecita)²⁸. Chi presta aiuto, in simili circostanze, non provoca affatto la morte del paziente che lo richieda, ma ne agevola semplicemente il realizzarsi ormai inevitabile, ponendo termine a sofferenze che il soggetto – senza essere in alcun modo coartato – reputa insopportabili²⁹. Per questo chi si mette a disposizione del malato non può essere ritenuto responsabile di ciò che accade, né – di conseguenza – punibile per ciò che fa.

Non convince dunque la critica per cui esisterebbe, invece, un dovere dello stesso malato terminale (o sofferente all’estremo) di vivere fino alla fine per solidarietà verso gli altri; e neppure la collegata idea per cui, in queste personalissime ipotesi, dovrebbe vigere una versione oggettiva (e del tutto eteronoma) di dignità³⁰: così ragionando si giunge infatti al paradosso di trasformare un diritto in un dovere, oltre a imporre solidarietà a chi, invece, dovrebbe riceverla. Contemporaneamente, questi assunti negano che, almeno in alcune ipotesi coinvolgenti la posizione intima e soggettiva del solo interessato, questi non possa seguire i suoi convincimenti più profondi in pieno ossequio ai principi personalista e pluralista (anche ricevendo un aiuto nel compiere da sé attività peraltro del tutto lecite). Principi da ritenersi ovviamente operativi anche nelle fasi più drammatiche dell’esistenza di ciascuno.

Ci si può dunque chiedere perché si voglia pretendere che il malato sofferente viva fino alla fine dei suoi giorni anche quando desidererebbe altrimenti, posto che, in un contesto sempre più medicalizzato e ipertecnologico, un tale assunto ha ormai perso gran parte del suo significato, impedendo addirittura che si possa ragionare di una morte autenticamente “naturale”³¹.

3. I problemi lasciati aperti dalla sentenza: altri casi (in parte diversi) premono alle porte della Consulta

Riproponendo l’*iter* argomentativo già inaugurato nell’ord. n. 207, la nuova pronuncia costituzionale mantiene in sospenso talune delicate questioni già stimolate dal tenore della prima decisione³².

Innanzitutto, agganciando necessariamente le proprie decisioni alla *quaestio* scaturente dalla fisionomia del caso deflagrato davanti al giudice *a quo* – e mettendo meglio a fuoco il *thema decidendum* proposto da quest’ultimo – la Corte lascia del tutto e in ombra la possibilità di utilizzare (e, se

²⁸ Sottolinea come la Corte non usi, in sentenza (e anche nell’ordinanza), l’espressione “diritto”, accontentandosi di richiamare solo la “libertà” del soggetto a chiedere l’aiuto, C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità dell’aiuto al suicidio*, in *Corti supreme e salute*, 2019, 2, 8 ss. del *pre-print*. La stessa autrice ammette tuttavia che pare sottesa a tutto il ragionamento della Corte l’idea che esista un vero diritto del paziente a richiedere la prestazione finalizzata al suicidio. Questa attenzione terminologica spiegherebbe peraltro ciò che la Corte esplicita poi in materia di obiezione di coscienza: se ne tratterà (criticamente) *infra*.

²⁹ C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, in *Sistema penale*, 12, 2019, 48.

³⁰ Così A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l’ircocervo costituzionale*, cit., 571 ss., il quale ribadisce, in tal modo, tesi espresse in molti altri suoi lavori.

³¹ Si rinvia a quanto già trattato nel mio *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza delle norme*, Milano, 2007, 209 ss.

³² Le si è già evidenziate, ad esempio, nel mio *Un’incostituzionalità (solo) “di fatto” del reato di aiuto al suicidio: in attesa del seguito del “caso Cappato”*, in *Studium Iuris*, 2019, 277 ss.

necessario, adattare) le medesime coordinate concettuali in vicende solo in parte sovrapponibili a quella che ha visto protagonisti Antoniani e Cappato: ipotesi collocate, quindi, al di fuori dell'obbiettivo raggio d'azione della *quaestio*³³.

Non c'è, però, nulla di sorprendente – tutt'altro – nel fatto che la Corte rimarchi a chiare lettere come la sua «declaratoria di incostituzionalità» attenga, «*in modo specifico ed esclusivo* all'aiuto al suicidio prestato a favore di soggetti che già potrebbero alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla loro sopravvivenza»³⁴. Le ragioni processuali che s'illustreranno nel prossimo paragrafo lo giustificano ampiamente. Ciò lascia peraltro impregiudicati taluni interrogativi circa la sorte di vicende cliniche in cui non tutte le condizioni elencate dalla Corte trovino esatta implementazione.

Non si tratta qui di applicare acriticamente le coordinate di quello che, con intento normalmente spregiativo, viene stigmatizzato quale un pericoloso “pendio”; si tratta invece di pensare se non vi siano buoni argomenti per estendere la sostanza del *decisum* costituzionale ad altre fattispecie che, pur non esattamente identiche a quelle portate all'attenzione della Consulta, chiamano comunque in causa analoghi principi e non tanto dissimili diritti e sofferenze del malato.

In prima battuta ciò riguarda il requisito – sottolineato dalla Corte – per cui la persona che chieda di essere aiutata a morire debba essere «tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale». Viene insomma da chiedersi se si tratti di un presupposto assolutamente essenziale o di un'eventualità che potrebbe soccombere a certe condizioni e a fronte di fattispecie che ne evidenziassero l'inadeguatezza³⁵. Si pensi, ad esempio, ai casi di pazienti affetti da patologie gravi, invalidanti e irreversibili, i quali, pur non essendo (ancora) sottoposti ad alcun trattamento salvavita, soffrano non poco (psicologicamente o fisicamente) e consapevolmente ritengano che tale condizione non corrisponda alla loro idea di dignità; essi potrebbero dunque invocare il proprio diritto ad autodeterminarsi in un frangente così delicato della loro esistenza³⁶. Del resto, lo stesso Fabiano Antoniani non viveva – appunto – perennemente agganciato a simili strumenti.

A fronte di una nuova questione di costituzionalità nascente da un tale contesto – e ragionando degli specifici tratti dei singoli casi in tal modo (ed eventualmente) portati alla sua attenzione – v'è insomma da chiedersi se la Corte possa allargare ulteriormente il raggio d'azione consentito a chi volesse (autonomamente) “farla finita”.

Analoghe domande potrebbero sorgere con riguardo al requisito della patologia irreversibile (che non coincide certo con l'idea di una malattia allo stato terminale)³⁷.

³³ Lo evidenzia (escludendo la possibilità di ogni ulteriore slittamento) L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019*, cit., 3 ss. Similmente A. NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale*, cit., 5.

³⁴ Punto 5 del *Considerato in diritto*. Corsivo non testuale.

³⁵ Per ipotesi analoghe a quelle che s'indicheranno di seguito v. C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità*, cit., 9 ss. (che le menziona però in chiave critica verso la sentenza).

³⁶ È questo il nucleo del c.d. “caso Trentini”, tuttora pendente presso la Corte d'Assise di Massa (per seguirne le tappe si rinvia al sito www.associazionelucacoscioni.it). Va intanto segnalato che nell'udienza già da tempo fissata per il 5 febbraio 2020, a causa dell'impedimento del consulente tecnico indicato dalla difesa (e ammesso al dibattimento) – chiamato a esprimersi sul puntuale rispetto dei requisiti indicati nella sent. n. 242 – il giudice ha disposto il rinvio al prossimo 18 marzo.

³⁷ A. D'ALOIA, *In attesa della legge*, cit., § 6.

Diversa è invece eventualità di un malato senz'altro capace e informato, il quale però – in virtù della sua particolare patologia (ad esempio, una completa paralisi) – non possa, in alcun modo, azionare da sé i meccanismi che darebbero finalmente seguito alle sue determinazioni suicide³⁸. Fattispecie che inducono a riflettere se la Corte – prima o poi – non possa addirittura aprire a calcolatissime e controllate ipotesi di eutanasia volontaria (ragionando, dunque, della portata dell'art. 579 c.p.).

Altra situazione potrebbe essere quella di chi – pur essendo immerso in una situazione *in toto* conforme alle condizioni indicate dalla Corte (nonché senz'altro desideroso di farla finita) – non voglia assolutamente compiere da sé il gesto destinato a darsi la morte (per paura di sbagliare, per il dolore fisico che anche quella minima azione gli provocherebbe, perché preferisce rimettersi alla collaudata esperienza del solo personale medico e così via). A tutta prima, questa peculiare vulnerabilità sembra meritare un'adeguata considerazione anche ove si accompagnasse al maturo desiderio del malato di “chiudere il discorso”.

Ipotesi di questo tipo, se raffrontate con quanto ora intervenuto sul fronte dell'aiuto al suicidio – e tenendo in debito conto la loro attuale disciplina penale (per nulla permissiva) – sembrano insomma determinare un'ingiustificata disparità di trattamento tra situazioni non certo (del tutto) uguali ma sensibilmente analoghe. È, ad esempio, un fatto che tali realtà risultino spesso abbinata a sofferenze fisiche e psicologiche anche più intense di quelle sopportate da chi viene senz'altro tenuto in vita mediante opportuni trattamenti essenziali³⁹.

La mancata previsione di calibrate forme d'intervento eutanascico in almeno talune delle circostanze appena richiamate, potrebbe poi (paradossalmente) indurre alcuni pazienti a dar luogo al loro suicidio assistito prima di quanto altrimenti non farebbero se fosse loro consentito di organizzare la propria fine in vista del tempo in cui avranno totalmente perduto capacità d'azione e di coscienza. L'assenza di simili discipline – e, più precisamente, il divieto penale di cui all'art. 579 c.p. – potrebbe dunque (paradossalmente) indurre questi malati ad anticipare la richiesta di essere aiutati a suicidarsi, così abbreviando oltre misura la propria vita e le proprie occasioni di contatto sociale.

Sono insomma tanti gli interrogativi che scottano e che creano altrettante lacerazioni.

Tuttavia, una conferma (molto) indiretta della risposta che sembrerebbe opportuno offrire – almeno per taluni – alle domande appena formulate, scaturisce dalla circostanza per cui un'eventuale, futura disciplina di simili vicende dovrebbe sostanzialmente ricalcare quanto la stessa Corte elabora, nella sua sentenza, per rimodulare l'art. 580 c.p. Sebbene l'eutanasia – punita dal citato art. 579 c.p. – preveda infatti che il medico ponga in essere un'azione diretta non già ad aiutare il malato a farla finita da sé, bensì a determinare egli stesso l'abbreviazione della vita del paziente, non (tanto) diversi sarebbero infatti i requisiti, le cautele, le obiezioni regolamentate, le procedure, le figure professionali da

³⁸ In Canada, dopo aver introdotto l'aiuto al suicidio del malato capace, è stata – di conseguenza – ammessa anche l'eutanasia del paziente capace ma totalmente paralizzato: lo rimarca C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2018, 16 ss. Per altre significative esperienze comparatistiche si rinvia alla relazione di Marta Fasan ed Elisabetta Pulice, svolta nell'incontro di studio organizzato nell'ambito del modulo Jean Monnet-BioTell “*Decisioni di fine-vita in Italia e in Europa. Le prospettive dopo l'ordinanza n. 207 della Corte costituzionale*”, svoltosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 15 marzo 2019.

³⁹ Si rinvia ancora C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale*, cit.

coinvolgere anche in tali circostanze; senza dire dei necessari controlli da predisporre (anche) in queste evenienze⁴⁰.

Da ciò scaturisce il quesito se la Corte stessa possa spingersi – da sola – così in là, consentendo cioè, con una sua pronuncia – a certe condizioni e in taluni casi – che la morte del soggetto costituisca l'esito di un intervento esterno diretto precisamente a determinarla (allorché il paziente versi in specifiche situazioni e consapevolmente la invochi). Queste eventualità non sembrano insomma troppo lontane da quelle tracciate nella legge n. 219 e usate a parametro della sua attuale decisione. Almeno in talune di esse, non consentire all'interessato di conseguire la morte che anela, pur di non mancare di rispetto alla distinzione tra "lasciar morire" e "causare la morte", non pare insomma del tutto ragionevole.

Se pensare a un possibile intervento del legislatore in tal senso appare quindi senz'altro più semplice – oltre che in linea con gli indirizzi della Corte Edu⁴¹ – qualche decisa perplessità scaturisce invece dall'ipotesi che sia la stessa Corte a intervenire: la sua azione sarebbe senz'altro dotata di un generoso afflato umanitario ma la domanda da porsi è se gli strumenti (al momento) a sua disposizione le consentano – se del caso – di giungere (legittimamente) a simili approdi.

4. Una sentenza di accoglimento parziale (ma non solo)

Nulla di tutto ciò affiora dunque dalla sent. n. 242 del 2019 (né dal "tono" della precedente ord. n. 207 del 2018): la Corte rimane, insomma, saldamente "ancorata a terra" (ossia all'oggetto della *quaestio*), non esprimendosi su fattispecie (più o molto meno) vicine a quella *de qua*. Ciò è assolutamente giustificato da solide ragioni di squisito carattere processuale – per il dovuto ossequio al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato – ma anche in considerazione della delicata fattispecie sulla quale essa si esprime. Una materia – come si suol dire – "eticamente sensibile", oltre che intrisa da numerosi profili che esigono scelte discrezionali del legislatore, la quale, proprio per questo, non agevolava audaci "salti in avanti" (magari realizzati mediante oculate pronunce di illegittimità consequenziale)⁴².

⁴⁰ A tal proposito risulta estremamente significativo il documento di sintesi del gruppo di lavoro in materia di aiuto medico a morire (*Aiuto medico a morire: per la costruzione di un dibattito pubblico, plurale e consapevole*), riunitosi più volte nel corso del 2019 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Trento, pubblicato nel fasc. 3/2019 della rivista on-line *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*.

⁴¹ Nel 2002, affrontando il noto caso *Pretty*, la Corte di Strasburgo ha certo escluso che il diritto alla vita, ex art. 2 Cedu, comprenda altresì un diritto a morire, precisando tuttavia che gli Stati possono disciplinare, con le opportune cautele, sia l'aiuto al suicidio, sia l'eutanasia assolutamente volontaria e controllata delle persone sofferenti. Successivamente, il favor verso la valorizzazione delle scelte individuali in tali frangenti dell'esistenza umana è apparso ancor più netto nella successione dei casi *Haas c. Svizzera* del 2011, *Koch c. Germania* del 2012 e *Gross. c. Svizzera* del 2013 (citate nell'ord. n. 207). La preoccupazione che la Corte di Strasburgo evidenzia, in tutte queste vicende, è che si proteggano senza indugi le persone vulnerabili, approntando efficaci procedimenti e corrispondenti controlli. La stessa Consulta evidenzia questo profilo nell'ord. n. 207 (punto 7 del *Considerato in diritto*). Sulla giurisprudenza della Corte Edu in questa materia v., ad esempio, A. D'ALOIA, *Il caso Piludu e il diritto di rifiutare le cure (anche life-sustaining)*, in *Studium Iuris*, 2018, 1471 ss. ed E. MALFATTI, *Sui richiami, nell'ordinanza Cappato, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in www.forumcostituzionale.it, (25 giugno 2019).

⁴² Com'è noto, sia il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, sia la possibilità, per la Corte, di trarre conseguenze dalla sua dichiarazione d'illegittimità, trovano disciplina all'art. 27, legge n. 87 del 1953.

Da questi stessi motivi deriva, del resto, l’originale tecnica processuale inaugurata dall’abbinata tra l’ordinanza del 2018 e l’attuale sent. n. 242, nonché lo stesso “parallelismo” che la Corte motiva, pratica e persegue comparando la normativa sulla quale è chiamata a decidere e quanto già contenuto nella legge n. 219 del 2017. Essa giustifica insomma il suo responso affermando che esso condurrebbe alle logiche e ragionevoli conseguenze quanto è già stato stabilito, nero su bianco, dal legislatore.

In prima battuta, veniva quindi lasciato nella disponibilità di quest’ultimo – come dovrebbe essere – il compito di “muovere” dall’ordinanza per offrire un’articolata disciplina allo specifico tema all’ordine del giorno⁴³. Il concetto è ora ribadito nella sent. n. 242/2019, anche se la Corte – registrato il silenzio del Parlamento – tampona come può⁴⁴ le esigenze di disciplina da essa stessa già denunciate⁴⁵. Tuttavia, nulla sembra vietare che – come si anticipava – il legislatore possa regolare anche altre fattispecie più “avanzate” (e ancora penalmente vietate dal citato art. 579 c.p.), ossia ipotesi di una vera e propria (sempre che sia altresì “bilanciatissima”) eutanasia volontaria e pietosa⁴⁶.

È comunque assai probabile che la stessa Consulta dovrà, prima o poi, prendere posizione almeno su talune delle fattispecie sopra illustrate; è infatti prevedibile che altre questioni di legittimità, cesellate nel modo anzidetto, prenderanno, nel prossimo futuro, la via di Palazzo della Consulta. Non sarebbe del resto la prima volta che una coraggiosa pronuncia d’illegittimità provoca una serie di “reazioni a catena” (a prescindere dal suo esito)⁴⁷. Si vedrà.

Resta che nel pronunciare l’illegittimità costituzionale “parziale” dell’art. 580 c.p. – nella parte in cui esso non esclude (e quindi prevede) la punibilità anche di chi agevola l’esecuzione del proposito suicida del malato che versi nelle condizioni indicate, e pur nel rispetto di quanto la stessa Corte precisamente enuncia in motivazione – la Consulta si avvede della contemporanea esigenza di colmare le lacune di disciplina che la sua (pur calibrata) pronuncia irrimediabilmente porta sotto i riflettori; l’aveva del resto sottolineato già nell’ord. n. 207/2018, laddove segnalava – con toni sibillini – che «i delicati bilanciamenti» che la materia esige «restano affidati, *in linea di principio*, al Parlamento» (lasciando intendere, col senno di poi, che l’inerzia di quest’ultimo avrebbe giustificato i suoi interventi ben più pregnanti)⁴⁸. Per questa parte – facendosi ora carico di una tale esigenza – la sent. n. 242 assume quindi (anche) i tratti di una vera e propria sentenza additiva, finalizzata ad aggiungere nell’ordinamento quanto ora – dopo le sue precisazioni – non poteva più essere disatteso⁴⁹. Nell’ovvia aspettativa che, anche su

⁴³ Ord. n. 207, punti 10 e 11 del *Considerato in diritto*.

⁴⁴ Lo si vedrà meglio *infra* § 5 ss.

⁴⁵ Punto 9 del *Considerato in diritto*.

⁴⁶ Sulla diversità tra le varie richieste (e le possibili pratiche) riguardanti la fine della vita si v. F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, 168 ss. In materia di eutanasia v. peraltro la preziosa ricostruzione (e le fondamentali distinzioni) di C. TRIPODINA, *Il diritto nell’età della tecnica. Il caso dell’eutanasia*, Napoli, 2004. A proposito di quanto più specificamente ipotizzato nel testo, si rinvia (ancora) al già citato (e analitico) documento *Aiuto medico a morire: per la costruzione di un dibattito pubblico, plurale e consapevole*.

⁴⁷ Si pensi solo alla giurisprudenza in materia di astensione obbligatoria dal lavoro per la cura del neonato o sui permessi retribuiti per l’assistenza ai parenti vulnerabili, nonché la giurisprudenza costituzionale che ha progressivamente demolito la legge n. 40 del 2004 (in materia di procreazione medicalmente assistita).

⁴⁸ Punto 10 del *Considerato in diritto*. Corsivo non testuale.

⁴⁹ Di una sentenza ablativa parziale accompagnata altresì da un contenuto additivo ragiona pertanto C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere*, cit., 53.

questo versante – e dopo quanto meritoriamente trasfuso nella legge n. 219/2017 – il legislatore faccia la sua parte⁵⁰.

Quanto “aggiunto” dalla Corte, e soprattutto le modalità con cui ciò avviene, meritano peraltro un particolare approfondimento: non tutto sembra infatti filare davvero liscio e i dubbi fioccano. Anche perché la stessa Corte pare ben consapevole – come emerge dalla chiosa della sentenza⁵¹ – di avventurarsi, in tal modo, su un terreno non propriamente consono alle sue competenze. Il suo intervento pare insomma la conseguenza di una reale “esasperazione”: ciò non annulla però le delicate questioni che ne emergono.

5. Segue: la “parte additiva” della pronuncia. L’(ulteriore) abbandono della teoria delle “rime obbligate”

Cosa aggiunge, la Corte, a quanto già aveva “più che promesso” nella sua ord. n. 207/2018?

Nel rispondere a tale quesito ci si rende conto che, in verità, i profili processuali e sostanziali della decisione, finiscono per sovrapporsi.

Preso atto del silenzio del legislatore (il quale, sebbene sollecitato a intervenire entro il 24 settembre 2019⁵², non ha abbandonato la sua cronica inerzia), la Corte avverte pertanto l’esigenza di giustificare un suo intervento, pur essendo chiara l’assenza di una “rima” davvero “obbligata”. È la stessa Corte a sottolineare che, sebbene la (sua) dichiarazione d’illegittimità «faccia emergere specifiche *esigenze di disciplina... suscettibili di risposte differenziate da parte del legislatore*», ciò non può più bloccare una decisione d’accoglimento che sia strumento indispensabile per «garantire la legalità costituzionale», dovendo infatti prevalere quest’ultima esigenza «su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia»⁵³. L’esito sarebbe altrimenti quello di conservare *sine die* ampie «zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale», oltre che mantenere altresì intatta (e protratta nel tempo) la «menomata protezione di diritti fondamentali» in settori alquanto delicati (quale, appunto, il diritto penale)⁵⁴.

In tale passaggio, pare insomma che la Corte dia luogo a una particolare operazione di bilanciamento i cui elementi sarebbero rappresentati, da un lato, dalla necessità di rispettare scrupolosamente la discrezionalità legislativa, nonché, dall’altro, dall’esigenza che – in tali casi – la stessa Consulta sia chiamata a offrire (per quanto possibile) “normative” tese a colmare un’accertata (e grave) situazione d’in-costituzionalità. Nel caso sia necessario – si intuisce – la seconda occorrenza dovrà infine prevalere

⁵⁰ Si v. ancora il punto 9 del *Considerato in diritto*.

⁵¹ Ma anche da altri passaggi e incisi: si v., ad esempio, il punto 5 del *Considerato in diritto*, ove la Corte afferma di agire nell’attesa che il legislatore si attivi.

⁵² La data non è stata scelta a caso (come messo in rilievo da più d’un commentatore): essa avrebbe infatti segnato la ripresa dei lavori dopo la consueta pausa estiva e, nel frattempo, era prevedibile che la Corte non avrebbe mutato la propria composizione.

⁵³ Punto 4 del *Considerato in diritto*. Corsivo non testuale.

⁵⁴ V. ancora il punto 4 del *Considerato in diritto*.

sulla prima: quanto aggiunto dalla Corte verrà quindi a imporsi sugli operatori nell’attesa che il legislatore dica (finalmente) la sua⁵⁵.

È un primo (non piccolo) problema: quando è in gioco la discrezionalità del legislatore – se così davvero è – sembrerebbe non esserci proprio nulla da fare: la Corte dovrebbe ritrarsi⁵⁶.

Senza nulla aggiungere all’ulteriore *quaestio* relativa alla “natura” dei due elementi così presi in esame; ovvero se essi siano proprio idonei fornire materia per un corretto “bilanciamento” (che, di norma, viene applicato quando è in gioco una pluralità di diritti)⁵⁷.

La Corte sostiene, dunque, di doversi far carico di simili problemi (e di tali conseguenze), anche «non limitandosi a un accoglimento “secco” della norma costituzionale, ma *ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorchè non a contenuto costituzionalmente vincolato*, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento»⁵⁸. Anche una disciplina non proprio a tutto tondo – ma pur sempre latamente agganciata a quanto ricavabile in un qualche luogo dell’ordinamento (il “sistema”) – risulta insomma costituzionalmente preferibile sia al persistere di norme la cui incostituzionalità appare ormai assodata, sia al vuoto che determinerebbe, in tali casi, una pronuncia di accoglimento semplice.

In queste rapide battute, la Corte recita quindi il *de profundis* della c.d. teoria delle rime obbligate (anche in materia penale); o – almeno – si assiste qui al definitivo superamento della sua versione più rigorosa. Non è peraltro la prima occasione in cui, negli ultimi anni, la Consulta esprime concetti simili. Già da tempo, insomma, le più tradizionali coordinate di questa teoria hanno segnato il passo. Esse si sono stemperate, dunque, nella più lasca (ma ribadita) necessità di estrapolare dall’ordinamento complessivamente considerato discipline già esistenti ad altri scopi ma ragionevolmente esportabili anche in contesti diversi, specie se in vista di soluzioni caratterizzate *in bonam partem*.

La stessa Corte menziona, a tal proposito, una significativa sequenza di sue recenti pronunce manipolative⁵⁹, le quali hanno decisamente abbandonato le più tradizionali coordinate delle decisioni additive

⁵⁵ Sembrerebbe dunque che la Corte dia luogo a una sua supplenza *sub condicione*: C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità*, cit., 12.

⁵⁶ Va citato, per dovere d’ufficio, l’art. 28, legge n. 87/1953.

⁵⁷ Sul tema (delicatissimo) se il rispetto della regola processuale imposta alla Corte possa (o meno) rientrare in un giudizio di bilanciamento v. R. ROMBOLI, *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 www.forumcostituzionale.it, (6 aprile 2015), § 1.

⁵⁸ *Ibidem*. Corsivo non testuale.

⁵⁹ In particolare, essa cita la sent. n. 236 del 2016, in cui ha inciso sulla misura di una pena, ritenendola irragionevole e sproporzionata rispetto all’effettiva gravità del comportamento contestato e alla sanzione già prevista per altri reati «rinvenibili nel sistema legislativo», mettendo in più specifica relazione due fattispecie che definisce «non identiche» ma dotate di alcuni «tratti comuni». Ancor più netta è però la sent. n. 222 del 2018: sempre in tema di proporzionalità e ragionevolezza di una pena, dando particolare risalto alla latitanza del legislatore nel settore delle sanzioni accessorie – pur a fronte dei suoi moniti – e considerata altresì la sua più recente giurisprudenza in materia di «sindacato sulla misura delle pene», essa procede a una «complessiva rimediazione dei termini della questione». «Nel senso che», afferma, «a consentire l’intervento di questa Corte [...] non è necessario che esista, nel sistema, un’unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e *ratio*, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*. Essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che *il sistema nel suo complesso* offra

d'antan. A ciò vanno aggiunti casi in cui la Corte ha addirittura ritenuto di poter correggere *in peius* la norma penale⁶⁰, quando non di adottare, anche in questa delicata materia, additive di mero principio⁶¹. È chiaro il motivo che ha indotto la Corte a simili (e sensibili) correzioni di rotta: esso trova origine nell'evidente necessità di supplire alla collaudata latitanza del legislatore, reagendo ad altrimenti invincibili zone franche di costituzionalità. In caso contrario, continuerebbero a insistere *sine die* nell'ordinamento normative palesemente illegittime, a nulla contando i moniti vergati dalla stessa Consulta. Questa non potrebbe peraltro pronunciarsi con un accoglimento "secco" laddove le conseguenze di ciò – come nel caso in esame – sarebbero anche più gravi di quanto prodotto dalla normativa indubbiata⁶². Si tratta proprio delle stesse emergenze che hanno suggerito le innovative soluzioni processuali forgiate dalla Corte mediante l'originale raccordo tra l'ord. n. 207 del 2018 e la sent. n. 242 del 2019, ossia la necessità di approntare una nuova e ben più efficace versione del «collaudato meccanismo della doppia pronuncia»⁶³.

Ma anche ammesso (e non concesso) che si debba tollerare l'abbandono "selettivo" della teoria appena citata, occorre chiedersi se quanto messo in campo nello specifico caso in esame raggiunga livelli complessivamente tollerabili dal "sistema".

6. Segue: dove reperire le "aggiunte"?

Da questi assunti muove perciò l'opera di trasferimento, nella "situazione normativa" generata dall'accoglimento della *quaestio*, di porzioni di disciplina (concepite anche ad altri scopi e con altri intenti) eppure funzionali a riempire di senso quanto risulterebbe altrimenti (e pericolosamente) sguarnito. È in questa fase che decolla l'aspetto più propriamente "creativo" dell'intervento della Corte: in base alle premesse enunciate dalla Consulta, lo imporrebbe la stessa riduzione della portata normativa della prescrizione originaria. Ciò rende indispensabile – afferma la Corte – predisporre una serie di "paletti" in grado di presidiare le situazioni ora non più tutelate dal divieto a oltranza.

Assumendo quale «preciso punto di riferimento», la disciplina racchiusa negli artt. 1 e 2, legge n. 219 del 2017, la Corte plasma la trama della procedura per affrontare «buona parte delle esigenze di disciplina poste in evidenza nell'ordinanza n. 207 del 2018» e trascurate dal Parlamento⁶⁴. Si tratta, più precisamente, delle norme di legge che stabiliscono le modalità con le quali il paziente può esprimere il suo consenso al rifiuto delle cure (anche salvavita); in base a quali requisiti egli potrà perseguire i suoi obiettivi; come vada accertata la genuinità della sua richiesta; come dovrà atteggiarsi il rapporto

alla Corte "precisi punti di riferimento" e "soluzioni già esistenti" (sent. n. 236 del 2016)». Affermazioni ribadite alla lettera e con convinzione anche nelle sentt. n. 40 e n. 99 del 2019.

⁶⁰ Si v. la sent. n. 440 del 1995 (e cfr. M. D'AMICO, *Una nuova figura di reato: la bestemmia contro la religione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, 3487 ss.), nonché quanto la stessa Corte illustra a tal proposito, e in modo quasi dottrinale, nella sent. n. 37 del 2018.

⁶¹ Cfr. la sent. n. 26 del 1999, ove si dichiara l'illegittimità delle norme dell'ordinamento penitenziario che non allestivano «una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della amministrazione penitenziaria lesiva dei diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale».

⁶² La Corte lo afferma già nell'ord. n. 207/2018 e lo ribadisce anche nella sent. n. 242/2019 (punto 2.4 del *Considerato in diritto*).

⁶³ Punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁶⁴ Punto 5 del *Considerato in diritto*. Corsivo non testuale.

tra medico e paziente nella specifica circostanza; come sia da profilare, al paziente, il sempre possibile accesso alle cure palliative.

Tuttavia, fin qui si rientra ancora entro i binari di una rima sostanzialmente obbligata: in virtù del “parallelismo” affermato (e acquisito) dalla Corte ciò non appare affatto illogico (specie se si accetta l’assunto).

Dove invece un simile ancoraggio viene progressivamente (e sensibilmente) meno è con riguardo ai successivi passaggi che innervano l’addizione proposta dalla Corte.

In un rapido crescendo, la Corte precisa pertanto che «la verifica delle condizioni che rendono legittimo l’aiuto al suicidio deve [...] restare affidata [...] a strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale». E ciò «in attesa della declinazione che potrà darne il legislatore»⁶⁵. Si comprendono le esigenze di cautela che accompagnano questa scelta, ma resta il dubbio se le strutture pubbliche siano effettivamente in grado di affrontare un tale compito. Un’analoga perplessità riguarda l’individuazione di chi se ne occuperà (o anche solo se ne farà carico), stante l’obiezione di coscienza generalizzata riconosciuta, in tal caso, al personale sanitario (come la Corte afferma in un passaggio successivo)⁶⁶.

Ma anche altri sono gli interrogativi suscitati da queste poche righe. Non è ad esempio chiaro se il legislatore potrà disattendere la scelta praticata, in prima battuta, dalla Corte (“aprendo”, infine, anche ai privati convenzionati). E se quest’ultima opzione rimanesse comunque tra le papabili – come effettivamente sembra⁶⁷ – se ne trae ulteriore conferma che la scelta della Corte, lungi dall’essere necessitata, pare – appunto – solo una tra le tante possibili.

Ancor più creativamente essa aggiunge poi che «la delicatezza del valore in gioco» impone «l’intervento di un organo collegiale terzo, munito di adeguate competenze, il quale possa garantire la tutela di situazioni di particolare vulnerabilità». Pertanto, «nelle more dell’intervento del legislatore, tale compito è affidato ai comitati etici territorialmente competenti». Non viene peraltro precisato che specifico effetto debba essere attribuito al loro responso⁶⁸. La Corte illustra poi, in estrema sintesi, i compiti dei quali tali organismi sono oggi investiti: in particolare, essi affrontano «problemi di natura etica che possono presentarsi nella pratica sanitaria» e, più specificamente, la «tutela dei diritti e dei valori della persona» con riguardo alle sperimentazioni di medicinali, il loro uso compassionevole e all’utilizzo di particolari dispositivi medici⁶⁹. Si tratta, dunque, di competenze che – a quanto pare – non risultano esattamente riferibili e trasferibili anche alla fattispecie sulla quale la Corte era chiamata ed esprimersi⁷⁰.

Ma ben più “estroso” (e, a dire il vero, preoccupante) è il passaggio sull’obiezione di coscienza dei medici, vergato dalla Corte con una *nonchalance* che pare destinata – purtroppo – a lasciare il segno

⁶⁵ Punto 5 del *Considerato in diritto*. La Corte cita, per analogia, le sue sentt. n. 96 e n. 229 del 2015 (adottate in materia di diagnosi preimpianto), ove analogamente optò, «per ragioni di cautela», per le sole strutture pubbliche specializzate.

⁶⁶ C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere*, cit., 50. Se ne tratterà subito sotto.

⁶⁷ Lo si evince dalle stesse parole dell’ord. n. 207, ribadite (e citate) anche nella sent. n. 242 (al punto 2.4 del *Considerato in diritto* e poi, nuovamente, al punto 5 del *Considerato in diritto*).

⁶⁸ L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019*, cit., 5.

⁶⁹ Si v. ancora il punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁷⁰ Da qui i dubbi sull’idoneità del Comitato etico ad assumere le funzioni che la Corte gli attribuisce: C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere*, cit., 50

anche in altri ambiti⁷¹. In pochissime (e troppo veloci) battute essa conclude infatti che la sua dichiarazione d'illegittimità «si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere in capo ai medici». Dunque, «resta affidato [...] alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato»⁷²: con buona pace di quest'ultimo.

Con un semplice tratto di penna la Corte riconosce pertanto un diritto all'obiezione praticamente generalizzato a favore del personale medico⁷³. Dunque, senza nessuna necessità di dichiarare preventivamente (e in via generale) la propria indisponibilità ad applicare le norme in questione; senza un'esplícita norma di legge che lo consenta nel caso in considerazione; senza l'indicazione di contromisure atte a fronteggiare la ben nota tendenza a usare l'obiezione medica a scopi di autentico boicottaggio delle leggi (o delle prestazioni) sgradite; senza fare alcun cenno alla necessità che il medico fornisca comunque chiarimenti tesi a facilitare al malato la possibilità di ottenere altrimenti la prestazione; senza neppure ribadire quanto si trova enunciato (ma violato) nella legge n. 194, ossia senza aggiungere almeno un "principio" che costringa le strutture sanitarie a farsi carico di eventuali obiezioni a oltranza, il personale sanitario potrà fare il bello e il cattivo tempo (con l'autorevole avallo della Corte)⁷⁴. Si tratta di una semplificazione che non convince e che amplia ancor di più il trattamento di massimo favore che ha sempre (ingiustificatamente) caratterizzato il riconoscimento dell'obiezione medica nel nostro ordinamento⁷⁵. Quanto posto dalla Corte nella disponibilità del malato sofferente ed esausto rimarrà, quindi, *in toto* ostaggio delle convinzioni dei medici⁷⁶.

Date simili conclusioni altri dubbi emergono dallo sfondo della sentenza.

In definitiva, non è chiaro se ciò che la Corte ricostruisce nella sua motivazione possa ritenersi davvero un "diritto". Soprattutto valutando che il suo preteso titolare potrà cozzare contro la barriera di una massiccia mole di obiezioni incondizionate. Ha dunque forse ragione chi mette in luce come la Corte non abbia individuato un vero diritto al suicidio assistito del malato sofferente, bensì solo e soltanto una (molto limitata) non punibilità del soggetto che si presta a esaudire le sue richieste e rispetti quanto enucleato dalla pronuncia⁷⁷. Davvero (molto) poco, specie considerando che si era partiti da

⁷¹ Sottolinea come questo sia davvero un «passaggio cruciale» C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità*, cit., 13.

⁷² Punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁷³ Sul tema dell'obiezione di coscienza si v. almeno il fondamentale lavoro di D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, 2011.

⁷⁴ Critico anche C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere*, cit., 50. Lo stesso (già menzionato) parere del CNB (*Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*), ribadiva, a tal proposito, quanto già sottolineato in suo documento del 2012: stante le forti implicazioni morali della materia, esso ritiene quindi auspicabile la previsione di un'obiezione di coscienza del personale sanitario, precisando però (molto opportunamente) che «dovrà essere prevista l'organizzazione di un servizio che permetta comunque l'esercizio dei diritti nonostante la mancata partecipazione dell'obiettore».

⁷⁵ Se ne è già trattato in P. VERONESI, *L'obiezione di coscienza e le riflessioni del giurista nell'era del biodiritto*, in *Criminalia*, 2011, 401 ss.

⁷⁶ Ed è perciò assai serio il rischio che il passo avanti compiuto dalla Corte sia in tal modo reso del tutto «ineffettivo»: C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere*, cit., 50 ss.

⁷⁷ Già si è citata *supra* la posizione di C. Tripodina. Sulla stessa lunghezza d'onda si collocano anche A. NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale*, cit., 9 ss. e B. LIBERALI, *L'aiuto al suicidio "a una svolta", fra le*

decise affermazioni coinvolgenti la dignità umana, il fondamentale diritto all'autodeterminazione e l'altrettanto fondamentale diritto alla salute del malato (libero di scegliere se e in che modo curarsi, ovvero anche mediante sostanze che l'aiutino a morire)⁷⁸: diritti non mere “libertà”.

Nell'ord. n. 207/2018 la Corte aveva poi esplicitamente rimesso alla discrezionalità del legislatore la scelta tra le varie opzioni sul tappeto in merito all'obiezione del personale medico: da qui la perplessità se essa possa dunque (e davvero) scegliere, adesso, ciò che diceva di non poter adottare prima⁷⁹. E poi: perché non usare anche qui il criterio scolpito nella legge n. 219/2017, alla cui trama normativa la Corte del resto aggancia i più significativi passaggi della sua decisione? Legge che non prende affatto in considerazione l'obiezione di coscienza dei medici. Proprio questa sembrerebbe l'autentica rima obbligata da non trascurare nel caso. Una simile critica emerge con nettezza proprio prendendo sul serio (e applicando meticolosamente) quanto la Corte afferma in più luoghi della sua decisione: ossia, lo stretto parallelismo esistente tra le situazioni disciplinate dalla legge n. 219/2017 e quanto ora essa “aggiunge” al quadro normativo disponibile. Perché, dunque, la legge n. 219 conia un diritto a tutto tondo del malato ormai sfinito dalle sofferenze mentre la sentenza in commento sceglie ben altri percorsi (ponendo il paziente sostanzialmente in balia della volontà altrui)?

7. Che fare per le vicende anteriori alla sentenza di accoglimento

Il titolo di questo paragrafo affronta un problema che già la Corte segnalava esplicitamente nell'ord. n. 207, invitando contemporaneamente il legislatore a farsene carico nel quadro dell'auspicata disciplina da adottare in materia di aiuto al suicidio⁸⁰.

Nell'assenza di ciò – e posta, ora, la sua decisione di accoglimento – è la stessa Corte a doversi interrogare circa i problemi di diritto intertemporale che questo determina.

È chiaro alla stessa Consulta che le procedure da essa tracciate nella sentenza varranno solo *pro futuro*: di esse non potrà essere richiesto il rispetto, «tal quali, in rapporto a fatti anteriormente commessi, come quello oggetto del giudizio *a quo*»⁸¹.

Riguardo alle vicende pregresse, la Corte afferma dunque che la non punibilità dell'aiuto al suicidio rimarrà subordinata al fatto che l'agevolazione sia stata prestata «con modalità anche diverse da quelle indicate, ma idonee comunque sia a offrire *garanzie sostanzialmente equivalenti*». La Corte illustra altresì le coordinate che dovranno caratterizzare simili valutazioni. Requisiti, controlli e cautele «la cui sussistenza dovrà essere verificata dal giudice nel caso concreto»⁸².

condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?, in www.diritticomparati.it, (9 dicembre 2019).

⁷⁸ Da qui la fondata osservazione per cui se esiste l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali, questi non possono poi essere degradati a mere richieste: così C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità*, cit., 17.

⁷⁹ Il rilievo è formulato da A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore*, cit.

⁸⁰ Ne sottolineavano l'importanza, ad esempio, M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit., § 5 e 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 www.forumcostituzionale.it, (23 novembre 2018), § 5.

⁸¹ Punto 7 del *Considerato in diritto*.

⁸² Le quattro condizioni illustrate dalla Corte (*pro futuro*) dovranno aver formato «oggetto di verifica in ambito medico»; la volontà del malato dovrà essere stata «manifestata in modo chiaro e univoco», compatibilmente

Ciò – a detta della Corte – costituirebbe «una diversa scansione del contenuto della pronuncia sul piano temporale»⁸³: pare invece più consono affermare che la Corte, in questi passaggi, delinea un ulteriore contenuto additivo della sua pronuncia, calibrato esclusivamente sulle vicende passate. Aggiunte che forniscono parametri sufficientemente flessibili, mediante i quali il giudice potrà discernere caso per caso.

Quella tracciata dalla Corte è, dunque, una tipica “delega di bilanciamento in concreto”⁸⁴. Ricadrà pertanto sulle spalle del giudice stabilire se i requisiti isolati dalla Consulta abbiano caratterizzato le fattispecie ancora pendenti o siano stati (in tutto o in parte) disattesi.

Si tratta certo di un compito non agevole, specie considerando che, in tali evenienze, potrebbero sorgere dubbi circa il rigoroso rispetto dei requisiti della tassatività e determinatezza della fattispecie penale (benché senz’altro si tratti di interventi *in bonam partem*). Senza dire che potrebbero emergere valutazioni assai diverse di ciò che deve ritenersi “sostanzialmente equivalente” a quanto deciso dalla Corte per i casi a venire, generando (per il passato) decisioni non proprio compatibili fra loro.

Va peraltro detto che queste medesime vicende – ove deflagrassero davanti a un giudice o fossero comunque già al suo cospetto – potrebbero fornire i materiali necessari a sollecitare ulteriori questioni di legittimità. Ad esempio, sono in attesa di giudizio fattispecie in cui è senz’altro assente il requisito della sottoposizione del malato aiutato a suicidarsi a trattamenti di sostegno vitale, benché l’interessato avesse reiteratamente e consapevolmente affermato di voler morire e terminare le sue sofferenze. Potrebbero insomma essere proprio queste le occasioni propizie per portare davanti alla Corte un diverso *thema decidendum*, sempre che la Corte costituzionale ritenga poi legittimo “spostarsi un po’ più in là”.

Va intanto incassato l’esito del processo dal quale ha preso le mosse la *quaestio* risolta con la sent. n. 242: alla ripresa del procedimento – nell’udienza del 23 dicembre 2019 – l’imputato è stato assolto perché il fatto non sussiste⁸⁵. La Corte d’Assise milanese ha insomma concluso nel senso che la pronuncia d’incostituzionalità avrebbe sancito una «riduzione dell’area di sanzionabilità penale», incidendo, cioè, sulla «struttura oggettiva della fattispecie» e non già introducendo una semplice (e nuova) scriminante⁸⁶. Ad avviso del giudice deve quindi escludersi che costituisca reato la condotta posta in essere rispettando (sostanzialmente) le modalità indicate dal giudice delle leggi. Il giudice rileva

con le sue condizioni; egli dovrà essere stato «adeguatamente informato [...] in ordine alle possibili soluzioni alternative» (cure palliative e sedazione profonda continua) (punto 7 del *Considerato in diritto*).

⁸³ Tutti i passaggi appena citati sono reperibili al punto 7 del *Considerato in diritto*.

⁸⁴ Secondo quanto illustrato da R. BIN, *Giudizio “in astratto” e delega di bilanciamento “in concreto”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, 3574 ss. Molti gli esempi ricavabili dalla giurisprudenza: si pensi a quanto la Corte afferma, in più pronunce, con riguardo la divario d’età tra adottanti e adottati; alla sent. n. 282 del 2002 (poi ribadita in ulteriori decisioni) sul tema della scelta delle terapie più idonee; alle sentenze in cui essa calca l’accento sull’esigenza di individualizzazione della pena (*ex multis*: n. 189 del 2010, n. 436 del 1999, n. 257 del 2006, n. 79 del 2007) e su quelle in cui respinge l’idea degli automatismi punitivi (tra le altre, la n. 189 del 2010, n. 68 del 2012, n. 57 del 2013, n. 105 del 2014, n. 239 del 2014, n. 149 del 2018).

⁸⁵ Corte d’Assise di Milano, sentenza 23 dicembre 2019 – 30 gennaio 2020 (consultata sul sito dell’Associazione Luca Coscioni).

⁸⁶ Per una critica alla soluzione adottata dalla Corte milanese v. C. CUPELLI, *Le motivazioni della sentenza di assoluzione della Corte di Assise di Milano e la perdurante inerzia del legislatore*, in *Sistema penale*, (6 febbraio 2020), per il quale la soluzione preferibile, in base alle coordinate della sent. n. 242, sarebbe quella di configurare una scriminante procedurale, adottando quindi la formula per cui “il fatto non costituisce reato”.

pertanto che Marco Cappato ha aiutato dj Fabo a porre fine alla sua vita osservando le sue precise volontà e solo dopo essersi assicurato «che la sua decisione fosse autonoma e consapevole, che la sua patologia fosse grave e irreversibile», «che gli fossero state prospettate correttamente le possibili alternative con modalità idonee a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti a quelle cui la Corte costituzionale ha subordinato l’esclusione della illiceità della condotta» e che si fosse altresì in presenza di una «grave sofferenza fisica e psicologica» del malato, posto in uno stato di effettiva «dipendenza da trattamenti di sostegno vitale». La Corte accerta altresì che, nel caso, le condizioni del paziente sono state «adeguatamente verificate in ambito medico» e la sua volontà ha avuto modo di esprimersi «in modo chiaro e univoco», dopo che gli era stata comunque prospettata la possibilità di ricorrere all’interruzione dei sostegni vitali accompagnando ciò con una sedazione profonda e continua⁸⁷. Un primo passo per la formazione di un diritto vivente su tale delicato passaggio.

8. Conclusioni (e altre osservazioni “processuali”)

La Corte costituzionale (dei diritti) ha dunque “battuto un colpo”.

A fronte dell’inguaribile apatia legislativa con riguardo a vicende che coinvolgono i diritti fondamentali (e, nel caso, anche che le concrete sofferenze di persone già sin troppo provate), essa ha – innanzitutto – coniato un’innovativa strategia processuale⁸⁸. Il (del tutto) particolare utilizzo dell’istituto del rinvio dell’udienza⁸⁹ ha così sottratto al Parlamento la possibilità di criticare l’eccessivo protagonismo della Corte, essendogli stati concessi tempi, modi e persino indicazioni nell’attesa speranzosa di un suo intervento (fissato per la *deadline* del 24 settembre 2019). Con un’ordinanza tale solo di nome ma non di fatto⁹⁰, la Corte ha così “prefigurato” la sua successiva dichiarazione di illegittimità, da azionarsi se, alla data stabilita, il legislatore non si fosse adeguatamente attivato. La palla è stata così lanciata nel campo del Parlamento, il quale, però, non l’ha raccolta.

Nel frattempo, un simile modo di procedere ha senz’altro assicurato che il processo *a quo* non venisse concluso applicando norme incostituzionali e particolarmente punitive: anche questa è stata una novità di rilievo che la “vecchia” pratica della decisione d’inammissibilità con monito al legislatore di sicuro non avrebbe garantito.

⁸⁷ Ciascuna di queste affermazioni è adeguatamente motivata, con tanto di riscontri, nelle “Conclusioni” della pronuncia.

⁸⁸ La quale viene perciò letta positivamente da M. D’AMICO, *Il caso Cappato e le logiche del processo costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, (24 giugno 2019), che ne auspica ulteriori utilizzi, anche a fronte della sempre più evidente necessità che, in presenza di casi “scabrosi” sul fronte dei diritti fondamentali, debba essere spesso la Corte a compiere la (prima) mossa decisiva. Interessanti considerazioni al riguardo anche in G. SORRENTI, *Intervento al Seminario 2019 di “Quaderni costituzionali”*, in www.forumcostituzionale.it, (8 giugno 2019). Fortemente critica è invece l’impostazione, al riguardo, di E. GROSSO, *Il “rinvio a data fissa” nell’ordinanza n. 207/2018*, cit. e di A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi*, cit., il quale pronostica, tuttavia, che la Corte farà uso di queste tecniche processuali sempre più spesso a causa dell’immobilismo del legislatore (e specialmente nelle delicate materie del c.d. biodiritto).

⁸⁹ Si tratta infatti del primo caso in cui il rinvio dell’udienza risulta corredato da un dettagliato esame della *questio* (e dalla promessa di una dichiarazione d’illegittimità “a data certa”): cfr. U. ADAMO, *La Corte è “attendista”*, cit., § 2 e R. ROMBOLI, *Caso Cappato*, cit.

⁹⁰ Tanto è vero che essa non è affatto “succintamente motivata”, articolandosi invece in un ampio *Ritenuto in fatto* e in un altrettanto disteso *Considerato in diritto*: v., tra gli altri, R. ROMBOLI, *Caso Cappato*, cit.

Contemporaneamente, si è “suggerito” anche agli altri giudici che si fossero trovati a decidere casi del tutto analoghi di sollevare ulteriori questioni di legittimità (pur senza poterlo imporre).

Più che un mero rinvio, l’ord. n. 207 del 2018 ha insomma dato vita a un vero riscontro d’illegittimità pur non ufficialmente dichiarata, spostando a una data successiva (e precisa) l’udienza della sua rotonda affermazione: nel frattempo, si dava modo ai giudici e, soprattutto, al legislatore di fare la loro parte.

Quello profilato dalla Corte non è però percorso privo di ostacoli, rischi e opacità. Davvero la Corte può usare in tal modo l’istituto del rinvio dell’udienza (per il quale, sin qui, mai erano state adottate pronunce così “impegnate” sul terreno del merito)⁹¹? V’è da chiedersi insomma cosa sarebbe accaduto se, nel frattempo, qualche giudice costituzionale avesse mutato opinione e se la Corte avrebbe potuto anche rovesciare il suo precedente responso. Queste evenienze ne avrebbero senz’altro minate la credibilità e persino la legittimazione. Lo stesso vale per l’ipotesi che qualcuno dei suoi membri si fosse nel frattempo dimesso o (facendo gli scongiuri) fosse defunto (rovesciando, in tal modo, gli eventuali equilibri interni all’organo). E così pure se, per le più varie vicende, calcolate o no, si fosse andati – nell’attesa della data così stabilita – al di sotto della soglia “essenziale” degli undici giudici. Che sarebbe successo, poi, se la prima decisione avesse suscitato “manifestazioni di piazza” e “allarme sociale”⁹², o addirittura la “ribellione” dei giudici comuni, i quali avessero continuato ad applicare imperterriti le norme indubitate? Senza dire nulla a proposito dell’incertezza del personale sanitario, comunque vincolato a rispettare norme non ancora ufficialmente espunte dall’ordinamento benché poste sotto scacco. E lasciando da parte l’inevitabile clima d’attesa che una tale pronuncia ha potuto suscitare nei confronti di persone immerse in vicende uguali o anche soltanto simili a quelle di dj Fabo.

Sono dubbi che lasciano senz’altro il segno. Comunque – mantenuta la sua “promessa” – la Corte è stata poi costretta – stante la peculiarità della materia – a una serie di (pur abili e) calcolate “forzature”. Azioni giustificate dal fatto che nel caso – come già detto – una “secca” dichiarazione d’illegittimità avrebbe presumibilmente determinato conseguenze anche peggiori del male⁹³. In questo senso va letta l’articolata addizione contenuta della sent. n. 242. Quest’ultima presenta però le non poche zone d’ombra già illustrate: v’è da domandarsi se in ciò risieda il prezzo (ragionevole) che la Corte ha “pagato” pur di sancire la fine di un’ormai conclamata illegittimità altrimenti non evitabile, o se esse non rivelino invece le tracce di un’autentica «co-determinazione dell’indirizzo politico» che la Consulta impone al Parlamento (e, quindi, di un’ingerenza a tutto tondo nell’azione di quest’ultimo)⁹⁴.

A farne direttamente le spese è stata la più rigida versione della teoria delle “rime obbligate”, nonché – soprattutto – la “forza” di alcune soluzioni procedurali suggerite dalla Corte nelle more dell’auspicato intervento del legislatore. E se – come s’è detto – per certi versi sorprende l’attribuzione ai

⁹¹ Cfr. U. ADAMO, *La Corte è “attendista”, cit.*, § 2.

⁹² Al quale ultimo riserva notevole rilevanza nella sent. n. 188 del 2019.

⁹³ R. ROMBOLI, *Caso Cappato*, cit.

⁹⁴ G. SALVADORI, *Lo stile dell’ordinanza per una nuova Corte costituzionale. Osservazioni a margine dell’ordinanza n. 17 del 2019 (e qualche suggestione sulla scia dell’ordinanza n. 207 del 2018)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2019, 11. V. anche E. FURNO, *Il “caso Cappato” ovvero dell’attivismo giudiziale*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2020, 310 ss., per il quale la sent. n. 242 darebbe luogo al definitivo «tramonto delle rime obbligate». A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore*, cit., ritiene che quella proposta dalla Corte sia una disciplina inventata «di sana pianta».

Comitati etici di una competenza assolutamente nuova, mentre si comprende la scelta (per nulla obbligata però) di consegnare la procedura nelle sole mani del servizio sanitario nazionale⁹⁵, preoccupa non poco la solerzia con la quale la Consulta ha (di fatto) riconosciuto un generalizzato e incontenibile diritto all’obiezione di coscienza del personale sanitario (laddove essa stessa aveva giustamente affermato che il legislatore avrebbe potuto scegliere come orientarsi sul punto)⁹⁶. Una scelta che finisce per azzerare il diritto (o la libertà) apparentemente riconosciuta ai malati che versassero nelle condizioni indicate e che non ha uguali nella legge n. 219.

Rimane un altro dubbio: il legislatore potrebbe eventualmente allontanarsi da quanto è ora sancito dalla Corte? Ad esempio, potrebbe disciplinare (e meglio limitare) l’illimitata obiezione di coscienza riconosciuta al personale sanitario o sottrarre le procedure del caso all’esclusiva azione del servizio sanitario nazionale?

Tutti questi interrogativi sono le tangibili tracce delle forzature alle quali la Corte è costretta allorché deve intervenire – in luogo di un legislatore sempre più “lontano” – per porre la parola “fine” alla vigenza di norme incostituzionali (e crudeli) incise sui delicati versanti dei diritti fondamentali (oltre che sulla pelle dei cittadini). È un comportamento che vedremo certamente all’opera anche in futuro se la Corte si manterrà fedele a questi suoi precedenti e alle autorevoli dichiarazioni del suo Presidente *pro tempore*⁹⁷. Ma se alla base di tutto c’è la provata indifferenza di un Parlamento che, sui diritti, continua a essere lacerato, latitante, insensibile, può la Corte spingersi così (tanto) in là? Nel caso specifico – ad esempio – taluno ritiene che sarebbe stato forse più rispettoso delle competenze dei diversi attori coinvolti adottare sin da subito una dichiarazione d’illegittimità costituzionale parziale, accompagnata altresì da un’addizione “di principio” fruibile dai giudici oltre che da uno stringente monito rivolto al legislatore⁹⁸. La stessa Corte, del resto, cita espressamente la sua sent. n. 27/1975 quale esempio tipico e virtuoso delle sue tecniche d’intervento in settori alquanto delicati del sistema normativo (e del diritto penale)⁹⁹: avrebbe dunque potuto ripeterne i fasti (e le strategie), ponendo contemporaneamente i giudici nelle condizioni di decidere sui singoli casi.

Così però non è stato e ciò sembra ulteriormente confermare quale dose di sfiducia la Consulta riservi al legislatore con cui, oggi, è costretta a confrontarsi. Da questo scaturisce anche l’“anomalo” bilanciamento che essa compie tra la volontà di tutelare l’ambito discrezionale comunque riconosciuto a quest’ultimo e l’esigenza di evitare zone franche d’intollerabile incostituzionalità¹⁰⁰. C’è da scommettere che – se questa giurisprudenza si consoliderà – molte altre saranno le fattispecie in relazione alle quali essa avrà modo di applicarsi e di affinarsi. Sorge però il timore (si spera infondato) che quanto

⁹⁵ Come affermava la stessa Corte nell’ord. n. 207 – e vi fa riferimento anche al punto 2.4 del *Considerato in diritto* della sent. n. 242 – il legislatore si sarebbe (appunto) dovuto esprimere sull’«eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale». Essa non è dunque una scelta “obbligata”.

⁹⁶ Si v. ancora il punto 2.4 del *Considerato in diritto*.

⁹⁷ Di un autentico «modello di intervento della Corte» in situazioni o su istituti che imporrebbero (non ottenendolo) un intervento costituzionalmente orientato del legislatore, ragiona E. Rossi, *L’ord. n. 207 del 2018: un tentativo di reagire alle omissioni (incostituzionali) del legislatore?*, in www.forumcostituzionale.it, (5 luglio 2019). E. GROSSO, nella sua relazione già citata, auspica invece che la soluzione rimanga sostanzialmente isolata, in quanto stimolata da circostanze del tutto contingenti.

⁹⁸ G. BRUNELLI, *Imparare dal passato*, cit., § 3 ss.

⁹⁹ V. il punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁰ V. *supra* § 5.

effettivamente prodotto nel caso non sia pari allo sforzo messo in campo per raggiungere il risultato: dovranno, quindi, monitorarsene attentamente le ricadute.

La Corte costituzionale apre (ma non troppo) al suicidio medicalmente assistito mediante una inedita doppia pronuncia

Ugo Adamo*

THE CONSTITUTIONAL COURT (CAUTIOUSLY) OPENS UP TO MEDICALLY ASSISTED SUICIDE WITH AN UNPRECEDENTED DOUBLE DECISION

ABSTRACT: In this essay we will try to make a connection between two decisions pronounced by the Italian constitutional Court in the 2018-2019 period on the matter of assisted suicide. We argue that sentence n. 242 of 2019 is far from providing a definitive solution to the ongoing debate on assisted suicide. Indeed, not only has the Court referred the matter back to the legislator multiple times, but all “cases” that do not perfectly fit in the “general” case considered in the sentence will likely appeal to the courts, even at the constitutional level.

KEYWORDS: Assisted suicide; right to refuse care; conscientious objection; palliative care

SOMMARIO: 1. Premesse di ordine (anche) processuale – 2. Una impostazione metodologica corretta. I limiti di attivazione del trattamento sono consustanziali alla richiesta dell’aiuto al suicidio medicalmente assistito – 3. La (ir)ragionevolezza di uno dei limiti previsti; riflessioni sulla necessarietà del trattamento di sostegno vitale. Il riferimento al *tertium comparationis* “attenua” la portata di una decisione che non dichiara l’incostituzionalità per irragionevolezza intrinseca della normativa sindacata – 4. Su alcuni profili della regolazione della materia scelti dalla Corte, in attesa della declinazione che potrà farne il legislatore – 5. Conclusioni. Questioni aperte per la giurisdizione e la politica

«Eppure vi sono casi in cui la ripetuta esposizione a ciò che sciocca, rattrista o atterrisce non logora una reazione profonda»

S. SONTAG, *Davanti al dolore degli altri*, Milano, 2003, 72

«nonostante l’onnipresenza della morte, per quanto possa sembrare strano, non ci sono molti spazi che permettano di discutere pubblicamente del morire»

C. TAYLOR, *Morire. Una vita*, Milano, 2018, 11

*Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università “Magna Graecia” di Catanzaro. Mail: ugo.adamo@uni-cal.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

«[...]

*Paura della morte.**Paura di vivere troppo.**Paura della morte.**L'ho già detta»*R. CARVER, *Paura*, in Id., *Racconti in forma di poesia*, Roma, 2001

1. Premesse di ordine (anche) processuale

Il 24 ottobre del 2018 la Corte costituzionale aveva rinviato a nuovo ruolo l'udienza pubblica per la decisione nel merito sulla legittimità costituzionale della normativa dell'aiuto al suicidio (medicalmente assistito) indicando come *dead line* il 24 settembre dell'anno successivo. Così è stato e da una incostituzionalità «prospettata»¹ si è passati ad una parziale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 580 del codice penale «nella parte in cui non esclude»² il ricorso alla pratica dell'aiuto al suicidio da parte di chi si trova in determinate condizioni, nel rispetto di precise modalità di esecuzione. Per come detto, l'incostituzionalità³ era stata già ampiamente *preannunciata* (a questo punto si può dire anche *accertata*) con la pubblicazione dell'ordinanza n. 207 del 2018, con la quale la Corte costituzionale, pur rilevando che l'assetto normativo lasciava prive di adeguata tutela determinate situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione, riteneva comunque *doveroso* consentire al Parlamento – secondo uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale – «ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare [...] una disposizione continu[asse] a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili»⁴.

¹ Come è ampiamente noto, è stato lo stesso Presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi ad averla qualificata in tale modo; cfr. *La Relazione sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, del 21 marzo 2019, pubblicata su www.cortecostituzionale.it, 13.

² L'intero dispositivo così recita: «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

³ Derivata, fattualmente, da una incostituzionalità sopravvenuta per lo sviluppo scientifico che ha reso anacronistico e quindi irragionevole il bilanciamento operato dal legislatore del 1930. In riferimento P. VERONESI, *L'ord. n. 207/2018 sul c.d. "Caso Cappato": cosa c'è, cosa non c'è (né poteva esserci) e a cosa potrebbe precludere*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6, 2019, 2.

⁴ Corte cost., ord. n. 207/2018, p.to 11 *cons. in dir.* Tale decisione interlocutoria è stata annotata da un numero considerevole di autori, ad attestarne la rilevanza per i suoi profili processuali e di merito: A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora ... (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in *Consulta Online*, III, 2018; E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, C. SALAZAR, «Morire sì, non essere aggrediti dalla morte». *Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, entrambi in *Quaderni costituzionali*, 3, 2019,



La Corte, quindi, concedeva poco meno di undici mesi al Parlamento per provvedere a riformare la materia secondo i principi di diritto da essa stessa indicati.

Il Parlamento – come era prevedibile a detta di molti commentatori⁵ – non è riuscito ad addivenire ad una sintesi delle diverse posizioni presenti al suo interno; infatti, non si è pervenuti a nessuna mediazione delle differenti linee politiche neanche con il ricorso alla trattazione dei diversi progetti di legge in discussione in sede referente in Camera dei Deputati nelle Commissioni riunite II (Giustizia) e XII

531 ss.; A. ANZON DEMMIG, *Un nuovo tipo di decisione di “incostituzionalità accertata ma non dichiarata”*, L. PESOLE, *L'intervento della Corte costituzionale nell'ordinanza sul caso Cappato*, R. PINARDI, *Il caso Cappato e la scommessa della Corte (riflessioni su un nuovo modello di pronuncia monitoria)*, G. REPETTO, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, C. TRIPODINA, *Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto d'altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull'ord. 207/2018*, tutti in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2018, 2459 ss.; F.P. BISCEGLIA, *Un possibile principio di risposta legislativa alle domande concernenti la dignità nella fase finale della vita*, C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, tutti in *Diritto penale contemporaneo*; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 2018; P. BILANCIA, *Riflessioni sulle recenti questioni in tema di dignità umana e fine vita*, N. FIANO, *Il “Bundesverfassungsgericht” e l'arte di differire gli effetti “finanziari” delle proprie decisioni nel tempo: riflessioni sull'ordine di applicazione della norma incostituzionale alla luce della recente sentenza sulla “Grundsteuer”*, C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e “nuovi diritti”: i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, tutti in *Federalismi*; 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*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 12, 2018, M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2019; C.B. CEFFA, *Il diritto a morire con dignità: “il caso Cappato” davanti ai Giudici della Corte costituzionale*, G. SORRENTI, *“Etwas Neues unter der Sonne”: un'ordinanza sospensiva dell'annullamento, per necessario coordinamento con il legislatore*, entrambi in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3, 2018, 711 ss.; E. FALLETTI, *Suicidio assistito e principio di separazione dei poteri dello Stato. Alcune osservazioni a margine della ordinanza 207/2018 sul “caso Cappato”*, in *European rights*, 2019; E. FURNO, *Il “caso Cappato”: le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n. 207 della Corte costituzionale*, in *Rivista Aic*, 2, 2019; G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, P. ZICCHITTO, *Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell'ordinanza della Corte costituzionale in tema di aiuto al suicidio*, tutti in *Diritti fondamentali*, 1, 2019; 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; P. VERONESI, *Un'incostituzionalità (solo) “di fatto” del reato di aiuto al suicidio: in attesa del seguito del “caso Cappato”*, in *Studium iuris*, 3, 2019, 277; P. CARNEVALE, *Incappare in ... Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, 11, 2019; G. GENTILE, *Il caso Cappato e il diritto a morire (senza soffrire)*, in *Archivio penale*, 3, 2018; G. LEO, *Nuove strade per l'affermazione della legalità costituzionale in materia penale: la Consulta ed il rinvio della decisione sulla fattispecie di aiuto al suicidi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2019, 242 ss.

⁵ Oltre agli AA. citati nella nota precedente, si rinvia anche ai contributi presenti in diverse opere collettanee: E. MALFATTI (a cura di), *Il Forum – sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*; F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019; M. RONCO (a cura di), *Il “diritto” di essere uccisi: verso la morte del diritto?*, Torino, 2019. La rivista *Forum di Quaderni costituzionali* ha ospitato i numerosi interventi tenuti in un seminario organizzato dalla rivista *Quaderni costituzionali* e pubblicati sul n. 6 del 2019.

(Affari sociali) in Comitato ristretto, organo, quest'ultimo, deputato proprio a favorire la conciliazione di posizioni evidentemente molto distanti⁶.

Nel caso che il tempo riconosciuto dalla Corte fosse trascorso senza nulla di fatto, la dottrina costituzionalistica – già a ridosso della pubblicazione del primo comunicato stampa⁷ sul sito della Corte costituzionale che dava conto del rinvio di quasi un anno della trattazione della questione – argomentava circa l'inopportunità di produrre un nuovo rinvio⁸ ovvero sull'opportunità di concederlo⁹ solo nel caso in cui la discussione parlamentare già avviata avesse avuto delle possibilità più che favorevoli di giungere ad essere formalizzata in un testo di legge¹⁰.

Verificatasi la prima delle due ipotesi¹¹ e scartata quella di riconoscere alla nuova maggioranza parlamentare nel frattempo costituitasi un tempo per provare a raggiungere quella sintesi ancora non realizzata (per non dire non perseguita), la Corte non solo è entrata nel merito della questione, ma – assumendosi la responsabilità di superare un primo tabù sulle norme incriminatrici dell'aiuto al suicidio¹² – ha *deciso di decidere* con la sentenza qui annotata, la n. 242 del 2019¹³.

⁶ Per una disamina dei diversi pdl presentati per “rispondere” all’ordinanza n. 207, si rinvia a F.P. BISCEGLIA, *Un possibile principio di risposta legislativa alle domande concernenti la dignità nella fase finale della vita* (13 marzo 2019), C. CUPELLI, *Il cammino parlamentare di riforma dell'aiuto al suicidio. Spunti e prospettive dal caso Cappato, fra Corte costituzionale e ritrosia legislativa* (19 aprile 2019), M. NADDEO, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio nella prospettiva de lege ferenda: i progetti di legge al vaglio delle Commissioni riunite Giustizia e Affari sociali* (23 settembre 2019), tutti in *Diritto penale contemporaneo*. Si rinvia, altresì, al nostro *La “pronuncia Cappato” alla prova dei fatti fra nuova tecnica decisoria e seguiti problematici di una recente ordinanza-sentenza della Corte costituzionale in tema di dignità nelle scelte del fine vita*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, in corso di pubblicazione.

⁷ A proposito dei comunicati stampa delle decisioni della Corte costituzionale e pubblicati sul portale telematico della Corte stessa, cfr. D. CHINNI, *Prime considerazioni su Corte costituzionale e opinione pubblica*, G. D'AMICO, *La Corte e le «voci di dentro»: strategie comunicative e capacità persuasiva del giudice delle leggi nei suoi comunicati stampa*, entrambi in P. CARROZZA, V. MESSERINI, R. ROMBOLI, E. ROSSI, A. SPERTI, R. TARCHI (a cura di) *Ricordando Alessandro Pizzorusso. La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Pisa, 2018, 281 ss.

⁸ A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale*, in *Consulta Online*, III, 2018, 575; P. VERONESI, *L'ord. n. 207/2018 sul c.d. “Caso Cappato”*, cit., 6.

⁹ F.G. PIZZETTI, *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*, in *Biolaw*, 2, 2019, 11

¹⁰ C. SALAZAR, «Morire sì, non essere aggrediti dalla morte», cit., 588; P. CARNEVALE, *Sull'esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato. Valutazioni prognostiche sul percorso decisionale inaugurato dall'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6, 2019, 4; R. ROMBOLI, *Intervento a Il Forum – sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, cit., 103.

¹¹ «Deve però ora prendersi atto di come nessuna normativa in materia sia sopravvenuta nelle more della nuova udienza. Né, d'altra parte, l'intervento del legislatore risulta imminente», Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 3, corsivi aggiunti per mettere in luce che l'ipotesi di un ulteriore rinvio in caso di intervento imminente non sarebbe stato scartato *a priori*. Che si sia dinanzi ad una nuova decisione pienamente appartenente a quelle di cui la Corte può fare uso è sostenuto da R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, in *Osservatorio Costituzionale*, 1, 2020, 3 (e bibliografia ivi citata); *contra*, almeno, E. GROSSO, *op. cit.*, 536 (e bibliografia ivi citata). Il mancato séguito dell'ordinanza da parte del Parlamento (ma non solo questo) fa propendere sulla seconda delle due prospettazioni, si v. *infra* nota 19 per altri riferimenti dottrinali.

¹² L. RISICATO, *L'incostituzionalità “differita” dell'aiuto al suicidio nell'era della laicità bipolare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, in *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine*, cit., 306.

¹³ Già commentata a ridosso della pubblicazione da: R. BIN, *“Tanto tuonò che piovve” Pubblicata finalmente la sentenza sull'aiuto al suicidio (“caso Cappato”)*, in www.lacostituzione.info, 22 novembre 2019; A. RUGGERI,

Per come vedremo da qui a breve, il richiamo al “precedente” costituito da Corte cost., ord. n. 207/2018¹⁴, è motivato dalla circostanza per cui esso ha costituito un vincolo conformativo per la decisione qui commentata¹⁵, anche se quest’ultima, alla luce dell’inerzia del legislatore, non manca di aggiungere – per assicurare l’auto-applicabilità della sentenza – limiti e condizioni rigidamente circoscritti a quelli già indicati come “linee guida” nell’ordinanza interlocutoria del 2018; il giudice delle leggi, comunque, conferma la sua impostazione di fondo, vale a dire quella di limitare la liceità dell’aiuto al suicidio al caso in cui il soggetto agevolato sia (anche) tenuto in vita per mezzo di trattamenti di sostegno vitale. Detto ciò – e anticipando quello che avremo modo di sottolineare nel corso della trattazione – possiamo anche affermare che rispetto a quanto sostenuto nel 2018, da parte della Corte non è stato compiuto alcun balzo in avanti potendosi registrare addirittura un arretramento complessivo sul piano della previsione dei limiti presenti nella scriminante procedurale.

Prima di soffermarci sul merito della questione, pare comunque opportuno indugiare – in sede di premessa – sulla decisione della Corte di non rinviare nuovamente e di *supplire* all’inerzia legislativa¹⁶.

I giudici di Palazzo della Consulta bene hanno fatto a non attendere ulteriormente¹⁷, adottando ancora una volta decisione da iscriversi fra quelle meramente processuali (anche se già con la prima ordinanza si era ampiamente entrati nel merito della questione), e ciò perché l’ipotesi di un’ulteriore

Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019), in Giustizia insieme, 24 novembre 2019; F. GIUNTA, L’insostenibile sofferenza del vivere. Le motivazioni della Corte costituzionale in materia di suicidio medicalmente assistito (sent. 242/2019), in Discrimen, 25 novembre 2019; S. CORBETTA, Caso “DJ Fabo”: le motivazioni della sentenza della Corte costituzionale, B. MAGRO, Fine vita: la Consulta indica quando non è punibile l’aiuto al suicidio, entrambi in www.quotidianogiuridico.it, 25 novembre 2019; C. CUPELLI, Il parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato, in Sistema Penale, 12, 2019, 33 ss.; D. PULITANÒ, A prima lettura. L’aiuto al suicidio dall’ordinanza n. 207/2018 alla sentenza n. 242/2019, in Giurisprudenza Penale Web, 12, 2019; L. EUSEBI, Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura, in Corti supreme e salute, 2, 2019, 1 ss.; B. LIBERALI, L’aiuto al suicidio “a una svolta”, fra le condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?, in Rivista Aic, 9 dicembre 2019, 1 ss.; G. BATTISTELLA, Il diritto all’assistenza medica a morire tra l’intervento «costituzionalmente obbligato» del Giudice delle leggi e la discrezionalità del Parlamento. Spunti di riflessione sul seguito legislativo, M. D’AMICO, Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019), R. PESCATORE, op.cit., tutte in Osservatorio Costituzionale, 1, 2020; C. TRIPODINA, La “circoscritta area” di non punibilità dell’aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata, A. NICOLUSSI, Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito, entrambi in Giurisprudenza italiana, 2, 2019.

¹⁴ In un *dosaggio* equilibrato di decisione omeopatica per G. FAMIGLIETTI, *Intervento*, in *Il Forum*, cit., 66.

¹⁵ Basti leggere i p.ti 2.3, 2.4 e 5 di Corte cost., sent. n. 242/2019 per rendersi conto che la Corte decida di riportare formalmente ampi stralci dell’ordinanza dell’anno precedente. In dottrina, prima della sentenza n. 242/2019, già R. ROMBOLI, *Caso Cappato, la pronuncia che verrà*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6, 2019, 4.

¹⁶ Sulla *supplenza* esercitata dalla Corte costituzionale nei confronti del Legislatore non si può che rinviare, già dal titolo, a F. MODUGNO, *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 107 ss.; sul significato del potere monitorio della Corte si rinvia alle pagine 161 ss. dello stesso contributo.

¹⁷ E ad entrare nel merito della questione, decidendo di decidere al momento *definitivamente*. Per un *self-restraint* della Corte aveva spinto, in dottrina, R. BALDUZZI, *L’alleanza terapeutica può includere l’aiuto a morire?*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2019, 4; C. TRIPODINA, *Le non trascurabili conseguenze del riconoscimento del diritto a morire “nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6, 2019, 5.

posticipazione della pronuncia avrebbe acuito le problematiche già scaturenti dall'impiego di questa nuova tecnica decisoria (rilevata una pluralità di scelte discrezionali, rinvio al Parlamento previa incostituzionalità prospettata e fissazione, da parte dell'intero collegio¹⁸, di una data per nuova udienza pubblica)¹⁹; fra le altre: il mutamento *certo* della composizione della Corte – rispetto a quando si era pronunciata interlocutoriamente per la prima volta lo scorso novembre – per la cessazione dalla carica del Presidente del collegio e la sua sostituzione²⁰; il rischio di un ulteriore rinvio nel caso in cui il dibattito iniziato non si fosse concluso, ma solo per pochi (e certi) passaggi d'Aula²¹, entro la data indicata. Fra le criticità non può, inoltre, non essere richiamata quella per cui l'ulteriore rinvio della decisione avrebbe stressato ancor di più il carattere incidentale del giudizio di costituzionalità²² che ha (anche) il fine di risolvere la questione posta dal giudice *a quo* il quale, in attesa della pronuncia del massimo organo della giustizia costituzionale, non può decidere sul caso concreto che continuerebbe ad essere sospeso (di fatto) *sine die*. Sarebbe stata superata l'attesa di più di un anno per un imputato in una causa penale che aspettava la ripresa del processo *a quo* ed in modo particolare la sua conclusione. Inoltre, non è secondario ricordare che altri sono i procedimenti in *subiecta materia* (irritualmente, per non dire impropriamente, sospesi senza aver sollevato questione di legittimità costituzionale) che attendevano una risposta sempre dalla Corte.

È da sottolineare, inoltre, che il tempo ulteriormente riconosciuto non avrebbe assicurato in alcun modo la conclusione del processo legislativo entro la nuova scadenza fissata; per non prendere in considerazione l'ipotesi per cui l'*iter legis* non avrebbe neanche avuto avvio.

2. Una impostazione metodologica corretta. I limiti di attivazione del trattamento sono sostanziali alla richiesta dell'aiuto al suicidio medicalmente assistito

La Corte, dunque, bene ha fatto a non rinviare, ma così determinandosi ha dovuto muoversi nella strettoia auto-impostasi con l'ordinanza 207 del 2018: rispettare il suo "precedente" e (continuare a) tutelare (il più possibile) la discrezionalità del legislatore in materia penale.

¹⁸ C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6, 2019, 3.

¹⁹ Se ripetibile o meno (F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6, 2019, 1) non ci è dato ancora saperlo, seppure ci pare poco probabile un suo futuro sviluppo (*La Corte è "attendista" ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11, 2018, 2), anche alla luce della "particolare" materia sindacata e, quindi, per la «vetustà della scelta legislativa» risalente al 1930 (L. ANTONINI, *I deboli e vulnerabili nelle nuove frontiere dell'autodeterminazione: un bilanciamento complesso*, relazione presentata al 3rd Quadrilaterale Conference Lisbona 10-12 ottobre 2019 e pubblicata in www.cortecostituzionale.it, 14).

²⁰ Avvenuta lo scorso 8 dicembre 2019.

²¹ L'eventuale ulteriore rinvio sarebbe stato da escludersi anche per evitare il rischio che a decidere fosse una Corte mutata in una parte *troppo* significativa per la circostanza fattuale per cui fra il 13 settembre e il 12 dicembre 2020 saranno ben tre i giudici che (fisiologicamente) cesseranno dalla loro carica.

²² C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti"*, cit., 13; G. SORRENTI, *Intervento al Seminario 2019 di "Quaderni costituzionali"*, J. LUTHER, *Corte "incappata"?*, entrambi in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6, 2019, 1 e 3.

La strada scelta ha indotto la Corte a decidere con una dichiarazione di incostituzionalità il più possibile aderente al caso concreto²³, ma tale modo di procedere ha ingenerato una serie di criticità per non avere, con la decisione commentata e per quanto fra poco si dirà, coperto interamente la lacuna in tema di fine vita, che ora – nell'intenzione della Corte – dovrebbe essere sanata dal legislatore. Ma questi, come si sa, potrà sempre non intervenire e continuare a *delegare* su tali questioni – politicamente divisive – la magistratura che lavora secondo il principio del *non liquet*²⁴.

Ribadendo, ancora una volta, che nelle questioni cc.dd. di biodiritto²⁵ finora è sempre stata la giurisdizione a dare l'abbrivio alla nascita di una normativa in materia, e non il contrario, e constatando l'evidenza che seppure il Parlamento sia soprattutto un organo proattivo può essere anche reattivo (almeno ad alcune "fondate" domande sociali), la Corte – dinanzi all'immobilismo parlamentare – ha deciso con una decisione manipolativa di tipo riduttivo²⁶. Con tutti i limiti di una tale tecnica decisoria²⁷, la Corte, conformemente alla propria (anche risalente) giurisprudenza²⁸, ammette che in materia penale un intervento additivo ovvero riduttivo²⁹ può restringere la portata di una norma incriminatrice

²³ G. RIVOCCHI, *Osservazioni sull'ord. n. 207 del 2018 e sul possibile "seguito": una (doppia) pronuncia ritagliata sul caso concreto*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6, 2019, 5. Seppure non in modo stretto (F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato"*, cit., 3 ss.), ma comunque agganciandosi molto al caso e meno alla questione di costituzionalità così come avvertono E. MALFATTI e R. ROMBOLI, *Intervento*, in *Il Forum*, 99 e 101.

²⁴ Non si può che rinviare ad A. PIZZORUSSO, *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2007, 355 s. Cfr., altresì, A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Consulta onLine*, 1, 2015, 17 ss. L'A. bene mette in risalto le differenze che intercorrono tra le risposte che, stante la loro diversa natura, sono nelle disponibilità del legislatore e dei giudici: solo i secondi, infatti, sono limitati dal principio della domanda così come definito nel *thema decidendum*. Dello stesso A., ma con precisi riferimenti al caso sottoposto alla nostra attenzione, si v. *Persona e identità personale*, in *Rivista di Biodiritto, Special Issue*, 2, 2019, 59.

²⁵ Si impiega questo termine seppure si sia consci della sua non piena correttezza semantica: S. AGOSTA, *Note di metodo al disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento (tra molteplici conclusioni destruens ed almeno una proposta costruens)*, in *Rivista Aic*, 3, nt. 9, per il quale il neologismo non ha ragion d'essere perché il prefisso "bio" non aggiunge nulla al lemma "diritto", in quanto il diritto, a differenza di altre branche del sapere che hanno ad oggetto i rapporti tra esseri umani (si pensi all'ingegneria, potendosi parlare, quindi, di bio-ingegneria) nasce allo «scopo precipuo di regolare i rapporti tra i consociati e, quindi, le stesse dinamiche relazionali tra esseri umani». Non si può che rinviare, altresì, a C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 3^a, 2012, 1 ss.

²⁶ La decisione pare rientrare in quelle che la dottrina costituzionalistica più autorevole definisce anche come sentenze riduttive, quelle, *id est*, che eliminano una parte della *norma*, cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 195.

²⁷ Che evidentemente non può riscrivere una normativa sul fine vita in modo compiuto.

²⁸ Corte cost., sentt. nn. 108/1974 (p.ti 4 e 5 *cons. in dir.*, anche se si fa espresso riferimento ad una previsione costituzionalmente imposta), 27/1975 (p.to unico *cons. in dir.*), 96 (p.ti 9 e 10 *cons. in dir.*) e 229/2015 (p.to 3 *cons. in dir.*). In dottrina, significativamente, I. PELLIZZONE, *L'aiuto al suicidio dinanzi alla Corte costituzionale: spunti per delimitare la questione di legittimità costituzionale a partire dal principio di ragionevolezza*, in A. MORRONE (a cura di), *Seminario preventivo. Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 36 ss.; G. BRUNELLI, *Imparare dal passato: l'ord. n. 207/2018 (nel caso cappato) e la sent. n. 27/1975 (in tema di aborto) a confronto*, M. D'AMICO, *Il "Caso Cappato" e le logiche del processo costituzionale*, entrambe in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6, 2019, 5.

²⁹ Escluso, quindi, il ricorso all'interpretativa di rigetto dagli effetti *inter partes* e a una mera additiva di principio, che avrebbe comportato gli stessi problemi di mancata determinatezza, tassatività e, dunque, di certezza del diritto (penale). Per come sottolineeremo più avanti nel testo, la Corte scrive una doppia pronuncia in quanto non si limita ad una riduttiva ma vi affianca una additiva di regola, seppure in mancanza di rime obbligate. Inoltre, la Corte adotta una incostituzionalità doppiamente dichiarata "pre" e "post" deposito della pronuncia ablativa.

(c.d. efficacia *in bonam partem*), delimitando l'area di operatività della norma censurata cui sono sottratte determinate fattispecie che vengono espressamente indicate attraverso la formula «nei sensi di cui in motivazione» presente nel dispositivo.

Per come vedremo, la Corte non crea lacune con una decisione che comunque è di accoglimento e, soprattutto, supera il problema di un proprio passaggio argomentativo non molto chiaro, e di certo problematico, presente nell'ordinanza n. 207, dimostrando implicitamente che (allora) il riferimento allo *stato attuale* non si è posto come problema insuperabile³⁰; e ciò forse anche perché – se realmente lo fosse stato – la questione sarebbe stata dichiarata inammissibile un anno fa.

Il giudice delle leggi ha ritenuto non punibile ai sensi dell'articolo 580 del codice penale chi agevola, a *determinate condizioni*, l'esecuzione del proposito suicidario³¹, autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente (1) tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale, (2) affetto da una patologia irreversibile e (3) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che egli reputa intollerabili, (4) pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli³².

In attesa di un *indispensabile* intervento del legislatore³³, la Corte ha subordinato la non punibilità dell'aiuto al suicidio (medicalmente assistito) al rispetto delle modalità (procedura medicalizzata) previste dalla normativa sul consenso informato (articoli 1 e 2 della legge 219 del 2017) e alla verifica sia della sussistenza delle condizioni richieste (appena su enumerate) che delle modalità di esecuzione dell'aiuto richiesto da parte di una struttura pubblica del Servizio Sanitario Nazionale, sentito il parere del comitato etico territorialmente competente.

³⁰ Così come avrebbe dovuto essere per C. TRIPODINA, *Le non trascurabili conseguenze del riconoscimento del diritto a morire*, cit., 5; A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. n. 207 del 2018 su Cappato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6, 2019, 4.

³¹ Non si può che essere d'accordo con chi scrive che si è dinanzi ad una richiesta non di suicidio ma di interruzione delle sofferenze causate da un preciso ed infausto quadro patologico, e per questo bisognerebbe non utilizzare il termine suicidio (*nomina sunt consequentia rerum*) perché si è dinanzi ad altra realtà: S. SEMINARA, *L'art. 580 c.p. e il diritto di morire*, in *Il caso Cappato. Riflessioni a margine*, cit., 534 s. Si constata però che sia la norma penale che la più ampia discussione sul tema danno per scontata la reale veste semantica del termine; quindi, in questo scritto si adopererà l'espressione che si reputa maggiormente opportuna vale a dire quella di *suicidio medicalmente assistito* o di *suicidio medicalizzato* in consonanza a Corte cost., ord. n. 207/2018, e a Comitato nazionale di bioetica, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, parere del 18 luglio 2019, 10. Solo l'aiuto medicalizzato al suicidio riesce a garantire il rispetto dei presupposti per l'accettazione della richiesta dei pazienti grazie alla previsione di un «controllo *ex ante* sull'effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell'irreversibilità della patologia da cui sono affetti», così Corte cost., ord. n. 207/2018, p.to 10 *cons. in dir.*

³² La nozione di «capacità di prendere decisioni libere e consapevoli» supera quella di «capacità di intendere e di volere» ed è stata impiegata dalla Corte costituzionale già nella ordinanza n. 207/2018, e ripresa con favore nel parere del CNB, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, cit., 14. Un dibattito si registra anche da parte del gruppo di lavoro che ha predisposto il documento riportato in AA.VV., *Aiuto medico a morire e diritto: per la costruzione di un dibattito pubblico plurale e consapevole*, in *Rivista di bioDiritto*, 9.

³³ Per come si sottolineerà nelle Conclusioni, il rinvio ad una futura scelta del legislatore è impiegato dalla Corte per “legittimare” la evoluzione del suo sindacato sulle norme penali. Quindi, non solo per colmare lacune che la Corte non crea, ma per la produzione di una legislazione organica intorno a quello che comunemente si definisce *momento* del fine vita, ma che andrebbe più correttamente definito *processo*. Sul punto, se si vuole, si rinvia, già dal titolo, al nostro *Costituzione e (processo del) fine vita*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, Agg. XII, Torino, 2019, 143.

La Corte sottolinea che l'individuazione di queste specifiche condizioni e modalità procedurali, desunte da norme già presenti nell'ordinamento, si è resa necessaria per evitare rischi di abuso nei confronti di persone particolarmente vulnerabili, come già aveva del resto sottolineato nell'ordinanza 207 del 2018.

I soggetti vulnerabili si tutelano con la previsione di limiti³⁴ alla loro stessa autodeterminazione qualora richiedano l'accesso a tali trattamenti, e ciò vale, *in primis*, quando si reputi che essi non possano adottare decisioni in modo *libero e consapevole*³⁵. Limitarsi alla previsione solo di tale condizione, però, avrebbe significato produrre su tutti gli altri valori una tirannia dell'autonomia del soggetto³⁶ costituzionalmente non fondata³⁷, giungendo a svilire in modo eccessivo e, quindi, irragionevole (perché assoluto) il principio della protezione della vita la cui tutela è compito dello Stato assicurare (l'art. 580 c.p. è «funzionale alla protezione di interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento»)³⁸; è sempre necessario, pertanto, bilanciare.

La tutela della vita come pure la stessa dignità umana – ed in particolare la protezione dei soggetti più deboli e vulnerabili – si assicura proprio garantendo che ogni persona possa sì esprimersi attraverso la propria autodeterminazione, ma sempre nel rispetto di determinati limiti anche quando non si interferisca in sfere giuridiche altrui³⁹. La ragionevolezza della previsione di limiti all'autodeterminazione si fonda sull'assunto che seppure «ogni persona ha il diritto di prendere da sola decisioni personali importanti [... ella può] fare scelte di tale portata in modo impulsivo o spinte dalla depressione»⁴⁰.

Per assicurare che l'autonomia del richiedente l'aiuto medicalizzato a morire in modo (per lui) dignitoso si esprima nel modo più pieno e libero ed affinché lo Stato possa adempiere al compito di tutelare il soggetto anche contro se stesso (nel senso costituzionale del termine, ovverosia per la tutela piena della sua autodeterminazione), è necessario che il ricorso a tale pratica sia limitata e rigidamente circoscritta. Il che equivale a sostenere che tutti i soggetti che richiedono l'aiuto al suicidio medicalizzato non devono essere stigmatizzati come soggetti vulnerabili e che i limiti all'accesso del trattamento

³⁴ E quindi ad una procedura costitutiva *ex ante* della qualifica di liceità tassativamente pre-determinata; in tal senso A. SESSA, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio: un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della Consulta n. 207/2018*, in *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine*, cit., 351.

³⁵ È da escludersi la richiesta di chi è affetto da patologia reversibile, a prescindere che sia fonte o meno di sofferenza fisica o psicologica intollerabile. Sulle quattro condizioni, da ultimo G. BATTISTELLA, *Il diritto all'assistenza medica a morire*, cit., 15 ss.

³⁶ Un individuo non può chiedere un aiuto a morire per il sol fatto di essere depresso, di non essere a conoscenza di terapie che assicurino un netto miglioramento della propria qualità di vita, di vivere in una situazione di solitudine o di indigenza, ecc.

³⁷ A ben vedere la Costituzione non fonda nessuna possibilità a che un diritto diventi tiranno di un altro: Corte cost., sent. n. 85/2013, p.to 9 *cons. dir.*

³⁸ Così ammoniva lo stesso giudice in Corte cost., ord. n. 207/2018, p.to 6 *cons. dir.* Già nel p.to 4 *cons. dir.*: «[i]l legislatore penale intende [...] nella sostanza [...] proteggere il soggetto da decisioni in suo danno: non ritenendo, tuttavia, di poter colpire direttamente l'interessato, gli crea intorno una "cintura protettiva", inibendo ai terzi di cooperare in qualsiasi modo con lui».

³⁹ *Contra* la tesi sostenuta nel testo, e per tutti, si v. M. RONCO, *Impegno solidale per la vita*, in AA.VV., *Il "diritto" di essere uccisi*, cit., 290 ss.

⁴⁰ R. DWORKIN, *Introduzione*, in ID., R.G. FREY, S. BOK, *Eutanasia e suicidio assistito*, Torino, 2001, 1; continuando la citazione: «[g]li stati possono impedire il suicidio assistito di coloro i quali – presumibilmente – saranno in seguito grati che sia stato loro impedito di morire».

sanitario richiesto devono essere funzionali a dimostrare, anche allo stesso paziente, che il richiedente non si trovi in condizione di vulnerabilità (tale da impedirgli la formazione di una volontà che sia consapevole ed autentica)⁴¹ e che lo Stato abbia adempiuto al suo compito di tutela della vita e lo abbia fatto senza trascinare nella coercizione del dovere di vivere.

Il bene vita deve essere oggettivato sulla base di criteri tassativi concernenti le condizioni in cui il soggetto cosciente deve trovarsi affinché la sua domanda possa essere presa in considerazione, non bastando, appunto, la mera richiesta, seppur priva di qualsiasi costrizione esterna o interna. Le misure dirette ad attenuare le conseguenze che si avrebbero dalla liceità della richiesta di aiuto medicalizzato al suicidio senza *altri* limiti appaiono dettate da esigenze tali da non farle reputare irragionevolmente limitatrici della estrinsecazione della personalità, anzi, tutto all'opposto.

A richiedere l'aiuto al suicidio (ma – per quello che diremo – lo stesso dovrebbe valere per l'intera materia del fine vita dinanzi alla richiesta di aiuto ad un terzo) può essere un paziente incurabile allo stadio terminale o affetto da una forma irreversibile di patologia, gravemente invalidante e con prognosi infausta, senza alcuna possibilità di recupero e/o di miglioramento (malattia incurabile), le cui sofferenze fisiche e mentali – rilevata anche l'inefficacia di trattamenti alternativi – fossero considerate insopportabili tanto da fare giudicare inaccettabile la qualità della vita che si è costretti a vivere⁴².

Il principio di autodeterminazione, la tutela dei soggetti vulnerabili e il riconoscimento del compito dello Stato di tutelare il bene vita, quindi, costituiscono il fondamento del riconoscimento dell'aiuto medicalizzato al suicidio *con limiti*⁴³. Se ciò risulta dommaticamente ragionevole, la Corte bene fa a definire *nuovamente* la «cintura di protezione»⁴⁴, ma forse – rispetto a quanto finora scritto – la stringe in modo financo eccessivo, tanto da poter persino apparire come irragionevole.

Per raggiungere tale risultato, la Corte si riferisce alla normativa che regge il consenso informato, la relazione medico-paziente, la capacità di prendere decisioni libere e consapevoli, la liceità della terapia del dolore, il divieto di ostinazione irragionevole nelle cure, la dignità⁴⁵ nella fase finale della vita e, in

⁴¹ Così – e molto condivisibilmente per un punto di incontro tra autorità della normazione statale e rispetto del principio di autodeterminazione – si è da poco espresso un gruppo di autorevoli studiosi appartenenti a diverse branche del sapere scientifico; cfr. il documento di sintesi del lavoro: AA.VV., *Aiuto medico a morire e diritto*, cit., 3. Si rinvia, altresì, a F. RIMOLI, *Diritto di morire o dovere di vivere?*, cit., 493.

⁴² Lo studio già più volte citato (AA.VV., *Aiuto medico a morire e diritto*, cit., 7 s.), anche alla luce di un formante (legislativo e giurisprudenziale) comparato che non permette una modellistica unica propende per la «[p]resenza di un grave traumatismo o di una grave e inguaribile malattia in atto o di loro esiti o di una associazione delle predette situazioni, da cui derivano un'irreversibile perdita attuale o imminente delle capacità funzionali e una persistente sofferenza fisica o psicologica intollerabile per la persona, refrattaria agli appropriati trattamenti terapeutici accettabili dalla stessa».

⁴³ Sul punto, se si vuole, U. ADAMO, *Eutanasia. Ragioni di una legalizzazione (con limiti)*, in G. D'IGNAZIO, G. MOSCHELLA (a cura di), *Costituzione, diritti, Europa. Giornate in onore di Silvio Gambino*, Napoli, 2019, 3 ss.; ID., *Ragioni a favore di una legalizzazione dell'eutanasia*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 1-bis, 312 ss.

⁴⁴ Esplicitamente in Corte cost., ord. n. 207/2018, p.to 4 *cons. in dir.* ed implicitamente in Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 2.3 *cons. in dir.* «Essa assolve allo scopo [...] 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».

⁴⁵ L'argomento della dignità (declinata in senso soggettivo) è dirimente nella decisione della Corte. Si v. F. RIMOLI, *Diritto di morire o dovere di vivere? La democrazia liberale e i limiti del pensiero giuridico*, in *Diritto pubblico*, 2, 2019, 491; G. BRUNELLI, *Imparare dal passato*, cit., 2. Se si vuole, si v. anche il nostro *La 'pronuncia Cappato' alla prova dei fatti*, cit. Anche se «non può non notarsi come il riferimento alla dignità della persona appaia almeno

ultimo, l'inesistenza nell'ordinamento di un dovere di vivere⁴⁶.

3. La (ir)ragionevolezza di uno dei limiti previsti; riflessioni sulla necessità del trattamento di sostegno vitale. Il riferimento al *tertium comparationis* "attenua" la portata di una decisione che non dichiara l'incostituzionalità per irragionevolezza intrinseca della normativa sindacata

Non potendo dichiarare l'incostituzionalità *tout court* dell'aiuto al suicidio, non esistendo nell'ordinamento alcun diritto di morire o, addirittura, di essere uccisi, la Corte impiega il principio di eguaglianza per fare uso del *tertium comparationis* costituito dalla l. n. 219 del 2017, con la conseguenza di limitare

in parte *ridimensionato* nella sentenza n. 242, con l'omissione di molti dei riferimenti presenti invece nell'ordinanza: il sospetto è che si sia voluto scongiurare un possibile cortocircuito tra la nozione *soggettiva* patrocinata nell'ordinanza n. 207 e una lettura della dignità di matrice marcatamente *oggettiva*, enucleabile invece dal tenore della sentenza n. 141 del 2019 in tema di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione», così C. CUPELLI, *Il parlamento decide di non decidere*, cit., 46. Ma il ridimensionamento – almeno a noi pare – non è, nel caso, di tipo sostanziale; si rinvia a P. VERONESI, "Ogni promessa è debito": la sentenza costituzionale sul "caso Cappato", in www.giustiziasieme.it, 11 dicembre 2019. *Contra*, invece, A. NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale*, cit., 13. Anche se vengono meno i riferimenti alla dignità declinata in senso soggettivo («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»: l'inciso riportato in corsivo presente nell'ord. n. 207 manca nella sent. n. 242), l'intera impalcatura logico-sistematica esposta nell'ordinanza del 2018 è sostanzialmente ribadita nella seconda decisione che costituisce il *tandem* della "doppia pronuncia", ed infatti si arriva alla medesima conclusione. Anche se risulta dirimente, non necessitando di un collegamento anche formale fra le due decisioni, è comunque opportuno rilevare che nel p.to 5, lett. d), *cons. in dir.*, della 242/2019, si richiama il p.to 8 *cons. in dir.* della 207/2018, nel quale si esplicita chiaramente la portata della dignità *in subiecta materia* ribadita poi nel p.to 9 in cui è presente quello stralcio che ora, solo formalmente, manca. Ed inoltre, nel p.to 2.3 *cons. in dir.* si ribadisce che «l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unico modo per sottrarsi, secondo le proprie scelte individuali, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto» che è come dire che «il malato ha il diritto a sottrarsi alla vita nel modo più corrispondente – nell'unico modo corrispondente – alle proprie scelte individuali. Che è null'altro che un diverso modo di dire che ha il diritto a morire nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire», così C. TRIPODINA, *Diritti alla fine della vita e costituzione*, in *Rivista di BioDiritto, Special Issue*, 2, 2019, 414. Sull'impiego del concetto di "dignità", fra gli ultimi e con posizioni non concilianti, S. PRISCO, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, L. VIOLINI, *La dignità umana, inesauribile fonte di suggestioni per il costituzionalismo*, G. RAZZANO, *Sulla sostenibilità della dignità come autodeterminazione*, tutti in *Rivista di BioDiritto, Special Issue*, 2, 2019, 61 ss.

⁴⁶ Cfr. gli artt. 1 e 2 della l. n. 219 del 2017. In dottrina, da ultimo, G. FONTANA, *Dignità umana e autodeterminazione terapeutica nelle scelte di fine vita*, in *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine*, cit., 157; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista Aic*, 3, 2019, 656 ss. *Contra* G. ROCCHI, *Il divieto costituzionale e convenzionale dell'aiuto al suicidio*, in AA.VV., *Il "diritto" di essere uccisi*, cit., 107 ss.; P. BILANCIA, *Dignità umana e fine vita in Europa*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, consultato in www.giurcost.org, 10.

in modo ultroneo (al di là delle esigenze costituzionalmente orientate)⁴⁷ l'accesso all'aiuto al suicidio medicalizzato⁴⁸.

Questa strada pare essere stata percorsa per il fatto di aver attribuito alla fattispecie concreta una particolare rilevanza quanto meno poco abituale in un giudizio – come è quello costituzionale – che, seppure vincolato dal *thema decidendum*, è sulle leggi (sulla validità delle leggi per una risposta *erga omnes*) e non sulla situazione giuridica soggettiva sulla quale avrà rilevanza (con efficacia *inter partes*) il giudizio *a quo*⁴⁹. La Corte costituzionale (considerando «specificatamente situazioni come quella oggetto del giudizio *a quo*»⁵⁰) pare aver proceduto, dopo aver ricostruito (*rectius* ampiamente delimitato e circoscritto) il *petitum* del rimettente, in modo “contiguo” al caso concreto (specifico quadro patologico di Fabiano Antoniani)⁵¹ e non già alla questione di legittimità costituzionale. Tale scelta è stata presumibilmente dettata dalla particolarità della materia sindacata, che richiede elevata discrezionalità da parte del legislatore. E tuttavia, non pare fondata su alcuna valida motivazione (in quanto non rientra nella tutela dei soggetti vulnerabili) la previsione per cui fra le ipotesi per le quali può essere richiesto l'aiuto medico al suicidio vi debba essere anche quella per cui il soggetto agevolato sia «tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale»⁵². La Corte è giunta a questa affermazione perché ha rilevato – per come detto – una violazione con il principio di eguaglianza rispetto a quanto ora permesso con la l. 219 del 2017 (ed infatti – già con l'ord. n. 207/2018 – si proponeva un intervento di riforma direttamente in quel corpo legislativo), mentre avrebbe dovuto non riferirsi in questo modo al principio di cui all'articolo 3 della Costituzione, ma rilevare l'irragionevolezza *intrinsicamente* della norma ex art. 580 c.p. per l'assolutezza del divieto di aiuto al suicidio non *richiesta* da alcuna norma costituzionale o comunque per un bilanciamento *diseguale* fra principi e diritti costituzionali⁵³. Tale modo di procedere, rilevata la volontà di superare una zona franca della giustizia costituzionale, sarebbe rientrato nella capacità della Corte, ed anzi sarebbe stato anche più in consonanza con il *thema decidendum* (comunque ampiamente *ritagliato*) dell'ordinanza di rimessione.

⁴⁷ Che secondo la costruzione appena proposta è la tutela del principio di autodeterminazione e del bene vita.

⁴⁸ Sul punto anche F. LAZZERI, *La Corte costituzionale tracci la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio “medicalizzato”. La tutela del malato irreversibile e sofferente nell'ord. 207/2018 e le ragioni per un'ulteriore apertura (ad opera del legislatore?)*, in *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine*, cit., 191 ss.

⁴⁹ Sui rapporti tra processo costituzionale e processo *a quo*, cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, II, Torino, 2018, 143.

⁵⁰ Corte cost., ord. n. 207/2018, p.to 8 *cons. in dir.* E lo ricorda la stessa Corte – Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 5 *rit. in fatto* – quando si autocita e afferma che essa stessa ha individuato una circoscritta area di non conformità costituzionale della fattispecie corrispondente segnatamente ai casi in cui l'aspirante suicida si identifica in casi come quello oggetto del giudizio *a quo*. Si v., altresì, l'aggettivo con cui si apre il frammento giurisprudenziale riportato nella nota che segue.

⁵¹ «Emblematico, al riguardo, risult[a] il caso oggetto del giudizio *a quo*, nel quale il soggetto che aveva liberamente deciso di concludere la propria esistenza – senza essere peraltro in grado di provvedervi autonomamente – risultava sottoposto a trattamenti sanitari molto invasivi, la cui interruzione, ove pure accompagnata dalla sedazione profonda, lo avrebbe portato alla morte solo dopo diversi giorni, generando un prolungato stato di sofferenza nei familiari»: Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 3.2 *cons. in dir.*

⁵² Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 2.3 *cons. in dir.*

⁵³ Non si può, quindi, non essere d'accordo con autorevolissima dottrina: R. ROMBOLI, *Intervento al Il Forum – sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, cit., 53.

Idealtipizzare⁵⁴ il caso concreto⁵⁵ ha comportato che la Corte abbia preso in considerazione la materia in modo parziale, limitata solo alle «ipotesi nelle quali l'assistenza di terzi nel porre fine alla [propria] vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, secondo comma, Cost.»⁵⁶. Si è, quindi, dequotata la questione a corollario della normativa del rifiuto delle cure sotto il più grande ombrello dell'art. 32 Cost.⁵⁷.

Ma sta proprio qui il problema – come si è cercato di dimostrare in altro luogo⁵⁸ –: le due fattispecie (il rifiuto delle cure e l'aiuto medicalizzato al suicidio e, a maggior ragione, l'omicidio medicalizzato del consenziente) sono distinte in ragione dell'azione compiuta dal medico. Nel primo caso (il solo perfettamente rientrante nell'art. 32, c. 2, Cost.), il rifiuto delle cure non è causale per l'evento morte, ma per l'andamento naturale e incontrastato della patologia che, questo sì, condurrà inesorabilmente alla morte del paziente; al contrario, nel secondo caso l'aiuto al suicidio è “direttamente” causale per l'evento morte. La differenza si fonda, quindi, sul ruolo del medico (il terzo) e non sulla richiesta del paziente, che, in effetti, chiede la stessa cosa, ovvero sia terminare la propria vita e con essa la

⁵⁴ E come se «il giudizio di legittimità costituzionale vada sempre più trascolorando – in assenza di solidi argomenti e forti vincoli al parametro costituzionale – in giudizio di equità», così C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità dell'aiuto al suicidio*, cit., 11.

⁵⁵ Sulla modellistica dei giudizi astratti e concreti e quindi sull'interesse che è sottoposto alla proposizione della questione sollevata, non si può che rinviare ad A. PIZZORUSSO, *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, in *Enciclopedia del Diritto. Annali*, 1, 2007, 687; ID., *La Giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, 521 ss. Sul carattere obiettivo della giurisdizione costituzionale R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985, 55. Sul connubio tra le diverse dimensioni della giustizia costituzionale anche in un modello di ricorso diretto, ci si permette di rinviare al nostro *L'amparo costituzionale in Spagna: passato, presente e futuro del ricorso diretto al giudice costituzionale tra natura soggettiva e oggettiva del controllo*, in *Consulta online*, III, 2015, 666.

⁵⁶ Continuando nella citazione: «la decisione di lasciarsi morire potrebbe essere già presa dal malato, sulla base della legislazione vigente, con effetti vincolanti nei confronti dei terzi, a mezzo della richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e di contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua. Ciò, segnatamente in forza della recente legge 22 dicembre 2017, n. 219», così Corte cost., ord. n. 207/2018, p.to 8 *cons in dir.*

⁵⁷ Il grande assente nell'ordinanza di rinvio, ma non nelle decisioni della Corte. In dottrina, e per tutti, A. ALBERTI, *Il reato di istigazione o aiuto al suicidio davanti alla Corte costituzionale. Il “caso Cappato” e la libertà di morire*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2018. Nelle Conclusioni proporremo una ulteriore critica a tale modo di procedere nella misura in cui, nel prossimo futuro, tale costruzione dommatica possa permettere alla stessa Corte di limitare il suo attivismo una volta che, con tale decisione, ha deciso di entrare nel merito della questione prospettata.

⁵⁸ Cfr. il nostro *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Milano, 2018, 4 ss. In dottrina si rinvia a D. MORANA, *L'ordinanza n. 207/2018 sul “caso Cappato” dal punto di vista del diritto alla salute: brevi note sul rifiuto di trattamenti sanitari*, in *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine*, cit., 238; A. D'ALOIA, *In attesa della legge (o del nuovo intervento della Corte Costituzionale) sul suicidio medicalmente assistito*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6, 2019, 3; D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Corti supreme e salute*, 3, 2018, 6 ss.; P. PEZZINI, *Oltre il perimetro della rilevanza della questione affrontata dall'ordinanza 207/2018: ancora nel solco dell'autodeterminazione in materia di salute?*, G. RAZZANO, *Le discutibili asserzioni dell'ordinanza Cappato e alcuni enormi macigni*, entrambe in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6, 2019, 2 ss.; F. BERTOLINI, *Valore della libertà, valore della vita, diritto di rinunciare alle cure, diritto di morire*, in *Rivista Aic*, 4, 2019, 320.

condizione di sofferenza in cui il corpo lo ha imprigionato⁵⁹. L'impostazione metodologica seguita dalla Corte le impone di *estendere* all'aiuto medicalizzato al suicidio quanto l'ordinamento permette *solo* per l'interruzione di cure salva vita⁶⁰.

Fra le condizioni legittimanti la circoscrizione/delimitazione dell'area di non punibilità rispetto all'art. 580 c.p. vi è quella per cui il soggetto agevolato è una persona tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale⁶¹. L'ipotesi, chiaramente restrittiva, si pone in netta antitesi con le premesse metodologiche poste dal giudice costituzionale, quelle per cui «[l']incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio – rinvenibile anche in numerosi altri ordinamenti contemporanei – è, in effetti, funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio. 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»⁶².

La Corte non si intrattiene sulle conseguenze teoriche del suo argomentare e, quindi, sul perché le persone non vulnerabili nei fatti diventino solo ed esclusivamente quelle che – al netto degli altri requisiti – sono mantenute in vita da trattamenti sanitari. È davvero riduttivo che per l'ordinamento

⁵⁹ A. PUGIOTTO, *Variazioni processuali sul "caso Cappato"*, in AA.VV., *Seminario preventivo. Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, cit., 41; S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima*, cit., 54. I casi di cui nel testo si sta trattando, seppur drammaticamente simili, rimangono pur sempre differenti per la diversa partecipazione di un soggetto terzo che non si limita a interrompere un trattamento sanitario non desiderato.

⁶⁰ Di recente si è argomentato sui limiti che si dovrebbero avere nel momento in cui si chiede l'interruzione dell'alimentazione e idratazione artificiale da G. RAZZANO, *La legge 219/2017 su consenso informato e DAT, fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasi*, Torino, 2019, 46 ss.

⁶¹ Idealtipizzando il caso concreto e ribadendo in modo forse troppo epigrafico le acquisizioni raggiunte con l'ordinanza 207/2018, e comunque non aggiungendo nulla rispetto ad essa, la Corte si riferisce a quei *particolari* soggetti colpiti da quella *particolare* infermità e a quel *particolare* "livello di avanzamento dello stato patologico" per cui il trattamento che si chiede venga interrotto è sì salva vita, ma la sua interruzione non comporta *istantaneamente* o almeno *prossimamente* la fine della vita. Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 2.3 *cons. in dir.*: «[n]on essendo egli, infatti, totalmente dipendente dal respiratore artificiale, la morte sarebbe sopravvenuta solo dopo un periodo di apprezzabile durata, quantificabile in alcuni giorni: modalità di porre fine alla propria esistenza che egli reputava non dignitosa e che i propri cari avrebbero dovuto condividere sul piano emotivo». Non si è quindi dinanzi ad un soggetto che sia *completamente* dipendente da un trattamento. In questa tragica circostanza dove la morte giungerebbe nel corso pronosticabile di qualche giorno, il paziente non intende essere sottoposto ad un trattamento di sedazione profonda continua che lo *accompagnerebbe* alla morte, ma che non gli assicurerebbe una *morte rapida*, determinando una modalità di porre fine alla propria esistenza reputata (*soggettivamente*) come non dignitosa. (Sottolinea già dal titolo tale aspetto L. EUSEBI, *Un diritto costituzionale a morire «rapidamente»? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a Corte cost. (ord.) n. 207(2018)*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 4, 2018, 1313 ss.). A tale riguardo, occorre considerare che la sedazione profonda continua, connessa all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, produce l'annullamento della coscienza e quindi può essere non accettata da chi non vuole trovarsi in tale condizione clinica. Il caso che ha ricostruito la Corte, dunque, è quello di un soggetto che rientra nell'ipotesi prevista dalla l. n. 219/2017 (rifiuto cure salva vita e sedazione profonda), ma al quale non sarebbero evitate sofferenze e violazione della dignità che invece sono superate con l'intervento di un terzo, evidentemente un medico. Ciò che permette la Corte è quindi una scelta fra due precisi modi di morire; coglie l'aspetto A. MASSARO, *Scelte di fine vita: uno spazio sempre meno libero dal diritto?*, in *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine*, cit., 220.

⁶² Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 2.2 *cons. in dir.*, in cui richiama testualmente Corte cost., ord. n. 207/2018, p.to 6 *cons. in dir.*

siano considerate in grado di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza solo i pazienti che possono già revocare i trattamenti sanitari e non tutti quelli che vivono medesime situazioni di malattia, quasi si fosse dinanzi ad una “appendice” della l. n. 219 del 2017. Questo limite però non è adeguatamente motivato⁶³, anche alla luce della giurisprudenza convenzionale⁶⁴ che non rileva alcuna ragione per limitare in tale senso la richiesta di aiuto medicalmente assistito⁶⁵. La decisione della Corte mette sullo stesso piano fattispecie non assimilabili rispetto alla richiesta che si avanza nei confronti del terzo (di *non facere vs facere*).

Con ciò non si sta sostenendo che la Corte avrebbe dovuto limitare l’accesso a tale trattamento solo ai soggetti vulnerabili e non porre nessun limite a chi si dimostri non essere nelle medesime condizioni⁶⁶; i limiti all’evoluzione moderna delle pratiche eutanasiche (si parla volutamente insieme delle fattispecie di cui agli artt. 579 e 580 c.p.) devono essere inquadrati – e, quindi, legittimati – in un ordinamento in cui, seppure non esiste il dovere di vivere, l’interesse primario da tutelare è non solo (per come si sta dicendo) il rispetto del principio di autodeterminazione, ma anche lo stesso diritto alla vita⁶⁷ nonché la funzione generalpreventiva c.d. positiva del diritto penale⁶⁸ (laico e secolarizzato) che è posto a protezione proprio del bene primario della vita. Quindi, «l’idea di legittimare l’uccisione di taluno deve trovare riscontro esterno basato sulla minore meritevolezza del bene-vita»⁶⁹, che viene oggettivata sulla base di criteri tassativi concernenti le condizioni in cui il soggetto cosciente deve trovarsi affinché la sua domanda possa essere presa in considerazione, non bastando, appunto, la sua mera richiesta, seppur priva di qualsiasi costrizione esterna o interna.

⁶³ Ma – per come stiamo dicendo – è spiegabile nella misura in cui la Corte ha ricondotto la fattispecie ad un corollario del rifiuto delle cure.

⁶⁴ Ma sul punto si può rinviare a Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 8 *cons. in dir.*: «[l]’ulteriore questione sollevata in via principale per violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., in riferimento agli artt. 2 e 8 CEDU, resta assorbita».

⁶⁵ In tal senso, il nostro *Il fine vita nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, in *La cittadinanza europea*, 2, 2018, 177 ss. Ma si v., anche e soprattutto, E. MALFATTI, *Sui richiami, nell’ordinanza Cappato, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6, 2019, 1 ss.; L. POLI, *La sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale alla luce della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Osservatorio Aic*, 1, 2020, 1 ss.

⁶⁶ Si cerca, così, di superare le perplessità avanzate da R. BARTOLI, *L’ordinanza della Consulta sull’aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine*, cit., 5.

⁶⁷ In tal senso, la legittimità di vincoli sulle decisioni di chi è capace di prenderle in modo libero e consapevole è conforme all’art. 2 CEDU. Secondo il parametro convenzionale, infatti, sugli Stati (quelli che nel proprio ordinamento disciplinano proceduralmente il diritto a morire dignitosamente) grava l’obbligo di tutelare il diritto alla vita, assicurando che la decisione di suicidarsi derivi da una libera volontà dell’interessato e risponda allo scopo legittimo di impedire gli abusi dell’utilizzo di sostanze letali. Sul compito primario dello Stato che è quello di difendere la vita dei cittadini, si v. G. ZAGREBELSKY, *Dignità e orrore*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, 2647. Sull’interpretazione del diritto alla vita si rinvia a L. PIROZZI, *Appunti per una riflessione del diritto alla vita nella Costituzione italiana*, in *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine*, cit., 255 ss. e in spec. 265 s.; E. RIPEPE, *Eutanasia e diritto alla vita*, in I. BELLONI, T. GRECO, L. MILAZZO (a cura di), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica. Il – La prospettiva filosofica. Teorie dei diritti e questioni di fine vita*, Torino, 2016, 150.

⁶⁸ Cfr. S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, 719.

⁶⁹ *Ivi*, 720.

Le misure dirette ad attenuare le conseguenze che si avrebbero da una richiesta di morire dignitosamente senza limiti, per quanto detto, quindi, apparirebbero dettate da esigenze tali da non farle reputare irragionevolmente limitatrici della «estrinsecazione della personalità»⁷⁰.

Nella età della tecnica, nella quale la medicina tecnocratica attraverso la medicalizzazione della vita incide sul corpo umano e influisce sulla sua natura, e dove la vita dell'uomo è diventata uno degli oggetti della tecnica medesima, tende a cambiare il paradigma su cui dover comprendere la conformità a Costituzione di un disposto legale la cui *ratio* è *per definitionem* anacronistica⁷¹.

È questo il ragionamento che ci pare rispettoso del principio di autodeterminazione in ambito sanitario (artt. 2, 3, 13 e 32 Cost.): è incostituzionale il divieto dell'aiuto al suicidio medicalizzato se questo è di tipo assoluto, pur in mancanza di una precisa disposizione costituzionale che prescriva in tal senso; il fine della norma (costituzionalmente orientato) è quello di salvaguardare le persone particolarmente fragili. Se tale giustificazione non pare incostituzionale, l'illegittimità deriva (deriverebbe) dalla circostanza che l'assolutezza della norma penale non è più retta da tale finalità perché non prende in considerazione le persone che non rientrano nella categoria delle persone vulnerabili da tutelare e che chiedono la tutela del proprio diritto alla salute, all'autodeterminazione, alla libertà di coscienza, ad essere liberati dalle sofferenze del corpo.

Divieti assoluti ad una espressione di autonomia negano in radice⁷² la richiesta di un soggetto (a prescindere dalla presenza o meno di un trattamento salva vita) di porre fine alla propria esistenza ritenuta non più degna di essere vissuta, determinano la "trasformazione" del diritto alla vita in un dovere di vivere⁷³ – non imposto dalle carte costituzionali – e non seguono la più ampia interpretazione dei valori di libertà, eguaglianza, solidarietà e dignità.

Scartata l'ipotesi di una auto-rimessione della questione dell'art. 579 c.p. per chiara irrilevanza della stessa, ma anche di una dichiarazione di illegittimità costituzionale derivata/consequenziale, alla luce

⁷⁰ Per riprendere le parole impiegate dalla Corte allorché ha giudicato come conformi a Costituzione le norme in tema di obbligo dell'uso del casco protettivo e delle cinture di sicurezza per i motociclisti e gli automobilisti (misure, queste, tacciate di paternalismo), cfr. Corte cost., sent. n. 180/1994, p.to 5 *cons. in dir.* La legislazione sul casco e sulle cinture di sicurezza non rappresenta una "illegittima" limitazione di una libertà personale e per questo non può essere tacciata di incostituzionalità, e ciò in quanto gli obblighi previsti sono rivolti non solo alla tutela dell'individuo verso cui comunque si orientano, ma anche verso l'esterno. Si rinvia, per tutti, alla più che condivisibile lettura offerta da A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, 230 ss. Sulla incomparabilità dei limiti all'autodeterminazione derivanti dalle misure di protezione stradale e dal divieto delle pratiche eutanasiche cfr. C. CASONATO, *Fine vita: il diritto all'autodeterminazione*, in *Il Mulino*, 4, 2017, 603 ss.

⁷¹ Siamo dinanzi ad una ipotesi particolare di incostituzionalità sopravvenuta da una mutazione del contesto fattuale: C. SALAZAR, «*Morire sì, non essere aggrediti dalla morte*», cit., 577.

⁷² Ciò che si nega è la responsabilità di prendere una vera e propria «decisione fondazionale», vale a dire una scelta altamente intima e personale, centrale per la dignità e l'autonomia della persona; in tal senso G. DWORKIN, *Giustizia per ricci*, Milano, 2013, 420. Il divieto assoluto dell'aiuto a morire palesa il mancato sforzo dell'apparato pubblico di «implementare tale responsabilità, [e, quindi, ...] la negazione completa della responsabilità personale» (*ivi*, 382). Parla in generale di «scelte esistenziali» S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano, 2012, 1.

⁷³ Questo si esecrato dall'ordinamento. Qui, il richiamo alla l. n. 219 del 2017 – seppure, a ben vedere, tale legislazione (nella parte del consenso informato e della rinuncia ai trattamenti sanitari) altro non rappresenta che la positivizzazione di quel formante giurisprudenziale ormai ampiamente acquisito – è assolutamente calzante.

della decisione così come deliberata dalla Corte, rimangono due questioni irrisolte per una disciplina che realmente vuole definirsi come priva di *vulnus* in *subiecta materia*.

Oltre a quella per cui è irragionevole il limite della presenza di un sostegno vitale (che crea disuguaglianza fra i pazienti che richiedono un medesimo aiuto medicalizzato al suicidio), la seconda questione (di cui si è finora detto in modo solo implicito) è il mancato fondamento costituzionale⁷⁴ della differenziazione fra l'aiuto (medicalizzato) al suicidio e l'omicidio (medicalizzato) del consenziente, con conseguente disparità di trattamento per chi versa in una precisa condizione di malattia e non in un'altra⁷⁵. Se il Parlamento dovesse non colmare tale vuoto di tutela, la Corte, qualora adita con una nuova questione di legittimità costituzionale, non potrà⁷⁶ che ribadire le sue premesse giurisprudenziali e rilevare una differenziazione di trattamento intollerabile: alcune gravi patologie non rendono sempre possibile che l'aiuto al suicidio possa concretizzarsi nel massimo atto "autolesionistico" (nel caso in cui, ad esempio, si è costretti da paralisi totale – si pensi alla c.d. sindrome dell'uomo incarcerato⁷⁷ –), tanto che l'eutanasia "attiva volontaria" (omicidio del consenziente) si prospetterebbe come l'unica pratica in grado di dar corso alla volontà del paziente di porre fine alle proprie sofferenze quando questi si trovi in una condizione di assoluto impedimento fisico.

Non prendere in considerazione questa ipotesi significherebbe non dare una risposta⁷⁸ a chi è affetto da malattie gravemente invalidanti e, quindi, non colmare in modo pieno la lacuna costituzionale sovente richiamata dalla Corte.

La recente pronuncia di incostituzionalità è in grado a sua volta di ingenerare una *nuova* dichiarazione di incostituzionalità (per *ius superveniens* prodotto dalla stessa Corte) dinanzi a casi simili ma non uguali⁷⁹, per violazione – questa volta sì – del principio di eguaglianza di non discriminazione per «condizioni personali» ex art. 3, c. 1, Cost. Il disposto costituzionale appena richiamato non consente una

⁷⁴ Escludendosi per come si scrive nel testo della pagina che segue che il fondamento (a seguito di Corte cost., sent. n. 242/2019) possa essere ex art. 32 Cost. quello del rifiuto delle cure.

⁷⁵ Cfr., anche, M. DONINI, *Il caso Fabio/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione "non penalistica" della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine*, cit., 129.

⁷⁶ Al netto di quanto comunque si potrebbe argomentare alla luce della decisione commentata. Ma su tale ipotesi, e criticamente, si v. più avanti nel testo. In dottrina almeno L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019*, cit., 3 s.; B. LIBERALI, *L'aiuto al suicidio "a una svolta"*, cit.; A. NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale*, cit., 9.

⁷⁷ Nota scientificamente come sindrome *locked-in* o "sindrome del chiavistello", per la quale il paziente, cosciente e sveglio, a causa della completa paralisi di tutti i muscoli del corpo non può muoversi oppure comunicare, tranne che con gli occhi e, quindi, con un sistema di puntatore oculare. Od anche si può pensare alla situazione «di chi – pur essendo immerso in una situazione *in toto* conforme alle condizioni indicate dalla Corte – non voglia assolutamente compiere da sé il gesto destinato a darsi la morte (per paura di sbagliare, per il dolore fisico che anche quella minima azione gli provocherebbe, perché preferisce rimettersi alla collaudata esperienza del personale medico ecc.)», così P. VERONESI, *"Ogni promessa è debito"*, cit.

⁷⁸ Creando una discriminazione per motivi irrilevanti: AA.VV., *Aiuto medico a morire e diritto*, cit., 5; G. CAMPANELLI, *Quali le possibili motivazioni di una sentenza sul merito della Corte, a fronte di un legislatore silente*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6, 2019, 4; E. MALFATTI, *Sui richiami, nell'ordinanza Cappato, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit., 5; C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio*, cit., 10.

⁷⁹ Che, per l'appunto, non sarebbe il frutto della logica dello scivolamento del pendio scivoloso (*contra* A. NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale*, cit., 9) ma del rispetto del principio di eguaglianza, declinato nella doverosità della non discriminazione.

limitazione al ricorso all'aiuto medicalizzato al suicidio solo a chi fisicamente (per una condizione personale) può attuare il proposito suicidario e quindi ottenere una morte ritenuta dignitosa. Non sarebbe fondata su nessuna solida argomentazione l'esclusione di quei soggetti che, seppure aiutati da un terzo, non riescano per *incapacità* fisica ad attuare in modo autonomo la loro ultima (libera e consapevole) volontà.

In tema di aiuto medicalizzato al suicidio, la condizione di liceità limitata dal requisito della presenza di un sostegno vitale è eccessivamente riduttiva/restrittiva, perché non prende in considerazione tutte quelle ipotesi in cui la richiesta di aiuto si basa sulla condizione di malattia e non già sulla *presenza* di uno specifico trattamento⁸⁰. Per come si diceva, si è consci che una riscrittura dell'art. 580 c.p. (e non già della l. n. 219 del 2017) o la produzione di una legislazione ordinaria e organica "libera dal diritto penale" appartiene al legislatore e non certo alla Corte che non dispone della capacità (processuale) di operare una riscrittura della fattispecie attraverso una decisione che possa incidere *autonomamente* nella parte sia *destruens* che *construens*⁸¹. Ecco perché non si intende attribuire valore di "precedente" alla decisione della Corte che deve essere letta come "legata" al caso concreto. Se non si procedesse in tal modo, si potrebbe anche argomentare (ma qui non lo si sostiene) che la necessaria sussistenza di un trattamento salvavita non determini alcuna discriminazione nei confronti di chi non si trovi nelle condizioni di dipendenza da presidi sanitari tali da non potersi interrompere *ex lege* n. 219 del 2017 o scriminati *ex sententia* n. 242/2019⁸².

La Corte continua a ribadire *implicitamente* che è il legislatore che può superare il richiamo (anche) alla presenza di trattamenti di sostegno vitale con il solo riferimento al soggetto che, capace di prendere decisioni libere e consapevoli, è affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che trova assolutamente intollerabili e che possono essere vinte solo con la morte. Ed è sempre il legislatore⁸³ che può fissare fra le condizioni legittimanti la richiesta del suicidio medicalmente assistito anche la previsione di una morte imminente ovvero pronosticata come non lontana nel tempo (stima della sopravvivenza di 3, 6, 12, 18 mesi a seguito di una valutazione fondata su cognizioni scientifiche) o ancora non prevedere nessun limite temporale che vada ad aggiungersi agli altri presupposti.

Ma se il legislatore continuerà nella sua latitanza, al monito presente nella sentenza si potrà dare seguito con una nuova e più *penetrante* decisione di accoglimento prendendo a parametro proprio la dignità nel morire, che postula sì la presenza di limiti, ma pur sempre ragionevoli e rispettosi e

⁸⁰ La validità della richiesta è giustapposta essendo il presupposto assolutamente imprescindibile: S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima*, in *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine*, cit., 56. Nello stesso volume anche F. LAZZERI, *La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio "medicalizzato"*, cit., 201. Si rinvia, quindi, a C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2018, 3-34, e, solo se si vuole, al nostro *Costituzione e fine vita*, cit., 194 ss.

⁸¹ Il problema è quello per cui la normativa di attuazione è suscettibile «di investire plurimi profili, ciascuno dei quali, a sua volta, variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali», così già Corte cost., ord. n. 207/2018, p.to 10 *cons. in dir.*

⁸² E per tale interpretazione pare spinga la Corte. Ecco perché, molto prudentemente, più avanti nel testo si impiega l'avverbio *implicitamente*.

⁸³ Cfr. *infra* nota 186.

dell'autodeterminazione e del diritto alla vita in un continuo bilanciamento tra diritti e principi tutti meritevoli e tutti allo stesso modo, *in primis* il principio di eguaglianza.

Gli unici *requisiti* ragionevoli che devono essere presenti – in conformità a quanto di recente sostenuto⁸⁴ – sono (solo ed esclusivamente) quelli legati alle condizioni di (1) grave e irreversibile⁸⁵ stato patologico accertato, (2) intollerabile stato di sofferenza fisica e/o psicologica, (3) volontà autentica; condizioni queste che devono essere sempre *cumulativamente* presenti e verificate *ex ante*⁸⁶.

Se allo *stato attuale* la Corte è riuscita a riscontrare l'irragionevolezza della disciplina con riferimento (limitato) a quei soggetti che comunque potrebbero *decidere* sulla propria vita giungendo alla morte attraverso la rinuncia a trattamenti salva vita (secondo quanto riconosciuto ora dalla l. n. 219 del 2017), in un prossimo futuro – sempre al fine di poter intervenire per *accelerare* una morte certa che risponda ad esigenze di tutela della dignità umana – la Corte sarà nelle condizioni di addivenire ad un punto fermo sull'intera disciplina del fine vita, colmandone tutti i vuoti.

Che la possibilità di giungere ad una nuova dichiarazione di incostituzionalità non sia remota o che comunque non sia lontana la probabilità che una nuova questione venga posta, lo si evince (ma solo per fare un esempio) da quanto si è verificato il 14 gennaio 2019 presso il Tribunale di Massa dove è iniziato il processo a Marco Cappato e Mina Welby per reato di istigazione o aiuto al suicidio sotto forma di concorso fornito a Davide Trentini. Il Tribunale di Massa, non seguendo l'impostazione della Corte nell'ord. n. 207, non ha sollevato questione di legittimità costituzionale – per come avrebbe dovuto⁸⁷ – ma ha deciso di attendere il Parlamento e la Corte, disponendo il rinvio all'udienza dell'11 novembre 2019, quindi ben oltre il giorno in cui la Corte costituzionale aveva rinviato la trattazione (il 24 settembre). Per il giudice di Massa è apparso opportuno attendere la motivazione della Corte. Così comportandosi, il potenziale rimettente non ha preso in considerazione la circostanza che la pronuncia della Corte costituzionale avrebbe potuto “dipendere” non solo dall'eventuale decisione del Parlamento (che non è arrivata), ma anche da altra eventuale ordinanza di rinvio (anch'essa non arrivata) che, come è noto, non potendo essere motivata *per relationem*, sarebbe stata in grado, ad esempio, di superare tutte quelle criticità che ora stiamo assumendo essere presenti nel tessuto ordinamentale anche dopo una decisione di accoglimento della Corte costituzionale. Proprio da quella (eventuale) ordinanza di rinvio, il giudice delle leggi avrebbe potuto giungere a soluzioni interpretative differenti da quelle a cui è approdato.

Si afferma ciò proprio alla luce di questo nuovo e altro “caso” rappresentato in modo idealtipico dalla vicenda umana e di malattia proprio di Davide Trentini, malato “equiparabile” a Fabiano Antoniani nella richiesta di morte dignitosa, ma a quest'ultimo non assimilabile per *non essere dipendente da alcun trattamento sanitario*.

⁸⁴ AA.VV., *Aiuto medico a morire e diritto*, cit., 7. Si rinvia, altresì, a quanto molto più che condivisibilmente è stato sostenuto dalla dottrina: P. VERONESI, *L'ord. n. 207/2018 sul c.d. “Caso Cappato”*, cit., 3 ss.

⁸⁵ Che non deve significare stadio terminale *breve*, ma anche, per come nel testo si è detto, lasso di tempo calcolabile.

⁸⁶ Conformemente a Corte cost., sent. nn. 75/1975 (aborto), 96 e 229/2015 (procreazione medicalmente assistita).

⁸⁷ *Contra* tale sospensione irrituale se non impropria, cfr., per tutti, A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, 1990, 152; E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2018, 6^a ed., 109.

Il caso di Davide Trentini non rientra, quindi, nella tipizzazione dei casi ammissibili così come “costruita” dalla Corte, ma rimane un caso irrisolto e che chiede di essere preso in considerazione e dalla politica e dalla giurisdizione.

Rimanendo al caso di Davide Trentini, è stato disposto un ulteriore rinvio perché alla data dall’11 novembre non era ancora stata pubblicata la sentenza n. 242, che ha tardato ad arrivare⁸⁸; il giudice ha comunque ritenuto ancora una volta di non sollevare questione di legittimità costituzionale anche alla luce del Comunicato stampa pubblicato già il 25 settembre. A noi pare – depositata e letta la sentenza n. 242 – che non sarà più procrastinabile l’invio di una ordinanza di rimessione quando il prossimo 18 marzo si procederà in udienza.

Il richiamo al caso di Davide Trentini ci permette di rilevare un’altra conseguenza della idealtipizzazione del caso concreto. Lasciando da parte gli eventuali casi scriminati, il 580 c.p., quindi, resta intatto, per cui non si intende (processualmente parlando) come sia stato possibile che la Corte non abbia risposto nel merito alla questione (che nell’ordinanza di rimessione non era nemmeno subordinata, anche se logicamente lo era) circa il *quantum* edittale della pena e si sia limitata ad affermare che «assorbite restano le questioni subordinate, attinenti alla misura della pena»⁸⁹. Detto in altre parole, non espungendo dall’ordinamento l’intero art. 580 c.p., la diretta conseguenza della pronuncia di incostituzionalità parziale è quella di aver fatto venire meno l’argomentazione, seppure corretta, proposta nell’ord. n. 207/2018⁹⁰, e quindi che «l’altra *quaestio*» del “caso Cappato”⁹¹ non è stata risolta⁹², anzi neanche trattata, e potrà essere ribadita nelle prossime questioni di legittimità costituzionale. Questo uso “disinvolto” della tecnica processuale dell’assorbimento può però essere compreso se si tiene in giusto conto la scelta compiuta dalla Corte di valorizzare oltremodo il caso del giudizio *a quo*. Generalizzando il caso concreto, la Corte ha dimostrato di voler risolvere *in primis* la questione dell’imputato Cappato per garantirne una giustizia sostanziale, mettendo però sullo sfondo il rispetto pieno e completo del principio di legalità costituzionale; risolto il caso Cappato, la questione è assorbita. Ecco perché – almeno a noi così pare – la Corte non dà una risposta alla questione formulata nell’ordinanza di rinvio circa la misura della cornice edittale della pena, con la conseguenza di limitare, e di molto, gli effetti *erga omnes* della sua pronuncia sull’intera normativa penale: la dimensione soggettiva della giustizia costituzionale ha sovrastato quella oggettiva, inversamente da quanto richiesto in un giudizio di

⁸⁸ Pubblicato sul sito telematico della Corte costituzionale (www.cortecostituzionale.it) e dal titolo (*In attesa del Parlamento la Consulta si pronuncia sul fine vita*) molto giornalistico e non propriamente riassuntivo della decisione che è poi giunta.

⁸⁹ Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 8 *cons. in dir.*

⁹⁰ Il giudice *a quo* contestava il trattamento sanzionatorio riservato alle condotte di agevolazione e si doleva del fatto che esse siano punite con la medesima severa pena prevista per le più gravi condotte di istigazione. Ma «[i]l giudice *a quo* non pone alcun rapporto di subordinazione espressa tra le questioni. Esso è, però, *in re ipsa*. Appare, infatti, evidente che le censure relative alla misura della pena hanno un senso solo in quanto le condotte avute di mira restino penalmente rilevanti: il che presuppone il mancato accoglimento delle questioni intese a ridefinire i confini applicativi della fattispecie criminosa», Corte cost., ord. n. 207/2018, p.to 1 *cons. in dir.*

⁹¹ A. PUGIOTTO, *L’altra quaestio del “caso Cappato”: la pena draconiana dell’art. 580 c.p.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6/2019, 1 ss.

⁹² Per mancanza (Corte cost., sent. n. 236/2016, p.to 4.4 *cons. in dir.*) di «precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo» e soluzioni «già esistenti», ancorché non «costituzionalmente obbligate» che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria da dichiararsi come illegittima? Ma allora la decisione avrebbe dovuta essere di inammissibilità.

costituzionalità che è di tipo indiretto. Anche con riferimento a quest'ultimo aspetto, ritorna alla nostra attenzione il "caso Trentini", che non rientra nelle condizioni scriminabili che la Corte non ha dichiarato costituzionalmente legittime con la conseguenza che i due imputati nel processo di Massa sono potenzialmente soggetti alla pena draconiana di cui all'art. 580 c.p., ancora e legittimamente.

4. Su alcuni profili della regolazione della materia scelti dalla Corte, in attesa della declinazione che potrà farne il legislatore

«Una regolazione della materia, intesa ad evitare simili scenari⁹³, gravidi di pericoli per la vita di persone in situazione di vulnerabilità, 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»⁹⁴.

Lo stralcio della decisione appena riportato contiene quelle indicazioni che – fra le altre – erano rivolte al Parlamento al quale si richiedeva l'esercizio della discrezionalità al fine della regolazione della materia⁹⁵. Come detto, tale intervento legislativo non si è (ancora) compiuto, ed è stata la Corte a decidere in supplenza; infatti – sempre per la Corte – la mancanza di una regolazione «non è d'ostacolo» a che si addivenga ad una decisione di illegittimità costituzionale che «faccia emergere specifiche esigenze di disciplina che, pur suscettibili di risposte differenziate da parte del legislatore, non possono comunque sia essere disattese»⁹⁶.

Dunque, nelle more dell'intervento sempre possibile da parte del legislatore quale organo proattivo, la Corte interviene in un modo *preciso*⁹⁷ (sarebbe stato infatti possibile procedere in altro senso), anche

⁹³ Sempre per la Corte «[i]n assenza di una specifica disciplina della materia, più in particolare, 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 *ex ante* sull'effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell'irreversibilità della patologia da cui sono affetti», Corte cost., ord. n. 207/2018, p.to 10 *cons. in dir.*

⁹⁴ Corte cost., ord. n. 207/2018, p.to 10 *cons. in dir.* Che si fosse dinanzi ad un rinvio alle scelte nella disponibilità solo del legislatore lo sottolinea anche F.G. PIZZETTI, *L'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit., 13; G. SORRENTI, *Intervento al Seminario*, cit., 5; A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore*, cit., 1. Ampiamente sul punto si v. C. TRIPODINA, *Le non trascurabili conseguenze del riconoscimento del diritto a morire*, cit., 4 ss. In special modo, anche per quello che si dirà fra poco, il riconoscimento dell'obiezione di coscienza era indicato come meramente possibile, quindi non necessario. Se si v. si rinvia anche al nostro *In mancanza di risposte da parte del Legislatore e in attesa di quelle che potrà comunque darne, la Corte decide sui profili della regolazione dell'aiuto al suicidio medicalizzato*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in corso di pubblicazione.

⁹⁵ A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore*, cit., 1.

⁹⁶ Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 4 *cons. in dir.*

⁹⁷ È forse imputabile alle determinazioni circa le scelte da adottare – e che fra poco si richiameranno – la "insolita lentezza" con cui ha proceduto la Corte, soprattutto su una causa ben conosciuta dall'intero collegio. Se il comunicato stampa che dà conto della decisione assunta dalla Corte è del 25 settembre, lo stesso giorno in cui si è tenuta Camera di consiglio, quello che dà conto del deposito della sentenza è di due mesi dopo, il 22 novembre.

se rimane nella possibilità del Parlamento decidere di esercitare la propria discrezionalità comunque secondo i principi *lato sensu* posti dalla sentenza, che, per le cose dette, potranno ritenersi in parte superabili, con riferimento *in primis* ai presupposti legittimanti la richiesta dell'aiuto al suicidio, essendo le misure indicate (se non proprio introdotte) dalla Corte il risultato solo di una *opzione* costituzionalmente necessaria.

Ferma deve essere la consapevolezza che l'aiuto al suicidio medicalizzato – ma lo stesso vale per l'omicidio medicalizzato del consenziente – nell'era della tecnica non è «una scelta fra la vita e la morte, né una scelta della morte contro la vita, ma una scelta tra due modi di morire»⁹⁸; la domanda di aiuto medico a morire dovrebbe essere ammessa quando la malattia è incurabile ed irreversibile, per cui essa è finalizzata (solo ed esclusivamente) ad anticipare il tempo segnato di una morte certa, perché non esiste alternativa a ciò che si sta vivendo e per come si sta vivendo⁹⁹: più propriamente, quindi, l'aiuto apprestato non è tanto *alla* morte, ma *nella* morte.

A questo punto si può anche affermare che non deve essere la pietà a muovere il medico (o i familiari), ma, piuttosto, il rispetto del principio di autodeterminazione dell'individuo. Infatti, è proprio intorno alla ricerca della più libera espressione dell'autodeterminazione del paziente – della sua autonoma valutazione – che si rendono ragionevoli i limiti alle richieste di aiuto medicalizzato al suicidio per dare seguito alla fine di una vita ritenuta non più degna di essere vissuta, conformemente al proprio progetto di vita.

In questo quadro scientifico, medico ed esistenziale, in cui si può determinare una distanza tra la vita *biologica* e quella *biografica* di un individuo¹⁰⁰ – e d'accordo con una attenta dottrina penalistica¹⁰¹ – la Corte apre ad un accrescimento della sfera delle possibilità dell'individuo¹⁰² attraverso quella che dovrebbe essere (anche per ciò che più volte è richiamata come necessità di una legislazione organica) una «scriminante procedurale»¹⁰³, vale a dire una normativa che stabilisce – per un approccio massimamente concreto¹⁰⁴ – un procedimento amministrativo appositamente predisposto per «assicurare un controllo pubblico sull'esistenza di un'autonoma e valida autodeterminazione del malato»¹⁰⁵.

⁹⁸ Così J. POHIER, *La morte opportuna. I diritti dei viventi sulla fine della loro vita*, Roma, 2004, 118.

⁹⁹ M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2, 2016, 547 ss.

¹⁰⁰ *Costituzione e fine vita*, cit., 194 ss., e bibliografia ivi citata.

¹⁰¹ A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, Napoli, 2018, 55 ss.; M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno «spazio libero dal diritto»*, in *Cassazione penale*, 3, 2007, 907 ss.

¹⁰² G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, 38.

¹⁰³ M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., 907. Cfr., anche, S. CANESTRARI, F. FAENZA, *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, 82; F.G. PIZZETTI, *L'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit., 12; F. CONSULICH, *Stat sua cuique dies. Libertà o pena di fronte all'aiuto al suicidio?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2019, 126 ss.

¹⁰⁴ P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Milano, 2007, 136. Autore che si richiama volutamente anche se tratta, nel lavoro citato, dell'aborto e di Corte cost., sent. n. 27/1975; lo si cita qui, stante la «vicinanza» tra la sentenza oggetto di commento e quella del 1975, così come si evince anche dalla lettura del p.to 5 *cons. in dir.* di Corte cost., sent. n. 242/2019. Si ricorda che in quella sentenza si è assicurato un bilanciamento tra diritti senza il rinvio ad alcun *tertium comparationis*.

¹⁰⁵ M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., 230. Come avviene per l'appunto con l'aborto, cfr. la nota che precede.

La legislazione a cui dovrebbe tendere ora il legislatore¹⁰⁶ – che richiama e avvalorata la funzione permissiva del diritto¹⁰⁷ – è di tipo avalutativo, espressione di una «tendenziale neutralità»¹⁰⁸, che riconosce ad ogni singolo individuo la capacità (attraverso la disciplina di una regolamentazione normativa) di decidere autonomamente, con la piena possibilità – lo si ripete – che ognuno possa determinare in modo autonomo i propri valori morali e le proprie scelte. Una legislazione ragionevole, «leggera»¹⁰⁹, «mite»¹¹⁰, «laica»¹¹¹, «flessibile»¹¹² ed ancora «resiliente»¹¹³, aperta ad un pluralismo etico¹¹⁴ e adatta ad una società pluralista e multiculturale¹¹⁵, sarebbe quella che permettesse al paziente di richiedere l'aiuto medico a morire¹¹⁶ quando si trovi in alcune precise condizioni (patologia irreversibile, sofferenze fisiche o psicologiche reputate intollerabili, piena capacità di assumere decisioni libere e consapevoli).

Se questa la legge che dovrebbe essere prodotta dal Parlamento, quella manipolata dalla Corte¹¹⁷ è molto più restrittiva e non solo per i presupposti *aggiuntivi* (presenza di trattamenti di sostegno vitale), ma anche per le chiare scelte operate e che erano state riservate alla discrezionalità di valutazione¹¹⁸

¹⁰⁶ Conformemente ad AA.VV., *Aiuto medico a morire e diritto*, cit., 3.

¹⁰⁷ C. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, in ID., *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli, 1999, 92-105, richiamato da L. ELIA, *Introduzione ai problemi della laicità*, in AA.VV., *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Padova, 2008, 14. Più di recente si v. G. GRASSO, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2011, 54.

¹⁰⁸ Così G. BRUNELLI, *Frontiere della democrazia*, cit., 28 ss., corsivi presenti nel testo.

¹⁰⁹ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, al fine di non imporre autoritativamente valori non condivisi.

¹¹⁰ Il riferimento, come è noto, va a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

¹¹¹ A. BARBERA, *La laicità come metodo*, in AA.VV., *Il cortile dei gentili. Credenti e non credenti di fronte al mondo d'oggi*, Roma, 2011, 75 ss.; C. CANESTRARI, *Laicità nel diritto penale e bioetica*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Padova, 2013, 307.

¹¹² A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudice*, Napoli, 2016, 23.

¹¹³ C. CASONATO, *Diritto e scienze della vita: complessità, tentazioni, resilienza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2015, 295 ss.

¹¹⁴ P. BORSELLINO, *Tra cultura e norma*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto. Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, 165; F. RIMOLI, *Diritto di morire o dovere di vivere?*, cit., 484; C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI (a cura di), *Biodiritto in dialogo*, Padova, 2006, 28; D. NERI, *Di quale vita si tratta? Considerazioni sul dibattito intorno al testamento biologico*, in S. RANDAZZO (a cura di), *Etica e diritto nella medicina di fine vita incontri interdisciplinari di biomedicina e biodiritto*, Roma, 2010, 55; E. FURLAN, *Saggio introduttivo. Dignità umana e bioetica: risorse e problemi di una nozione fondamentale*, in ID. (a cura di), *Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, Milano, 2009, 13.

¹¹⁵ G. BRUNELLI, *Frontiere della democrazia*, cit., 28. Una legge, *id est*, predisposta secondo un «metodo laico», vale a dire che sia «espressione di uno Stato pluralista [il quale] non può rinunciare a regole della legislazione, del ruolo del legislatore, della stessa interpretazione che conducano a soluzioni aperte e condivise», così M. D'AMICO, *I diritti contesi*, Milano, 2008, 173.

¹¹⁶ Si usa l'espressione con la stessa portata semantica con la quale è stata impiegata da AA.VV., *Aiuto medico a morire e diritto*, cit., 1 ss, e quindi in riferimento e all'aiuto al suicidio e all'omicidio del consenziente.

¹¹⁷ Sulla possibilità da riconoscere alla Corte costituzionale la capacità di regolare l'attuazione delle proprie decisioni e di attuarle, cfr. A. GRAGNANI, *Garanzia costituzionale della «libertà reale» e controllo accentrato di costituzionalità (in margine all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale)*, in *Diritti fondamentali*, 2, 2019, 60 ss.

¹¹⁸ E. ROSSI, *L'ordinanza n. 207 del 2018: un tentativo di reagire a omissioni (incostituzionali) del legislatore?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6, 2019, 6.

non posta in essere da *quel* Parlamento durante gli undici mesi a disposizione¹¹⁹, ma che *ora* servono per assicurare l'auto-applicabilità della decisione e l'assenza di lacune: il riferimento esclusivo alle strutture pubbliche del servizio sanitario; l'intervento di un organo collegiale terzo; il riconoscimento dell'obiezione di coscienza; la necessità del pre-requisito dell'avvio di un percorso di cure palliative. Queste le *integrazioni* alla procedura medicalizzata già presente nell'ordinamento ex l. n. 219 del 2017 (artt. 1, cc. 4-6, e 2) e che per la Corte è estensibile alle situazioni che qui vengono in rilievo.

Prima di analizzarle una per una, pare opportuna una precisazione.

La Corte¹²⁰ – scrivendo una inedita doppia pronuncia di incostituzionalità¹²¹ – distingue¹²², quindi, una efficacia *pro futuro* rispetto alla pubblicazione della sentenza in Gazzetta Ufficiale ed una *pro passato* per gli accadimenti già trascorsi, per far valere, evidentemente, la rilevanza della questione¹²³. Ciò significa che un futuro caso perfettamente rientrante in quello dalla Corte idealtipizzato (quello di “Cappato/Dj Fabo”, ovvero sia aiuto al suicidio che si consuma in altro Stato)¹²⁴ e che non segua la procedura

¹¹⁹ L'aver proceduto nel modo che sottolineeremo, vale a dire andando al di là dello stretto e minimo necessario in grado di colmare il *vulnus* già rilevato e quindi in grado di risolvere *quel* problema di legittimità costituzionale che colpiva la norma incriminatrice, paradossalmente, *solleva* il legislatore da un intervento che poteva (ma non lo è più) essere considerato non più procrastinabile per le doverose competenze che sono proprie del legislatore. Per come si sottolineerà più avanti sempre nel testo, il legislatore silente darà modo alla collaborazione fra giudici e Corte di riscrivere la norma dell'art. 580 c.p. limitando – di volta in volta e sempre su casi concreti (si pensi al caso di Davide Trentini) – la restrizione della fattispecie paternalistica con una sua teleologica parziale torsione.

¹²⁰ Oltre a non fare propria una proposta dottrinale per cui la sentenza di illegittimità costituzionale parziale ablativa avrebbe potuto «limitarsi a un dispositivo recante la sola precisazione che le quattro condizioni risultino “medicalmente accertate”, sulla falsariga della richiamata sent. n. 27/1975, affidando alla motivazione in diritto il mero riferimento all'attuale vigenza della “proceduta medicalizzata” prevista dalla legge n. 219/2017. In tal modo sarebbero contestualmente sedati sia i timori del “vuoto di tutela legale” paventati dalla Corte nell'ord. n. 207, sia i timori di quanti si mostrano prudenzialmente avversi agli sconfinamenti del Giudice costituzionale nell'area della “legislazione positiva”», così M. CECCHETTI, *Appunti diagnostici e prognostici in vista della definizione del giudizio costituzionale sul “caso Cappato”*, in *Federalismi*, 17, 2019, 21. Questa tesi dottrinale, che garantisce, per come richiesto dalla Corte (ord. n. 207/2018, p.to 10 *cons. in dir.*) un controllo *ex ante* sull'effettiva sussistenza delle condizioni di condizioni legittimanti la circoscrizione/delimitazione dell'area di non punibilità dell'aiuto al suicidio, appariva pienamente condivisibile anche e soprattutto dinanzi alla preventiva scelta – operata dalla Corte – di porre fra i presupposti della richiesta quello della presenza di trattamenti di sostegno vitale.

¹²¹ C. CUPELLI, *Il parlamento decide di non decidere*, cit., 51; R. PESCATORE, *op. cit.*, 1 ss.

¹²² Attraverso «una diversa scansione del contenuto della pronuncia sul piano temporale», Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 7 *cons. in dir.*

¹²³ «Riguardo ai fatti anteriori la non punibilità dell'aiuto al suicidio rimarrà subordinata, in specie, al fatto che l'agevolazione sia stata prestata con modalità anche diverse da quelle indicate, ma idonee comunque sia a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti. Occorrerà dunque che le condizioni del richiedente che valgono a rendere lecita la prestazione dell'aiuto – patologia irreversibile, grave sofferenza fisica o psicologica, dipendenza da trattamenti di sostegno vitale e capacità di prendere decisioni libere e consapevoli – abbiano formato oggetto di verifica in ambito medico; che la volontà dell'interessato sia stata manifestata in modo chiaro e univoco, compatibilmente con quanto è consentito dalle sue condizioni; che il paziente sia stato adeguatamente informato sia in ordine a queste ultime, sia in ordine alle possibili soluzioni alternative, segnatamente con riguardo all'accesso alle cure palliative ed, eventualmente, alla sedazione profonda continua. Requisiti tutti la cui sussistenza dovrà essere verificata dal giudice nel caso concreto», così Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 7 *cons. in dir.*

¹²⁴ Oltre al fatto che viene definitivamente abbandonata la possibilità di una interpretazione *restrittiva* dell'*esecuzione in ogni modo* di cui ci parla l'art. 580 c.p. pur avanzata da molti in dottrina e sposata anche da alcuni giudici penali. Si rinvia per tutti a C. SILVA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2017, 312 ss.

indicata dalla l. n. 219 del 2017 così come integrata dalla Corte costituzionale (si pensi, in special modo, al riferimento fatto al servizio sanitario nazionale, che è appunto italiano) non sarà scriminato, ma soggetto alla punibilità *ex art.* 580 c.p., articolo questo non sindacato – per come poco più sopra già sottolineato – sulla misura della pena.

Ritorniamo, quindi, alle integrazioni alla procedura medicalizzata necessaria ad assicurare un controllo *ex ante*¹²⁵ sulla presenza delle condizioni “sussunte dal caso”, e non già ad uno *ex post* a cui la rimessione dell’accertamento affidato al giudice sarebbe in sé fatalmente “inefficace”. La disciplina normativa che introduce la Corte, quindi, almeno nelle intenzioni, serve a colmare un vuoto seguente e conseguente alla sua declaratoria parziale di incostituzionalità. Pur riconoscendo la *ratio* che sottende tale modo di procedere, si può notare che la lacuna denunciata non sarebbe stata poi così evidente¹²⁶, bastando anche un mero accertamento delle strette condizioni richieste, in un contesto che d’altronde è medicalizzato¹²⁷. Anzi, se non si fosse deciso in tal modo, forse, si sarebbero potute mitigare le più che condivisibili preoccupazioni (di sistema) avanzate da autorevole dottrina¹²⁸.

¹²⁵ Cfr. *retro* la nota 120.

¹²⁶ Per come, invece, supposto da L. ANTONINI, *I deboli e vulnerabili nelle nuove frontiere dell’autodeterminazione*, cit., 8, per il quale si è voluto scongiurare il rischio di una «sorta di “aiuto di suicidio all’italiana”».

¹²⁷ Si rinvia di nuovo a nota 120, ed anche (ancora condivisibilmente) a P. CARNEVALE, *Sull’esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato*, cit., 370; C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità dell’aiuto al suicidio*, cit., 11; C. CUPELLI, *Il parlamento decide di non decidere*, cit., 42, che così schematizza «la richiesta di essere agevolati al suicidio da parte di una persona “capace di agire” dovrà essere: a) espressa nelle forme previste per il consenso informato e dunque “nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente”; b) documentata “in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare”; c) inserita nella cartella clinica, ferma restando ovviamente “la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà” (il che, con riguardo all’aiuto al suicidio, “è insito nel fatto stesso che l’interessato conserva, per definizione, il dominio sull’atto finale che innesca il processo letale”). Inquadrandosi la materia nell’ambito della relazione terapeutica, il medico, dal canto suo, dovrà: i) prospettare al paziente “le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative”; ii) promuovere “ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica”; iii) dare conto nella cartella clinica tanto “del carattere irreversibile della patologia”, quanto delle “sofferenze fisiche o psicologiche”, dal momento che “il promovimento delle azioni di sostegno al paziente, comprensive soprattutto delle terapie del dolore, presuppone una conoscenza accurata delle condizioni di sofferenza”» corsivi dell’A.

¹²⁸ A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore*, cit., 1 ss. L’A., però, arriva a sostenere che con la decisione commentata la Corte afferma l’anima politica a completo detrimento di quella giurisdizionale superando la fisiologica presenza di entrambe le anime che coabitano nell’organo della giustizia costituzionale, arrivando, semmai, a sbilanciarsi l’una a favore dell’altra. E tuttavia, come è stato autorevolmente sottolineato – «[f]ortunatamente il rivoluzionario superamento delle “rime obbligate”, che certo vincola i giudici, non vincola però il legislatore [...]; la] “concessione” che la Corte fa al legislatore di poter poi “individuare” un’altra, e più congrua, norma idonea a garantire il rispetto del valore costituzionale leso è indice del limite estremo che la stessa Corte sa di non poter valicare», così A. SPADARO, *I limiti «strutturali» del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q. l. c.*, in *Rivista Aic*, 4, 2019, 165 ss. Il riferimento fatto alle “anime” della giustizia va, come è noto, agli studi del Maestro Alessandro Pizzorusso e, quindi, il rinvio va al recente Volume in suo onore: AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, cit. Che si tratti di una «decisione politica» è la chiara denuncia che avanza, nei suoi plurimi studi, C. TRIPODINA; qui ci si limita a rinviare al suo ultimo *La “circoscritta area” di non punibilità dell’aiuto al suicidio*, cit., 17. Cfr., altresì, E. FURNO, *Il “caso Cappato” ovvero dell’attivismo giudiziale*, in *Osservatorio Aic*, 1, 2020, 315.

Rispetto alla prima condizionalità richiesta per la liceità dell'agevolazione al suicidio, per la Corte la verifica delle condizioni previste «deve restare»¹²⁹ nella competenza delle strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale, non limitandosi a prevedere che il trattamento richiesto sia comunque a carico dello stesso. Con l'espressione *deve restare* – come è ovvio che sia – si fa riferimento alla circostanza per cui la struttura pubblica sia la *naturale* sede in cui deve svolgersi la relazione medico-paziente finalizzata anche alla richiesta dell'aiuto al suicidio, non potendo avanzarsi altre ipotesi interpretative per il semplice motivo che prima della pronuncia di incostituzionalità parziale dell'art. 580 c.p. tale norma vietava in modo assoluto il trattamento ora possibile.

Si legge in questa previsione, ma non solo in questa, la *cautela*¹³⁰ con cui la Corte ha proceduto, conscia dell'esercizio di ampia discrezionalità che ha praticato non senza il costante richiamo all'opportunità di un intervento del legislatore per una disciplina il più possibile organica della materia. Si ripropone il *leitmotiv* della decisione “apro ma non troppo”. L'obiettivo della Corte è *in primis* quello di assicurare un controllo *pubblico* delle richieste di aiuto al suicidio e, quindi, della loro stretta corrispondenza ai presupposti da essa stessa dettati. Autorizzazioni e controlli pubblici, dunque, e in strutture che devono garantire a norma di legge (la n. 38 del 2010) tutte le cure possibili comprese quelle palliative atte a contenere, se non ad eliminare, le sofferenze.

Ma le cure palliative sono assicurate anche dalle strutture convenzionate (*ex art. 5, l. n. 38/2010*) che del resto l'art. 8 *quater*, d.lgs. n. 502 del 1992, definisce «equiparate» alle strutture pubbliche, e tutte le strutture (pubbliche o private che siano) sono (o dovrebbero almeno in teoria essere) nelle condizioni di garantire le condizioni di *cautela* richieste dalla Corte.

Vi è anche un altro presupposto – direttamente collegato al primo e che compare fra quelli richiamati dalla Corte – che andrebbe rivisto per essere eventualmente superato. Ed infatti, fra i limiti che non paiono in linea con la previsione di un processo medicalizzato in quanto riguardano aspetti non perfettamente rientranti in questo, ma che pur si intende mantenere sotto controllo, vi è la previsione per cui è obbligatorio l'intervento del comitato etico territorialmente competente. Competente, però, almeno *rebus sic stantibus*, per le questioni connesse alla sperimentazione dei farmaci e delle terapie e non già per quelle inerenti la materia del suicidio assistito; per non dire altro in ordine alla composizione del comitato (non solo medica), alla possibile differenziazione territoriale delle sue decisioni (se il parametro si allontana dal rispetto dei presupposti di fattività), alla stessa incertezza sulla natura del parere (vincolante o meno).

Non si comprende, per tanto, quale possa essere il ruolo di tale comitato che per definizione dovrebbe limitarsi esclusivamente a *doppiare* (controllandola) la valutazione del medico circa la presenza dei presupposti legittimanti la richiesta; la Corte non dispone che tale controllo sia esercitato da un altro medico o da un comitato solo tecnico, ma che a farlo sia per l'appunto un comitato etico¹³¹. Ma non si

¹²⁹ Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 5 *cons. in dir.*

¹³⁰ Di riduzione dell'incertezza applicativa parla G. REPETTO, *La Corte, il caso Cappato e la “parola che squadra da ogni lato”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6, 2019, 7.

¹³¹ Secondo l'art. 2, lett. k, della direttiva 2001/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 aprile 2001 concernente il *ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri relative all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione della sperimentazione clinica di medicinali ad uso umano*, si definisce il *comitato etico* come un organismo indipendente in uno Stato membro, composto di personale sanitario e *non*, incaricato di garantire la tutela dei diritti, della sicurezza e del benessere dei soggetti

comprende perché tale ruolo debba essere esercitato proprio da un comitato *etico*. Il parere seppure obbligatorio dovrebbe essere non vincolante¹³² (anche se non sembra che sia così¹³³), perché esterno al rapporto medico-paziente, che ha natura scientifico-relazionale e non di verità-etica. Il futuro intervento legislativo¹³⁴, se mai giungesse, potrebbe eliminare tale previsione pretoria affidando alla medesima struttura sanitaria la valutazione sull'*iter* medicalizzato che deve rientrare nella scriminante procedurale che legittima l'intervento di aiuto medicalizzato al suicidio. Detto in altro modo, nella procedura di controllo, il controllore deve limitarsi solo ed esclusivamente alla verifica della legittimità della richiesta, accertando, ad esempio, se si è o meno in presenza di un caso di malattia incurabile, se il paziente è tenuto in vita da trattamenti sanitari specifici, ecc.

Per la Corte, la previsione di un organo collegiale *terzo ed etico*, munito delle adeguate competenze, che controlli l'operato del medico e l'*iter* medicalizzato, ha il fine precipuo, richiesto dal rilevante valore in gioco, di «garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità»¹³⁵. È come se per la Corte tali situazioni potrebbero non essere sufficientemente protette senza un controllo che sia anche di natura anche etica. Le conseguenze di tale affermazione hanno una ricaduta talmente rilevante sull'intero rapporto medico-paziente che la previsione del comitato avrebbe meritato qualche argomentazione in più e non già essere posta come mera asserzione. Questa previsione disciplinare pare rispondere non tanto ad una *mite* scriminante procedurale quanto piuttosto all'implicito riconoscimento di quel «grano di verità dell'argomento del piano inclinato» che, seppur mai citato dalla Corte, sembra essere assunto a paradigma metodologico o, almeno, a presenza pregiudiziale¹³⁶.

della sperimentazione e di fornire pubblica garanzia di questa tutela, emettendo, ad esempio, pareri sul protocollo di sperimentazione, sull'idoneità dello o degli sperimentatori, sulle strutture e sui metodi e documenti da impiegare per informare i soggetti della sperimentazione prima di ottenerne il consenso informato. La normativa nazionale – in particolar modo il riferimento va a fonti secondarie – è quella richiamata dalla stessa Corte: art. 12, comma 10, lett. c), d.-l. n. 158 del 2012; art. 1 D.M. Salute 8 febbraio 2013, *Criteri per la composizione e il funzionamento dei comitati etici*; artt. 1 e 4 DM Salute 7 settembre 2017, *Disciplina dell'uso terapeutico di medicinale sottoposto a sperimentazione clinica*. Dunque, allontanandosi anche, per composizione e funzioni, dal Comitato interdisciplinare a cui rinvia la Corte costituzionale colombiana, riferimenti in C. GUERRERO PICÓ, *Colombia*, in *Decisioni di fine vita e d'ausilio al suicidio*, Corte costituzionale. Servizio studi – area di diritto comparato, a cura di P. PASSAGLIA, in www.cortecostituzionale.it, 64 ss. Si rinvia a tale contributo anche per sottolineare come in quell'ordinamento vi è la *capacità* di ottenere un seguito delle decisioni pronunciate dal Tribunale. Si rinvia altresì, per l'analisi di quei comitati, sui termini di costituzione e di composizione, sulla competenza a *sostituire* un medico obiettore, entro il termine perentorio di massimo un giorno dalla richiesta di obiezione.

¹³² C. DI COSTANZO, A. SIMONCINI, *Il contributo della Corte costituzionale allo sviluppo del biodiritto*, in *Rivista di Biodiritto, Special Issue*, 2, 2019, 231.

¹³³ Alto sarebbe il rischio di una previsione inutile e non risolutiva del procedimento scriminante. Per la sua vincolatività spingono le norme legali, cfr. almeno l'art. 3, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 211/2003.

¹³⁴ «Nelle more dell'intervento del legislatore, tale compito è affidato ai comitati etici territorialmente competenti»: Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 5 *cons. in dir.*

¹³⁵ Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 5 *cons. in dir.* Anche se l'impressione di essere dinanzi ad un mero aggravio procedurale dalle imprevedibili conseguenze per la garanzia dei diritti fondamentali pare più che fondata: M. D'AMICO, *Il "fine vita"*, cit., 14.

¹³⁶ Per una critica alle argomentazioni che sovente vengono addotte per opporsi alla legalizzazione delle pratiche eutanasiche (complessivamente intese), e che ci pare abbiano una valenza non prettamente giuridica, quanto piuttosto politico-sociale, si rinvia a U. ADAMO, *Costituzione e (processo del) fine vita*, cit., 175 ss. Richiamano da ultimi il rischio dello scivolamento sul piano inclinato, F. VARI, F. PIERGENTILI, *"Di libertà si può anche morire"*. *Brevi note sulla (imminente) dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Diritti fondamentali*, 21

Bisogna, ora, richiamare la terza scelta effettuata dalla Corte, fatta passare – almeno a noi così pare – come una non-scelta: la previsione dell’obiezione di coscienza.

«Quanto, infine, al tema dell’obiezione di coscienza del personale sanitario, vale osservare che la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell’aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici. Resta affidato, *pertanto*, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato»¹³⁷.

L’obiezione di coscienza, al di là del suo fondamento costituzionale¹³⁸, ha (avrebbe) bisogno di una esplicita previsione legislativa per le importanti conseguenze che produce per l’esercizio dei diritti e per le ricadute sul dovere di prestare il proprio servizio professionale¹³⁹. Quindi, tutt’altro che non regolazione normativa della materia della libertà di coscienza, come sembrerebbe affermare la Corte¹⁴⁰, che, non solo ha dequotato la richiesta di libertà e di autodeterminazione a mera richiesta da esaudire quasi si trattasse di un desiderio e non di un diritto¹⁴¹ («*esaudire* la richiesta del malato»), ma ha di fatto introdotto la possibilità per i medici di esercitare l’obiezione di coscienza nel loro esercizio professionale a prescindere, per l’appunto, da una previsione legale, come se si trattasse di un mero riconoscimento di ciò che già esiste.

ottobre 2019, 6; M. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, in *Sistema Penale*, 8 gennaio 2020, 10.

¹³⁷ Quello riportato è l’intero p.to 6 di Corte cost., sent. n. 242/2019; il corsivo è nostro.

¹³⁸ Ex artt. 2, 19, 21 Cost.: Corte cost., sentt. nn. 117 del 1979, 467/1991. In dottrina, almeno, A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, X, Milano, 1995, 242 ss.; G. GEMMA, *Obiezione di coscienza ed osservanza dei doveri*, in S. MATTARELLI (a cura di), *Il senso della Repubblica. Doveri*, Milano, 2007, 57 ss., in spec. 67; D. PARIS, *L’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; G. DI COSIMO, A. PUGIOTTO, S. SICARDI, *La libertà di coscienza*, Napoli, 2015;

¹³⁹ Si precisa fin da subito che l’obiezione di coscienza viene prevista per una categoria di lavoratori che liberamente esercitano la propria professione, senza obbligo, quindi, di praticarla (non si rientra, pertanto, in quelle ipotesi di dovere gravanti, ad esempio, fino a qualche anno fa sui giovani italiani costretti all’esercizio di leva senza escludere l’ipotesi di partecipare a campagne militari (si v., quindi, la legge n. 772 del 1972 e Corte cost., sent. n. 409/1989), e che la Corte già nella ordinanza n. 207 ne parlava come possibilità rimessa alla discrezionalità del legislatore. Sul punto 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 *Consulta Online*, I, 2019, 107. Sul punto, e in modo più conciliante con la tesi fatta nostra, G. DI COSIMO, *Libertà di coscienza e scelta della cura*, in ID., A. PUGIOTTO, S. SICARDI, *La libertà di coscienza*, cit., 7 ss.; F. RIMOLI, *Diritto di morire o dovere di vivere?*, cit., 502. Si v. A. PIOGGIA, *Consenso informato e rifiuto di cure: dal riconoscimento alla soddisfazione del diritto. A proposito della sentenza Tar Lombardia 214 del 2009*, in *Astrid*, 5; F. GRANDI, *Questioni di coscienza del pubblico potere: risvolti costituzionali dell’infedeltà/inosservanza dell’Amministrazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2016, 1289 ss.; E. CANALE, I. DEL VECCHIO, *La (mancanza di una) clausola di coscienza nella legge italiana sul fine vita*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 1-bis, 2 ss.

¹⁴⁰ In chiara difformità da quanto affermato in Corte cost., ord. n. 207/2018, p.to 10 *cons. in dir.*, in cui si parlava di scelta legislativa meramente possibile e quindi non doverosa.

¹⁴¹ Nella decisione chiara è l’argomentazione – vale a dire la tutela di un diritto – che porta la Corte a indicare il verso della pronuncia, seppure in assenza delle “rime obbligate”: il suo intervento non è rinviabile perché essa è «posta di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a *diritti fondamentali* – [...dovendovi, quindi,] porvi rimedio», così Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 4 *cons. in dir.* Molto condivisibile sul punto è la tesi sostenuta da C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità dell’aiuto al suicidio*, cit., 14. *Contra*, A. NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale*, cit., 10.

Non volendo sottacere la ripercussione ordinamentale che può ingenerare questa previsione, si vuole proporre una lettura che possa “disinnescare” le potenziali conseguenze nel caso di una adesione diffusa se non proprio capillare dell’adesione dei medici alle proprie coscienze. Seppure la Corte si sia limitata a sindacare solo l’articolo 580 c.p., ha di fatto prescritto che il servizio sanitario nazionale deve comunque *obbligatoriamente* garantire l’applicazione del diritto che viene riconosciuto («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.»)¹⁴². Dovrebbe comunque ormai essere assodato¹⁴³ non soltanto che le amministrazioni sanitarie (e per la Corte solo quelle del servizio sanitario nazionale)¹⁴⁴ non possono invocare motivi di coscienza, in quanto solo gli individui ne hanno una, mentre quella delle istituzioni è «costituita dalle leggi che le regolano», ma anche che l’eventuale tutela delle coscienze individuali non deve minare il corretto svolgimento della funzione pubblica servente il servizio pubblico assistenziale nazionale.

Pur ribadendo quanto detto, non si tace sulla tesi per cui la disciplina dell’obiezione di coscienza richiederebbe il necessario intervento del legislatore per le più che rilevanti ripercussioni che la disciplina medesima è in grado di produrre sui diversi beni costituzionali che possono venire in gioco. Una legge che regolamenti l’obiezione di coscienza, infatti, dovrebbe specificatamente prevedere le procedure e le attività che in concreto possono essere omesse dal personale sanitario, escludendosi, come è ovvio che sia, l’assistenza generale verso il paziente. La legge dovrebbe tipizzare il comportamento medico¹⁴⁵ e quindi definire quali i casi in cui sarebbe configurabile il reato di omissione o abuso d’atti d’ufficio¹⁴⁶. Senza il passaggio argomentativo della Corte costituzionale prima richiamato (che di fatto e di diritto riconosce la libertà di coscienza ai medici non solo come immanente nell’ordinamento, ma, e

¹⁴² Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 2.3 *cons. in dir.*

¹⁴³ Con Cons. St., sez. III, sent. 2 settembre 2014, n. 4460, p.to 55.6 *Diritto*.

¹⁴⁴ Escludendo gli enti confessionali, G. RAZZANO, *La legge n. 219/2017*, cit., 70 ss.

¹⁴⁵ E financo la sincerità delle obiezioni addotte (M. AINIS, *Dall’obiezione di coscienza all’obiezione di massa*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2009, 905), anche se di quasi impossibile accertamento (G. DI COSIMO, *Libertà di coscienza*, cit., 20).

¹⁴⁶ Si v. il Parere 21 luglio 2016, n. 1695, *Schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri recante Disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell’archivio dello stato civile ai sensi dell’articolo 1, comma 34, della legge 20 maggio 2016, n. 76* (in tema di obiezione di coscienza avanzata dagli ufficiali di governo richiesti di celebrare l’unione civile, ma previste dalla legge che introduce nel nostro ordinamento l’istituto dell’unione): «[r]itiene il Consiglio di Stato che il rilievo giuridico di una “questione di coscienza” – affinché soggetti pubblici o privati si sottraggano legittimamente ad adempimenti cui per legge sono tenuti – può derivare soltanto dal riconoscimento che ditale questione faccia una norma, sicché detto rilievo, che esime dall’adempimento di un dovere, non può derivare da una “auto-qualificazione” effettuata da chi sia tenuto, in forza di una legge, a un determinato comportamento. Il primato della “coscienza individuale” rispetto al dovere di osservanza di prescrizioni normative è stato affermato – pur in assenza di riconoscimento con legge – nei casi estremi di rifiuto di ottemperare a leggi manifestamente lesive di principi assoluti e non negoziabili (si pensi alla tragica esperienza delle leggi razziali). In un sistema costituzionale e democratico, tuttavia, è lo stesso ordinamento che deve indicare come e in quali termini la “coscienza individuale” possa consentire di non rispettare un precetto vincolante per legge. Allorquando il Legislatore ha contemplato (si pensi all’obiezione di coscienza in materia di aborto o di sperimentazione animale) l’apprezzamento della possibilità, caso per caso, di sottrarsi ad un compito cui si è tenuti (ad esempio, l’interruzione anticipata di gravidanza), tale apprezzamento è stato effettuato con previsione generale e astratta, di cui il soggetto “obietttore” chiede l’applicazione».

soprattutto, come un diritto che non abbisogna di una interposizione legislativa per una sua regolazione)¹⁴⁷, è bene precisarlo, non si sarebbe potuti addivenire ad una applicabilità in via analogica di altre disposizioni (di eccezione alla regola) pur presenti nell'ordinamento che prevedono l'obiezione di coscienza dei medici. Si afferma ciò per rilevare l'importanza del passaggio della decisione e rimarcare che la Corte ha compiuto una scelta. In mancanza del passaggio motivazionale della Corte, infatti, solo la legge *abilitativa* dell'obiezione di coscienza per i medici richiesti di aiuto al suicidio medicalizzato avrebbe costituito un'eccezione alla regola generale del loro dovere professionale¹⁴⁸, proprio in quanto l'obiezione di coscienza è istituto eccezionale che consente (previo bilanciamento) la possibilità che la convinzione (la tutela del *foro interno* secondo il paradigma antigoniano) di certuni si imponga su quella di cert'altri, soprattutto quando in rilievo vi è una tutela costituzionale *ex artt.* 2, 13 e 32 Cost., così come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale, oltre che della libertà di coscienza dello stesso paziente. Proprio per tale motivo – oltre che per evidenti ragioni della stessa stabilità dell'ordinamento che non può mettere in discussione la prescrittività normativa (soprattutto se *ex post*)¹⁴⁹ – la previsione legale dell'obiezione di coscienza (generalmente parlando) non ha una *doverosità* costituzionale¹⁵⁰.

¹⁴⁷ In difformità, si potrebbe rilevare, ad esempio, da Corte EDU, caso *Pichon e Sajous c. Francia*, 2 ottobre 2001 (sul rifiuto di alcuni farmacisti associati di vendere la pillola contraccettiva), ma soprattutto da Corte cost., sent. 43/1997, p.to 5 *cons. in dir.*: la protezione dei cc.dd. diritti della coscienza «non può ritenersi illimitata e incondizionata. Spetta innanzitutto al legislatore stabilire il punto di equilibrio tra la coscienza individuale e le facoltà ch'essa reclama, da un lato, e i complessivi, inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale che la Costituzione (art. 2) impone, dall'altro, affinché l'ordinato vivere comune sia salvaguardato e i pesi conseguenti siano equamente ripartiti tra tutti, senza privilegi». In dottrina, per tutti, E. Rossi, *Obiettare è boicottare? L'ambiguità dell'obiezione di coscienza e i fini dell'ordinamento*, in *Rivista di Biodiritto, Special Issue*, 2, 2019, 127 ss. e 138.

¹⁴⁸ Se si riconosce il diritto, a certe condizioni, di essere agevolati a morire per porre fine alle proprie sofferenze, non si può rilevare l'assenza di uno speculare dovere di agevolare chi chiede che la propria dignità (ord. n. 207/2018) sia tutelata attraverso l'aiuto per l'esercizio del principio di autodeterminazione, così come riconosciuto dalla Corte costituzionale che è arrivata ad escludere la punibilità di tale aiuto se il percorso è inserito in una scriminante procedurale. Diversamente ragionando, si sarebbe dinanzi ad una mera *petitio principii* e il *vulnus* rilevato con tanta forza dalla Corte non sarebbe più imputabile alla legge ma al dato fattuale. Un diritto ineffettivo, non azionabile, non è un diritto, ma una mera libertà, che – come nel caso esaminato – non sarebbe neanche possibile realizzare fattivamente. Si è dinanzi ad una situazione giuridica soggettiva che, nella misura in cui l'ordinamento constata la presenza di requisiti e modalità di esecuzione, permette che si avanzi una pretesa (un diritto in senso stretto) per una prestazione (proprio) dal servizio sanitario nazionale. Il diritto in parola è tanto più prescrittivo in quanto la tutela è a livello costituzionale, è presente nelle pieghe della Costituzione che è norma prescrittiva ed addirittura nell'alveo dell'art. 32 Cost., nella misura in cui l'aiuto in questione rappresenta – sempre per la Corte – il completamento del diritto al rifiuto delle cure. Adesivamente a quanto appena affermato è C. CUPELLI, *Il parlamento decide di non decidere*, cit., 50 s.; contrariamente, invece, L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019*, cit., 2. Parlano di diritto C. MASCIOTTA, *La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirompenti implicazioni*, in *Consulta online*, 1, 2020, 70 e 73; L. POLI, *op. cit.*, 6; O. CARAMASCHI, *La Corte costituzionale apre al diritto all'assistenza nel morire in attesa dell'intervento del legislatore (a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio Aic*, 1, 2020, 380, mentre di libertà C. DI COSTANZO, A. SIMONCINI, *Il contributo della Corte costituzionale allo sviluppo del biodiritto*, cit., 238.

¹⁴⁹ Sarebbe il giudice a dover sindacare caso per caso il comportamento di chi si è professato obiettore.

¹⁵⁰ Solo il legislatore in effetti è nella possibilità di rilevare l'eventuale *particolarità* degli obblighi professionali e, semmai, normare in tema di obiezione di coscienza, anche per non incorrere in quella che molti definiscono la rottura della struttura relazionale del diritto. In tal caso saremmo dinanzi ad una normazione *ragionevole* (E.

Solo la legge permette di offrire un primo bilanciamento tra beni costituzionali¹⁵¹ così come avviene ad esempio per il ricorso alla pratica abortiva¹⁵² e a quella della procreazione medicalmente assistita¹⁵³. D'altronde un bilanciamento tra altri beni è posto dalla Corte nella misura in cui indica (e lo fa in modo financo stringente) i presupposti per la richiesta di aiuto al suicidio medicalizzato.

Detto in altro modo, senza precise disposizioni che attenuino le potenziali ricadute pratiche di una obiezione di coscienza *praeter legem* e che, almeno in prima battuta, definisca i soggetti identificati (i medici), il come e il quando sarebbe permesso il ricorso all'obiezione di coscienza, e quindi il ragionevole punto di equilibrio tra l'autodeterminazione (con limiti) del paziente e la tutela della coscienza del medico, ci troveremmo nell'ipotesi in cui se si presentasse il conflitto fra i due beni, questo sarebbe risolto, in modo tirannico, a favore di uno solo, vale a dire del secondo¹⁵⁴. Verrebbe così meno proprio quell'obbligo della prestazione a carico dell'SSN pur assegnato dalla Corte.

Con l'affermazione tutt'altro che neutrale espressa dalla Corte costituzionale, la posizione del paziente, già debole perché *dipendente*, non è potenzialmente preservata, non solo perché manca un punto di equilibrio di tutela di tutti i beni che vengono in rilievo, ma soprattutto perché non è stato *legalizzato* un punto di equilibrio che sia ragionevole. Dovrà essere l'amministrazione sanitaria a disporre tutte le cautele del caso per assicurare che la richiesta di aiuto trovi un seguito nella amministrazione medesima.

ROSSI, *Obiettare è boicottare?*, cit., 127; P. VERONESI, *Per una legge sull'aiuto al suicidio (e l'eutanasia volontaria) dopo l'ord. cost. n. 207 del 2018: una possibile mappa*, in *Studium Iuris*, 5, 2019, 570). Nell'ipotesi in cui si normasse l'obiezione di coscienza in materia di disposizioni anticipate di trattamento, tale previsione sarebbe, invece, da considerarsi come *irragionevole* (ma sul punto ci si permette di rinviare al nostro *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in *Rivista Aic*, 3, 2018, 131 ss.); la Corte, in fin dei conti, con il rilievo dato al passaggio analizzato nel testo, è cosciente che le due situazioni (lasciarsi morire e chiedere un aiuto a morire) fino a quel momento della decisione trattate in termini di eguaglianza, costituiscono differenti fattispecie tanto da dover prevedere l'obiezione di coscienza: M. PICCHI, *Considerazioni a prima lettura sulla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, in *OsservatorioSullefonti.it*, 3/2019, 5. Inoltre, il paradosso di un esercizio di obiezione di coscienza in mancanza di una previa previsione legale sarebbe quello per cui chiunque avanzasse obiezione di coscienza sarebbe nei fatti insindacabile, perché l'eventuale giudice non avrebbe alcun parametro di riferimento.

¹⁵¹ Del resto in Corte cost., sent. n. 467/1991, p.to 4 *cons. in dir.* si legge che «la sfera intima della coscienza individuale deve essere considerata come il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana che circonda quei diritti [artt. 19 e 21 Cost.], riflesso giuridico che, nelle sue determinazioni conformi a quell'idea essenziale, esige una tutela equivalente a quella accordata ai menzionati diritti, vale a dire una tutela proporzionata alla priorità assoluta e al carattere fondante ad essi riconosciuti nella scala dei valori espressa dalla Costituzione italiana. Sotto tale profilo, se pure a seguito di 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, la sfera di potenzialità giuridiche della coscienza individuale rappresenta, in relazione a precisi contenuti espressivi del suo nucleo essenziale, un valore costituzionale così elevato da giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili (c.d. obiezione di coscienza)».

¹⁵² Art. 9, l. n. 194/1978 *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*.

¹⁵³ Art. 16, l. n. 40/2004 *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*.

¹⁵⁴ Nello stesso senso cfr. M. D'AMICO, *Il "fine vita"*, cit. 16; P. VERONESI, *"Ogni promessa è debito"*, cit.

L'ultimo limite di creazione pretoria è quello che fa riferimento (come già nell'ordinanza del 2018) al pre-requisito dell'avvio di un percorso di cure palliative. Se nel 2018¹⁵⁵ si riteneva *possibile* la norma-zione parlamentare circa la previsione come pre-requisito per la richiesta di aiuto al suicidio del coinvolgimento del paziente in un percorso di cure palliative, tale pre-requisito diventa obbligatorio¹⁵⁶ («deve costituire»)¹⁵⁷ nella decisione del 2019. Se da una parte si ritiene assolutamente opportuno il richiamo all'attuazione della legge n. 38/2010¹⁵⁸, l'affermazione per cui l'accesso alle cure palliative, ove idonee a eliminare la sofferenza, potrebbero distogliere dall'intenzione di congedarsi prematuramente dalla vita¹⁵⁹, nella sua assolutezza, pare dimostrare troppo: la palliazione delle sofferenze fisiche (di certo più che fondamentale e comunque da assicurare doverosamente *ex lege*) non elimina il fondamento della richiesta di aiuto a morire¹⁶⁰. È bene precisare che non è dimostrabile che la questione dell'aiuto al suicidio (e lo stesso varrebbe per l'omicidio del consenziente, entrambi medicalizzati) costituirebbe un problema sempre meno attuale nel caso di ricorso alle cure palliative in grado di lenire il dolore rendendo meno "disumano" il morire. L'inverso argomentare non parrebbe condivisibile, perché pur a fronte di ciò che lo Stato può e deve fare per ridurre al minimo la richiesta di aiuto a morire, non si può non prendere in considerazione che non sempre la terapia palliativa riesce a sedare efficacemente qualsiasi dolore e sofferenza terminale, e che anche un paziente adeguatamente sedato nelle sofferenze fisiche può non esserlo in quelle psicologiche, sociali e relazionali o, in ogni caso, nella

¹⁵⁵ Corte cost., ord. n. 207/2018, p.to 10 *cons. in dir.*

¹⁵⁶ Se non è nelle ipotesi di cui si sta discutendo la configurabilità delle cure palliative come un trattamento sanitario obbligatorio, obbligatoria dovrebbe essere la possibilità di farvi ricorso da parte di tutti e in tutte le strutture sanitarie pubbliche (è quindi urgente – ma non solo per questo – che piena e totale sia l'attuazione della l. n. 38/2010), rientrando nella scelta del paziente il consenso ad esse, in quanto si è dinanzi ad un diritto e non ad un dovere. Se invece, come sembra che sia, il ricorso alle cure palliative fosse doveroso per la validità della richiesta di aiuto a morire, allora si porrebbe la domanda sul *quantum* di cura palliativa debba essere accettato dal paziente per non apparire questa previsione come lesiva della libertà personale dello stesso. Il *quantum*, come lo stesso *an* del trattamento medesimo, sono evidentemente nella piena disponibilità del paziente e quindi del suo consenso (informato). Detto ciò, e rientrando nella drammaticità dei casi concreti da cui tutto origina, si sottolinea che si sta trattando di vicende in cui tutti, al di là della previsione come pre-requisito da apportare "burocraticamente" in cartella, sono inseriti in un sistema di cura tendente all'eliminazione o almeno all'importante riduzione del dolore; la richiesta che sottostà all'aiuto al suicidio non è quella di morire ma di terminare quella precisa esistenza che è di sofferenza fisica e psicologica per malattia grave ed incurabile.

¹⁵⁷ Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 2.4 *cons. in dir.* Sulla in-compatibilità fra le cure palliative e il suicidio assistito, cfr. G. RAZZANO, *La legge 219/2017*, cit., 97.

¹⁵⁸ Legge, del resto, drammaticamente *à la carte*, perché inattuata in molte sue parti e con evidenti disparità territoriali. Riferimenti in G. RAZZANO, *La legge 219/2017 su consenso informato e DAT*, cit., 94. Cfr. il *Rapporto sullo stato di attuazione della legge n. 38 del 15 marzo 2010 "Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore"*, a cura del Ministero della Salute, dell'anno 2019 per il periodo di riferimento 2015-2017, pubblicato anche in http://www.salute.gov.it/portale/documentazione/p6_2_2_1.jsp?lingua=italiano&id=2814.

¹⁵⁹ Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 5 *cons. in dir.*

¹⁶⁰ È la prognosi irreversibile di cecità, paralisi, e sofferenze insopprimibili, e tutt'al più parzialmente sedate, che è alla base della maturazione della decisione di mettere fine a una vita che veniva concepita come una galera. Significativa, da questa prospettiva, è anche la nota vicenda di D. Pretty, la quale non riceveva alcun beneficio dagli oppiacei, viveva in un contesto familiare assolutamente confortevole e senza problemi economici. Rispetto a quest'ultima osservazione, si può sottolineare che, almeno in Europa, l'aiuto a morire si inserisce in un contesto in cui l'assistenza sanitaria è gratuita; i costi della malattia, quindi, non gravano (non dovrebbero gravare), almeno direttamente, sul soggetto malato.

sofferenza interiore che lo porta ad affermare che lo stadio terminale e/o irreversibile della malattia che lo costringe ad una esistenza solo biologica non rende più la sua vita degna di essere vissuta.

5. Conclusioni. Questioni aperte per la giurisdizione e la politica

Nel trarre le conclusioni, non si vuole ribadire (seppur sinteticamente) ciò di cui si è già trattato; pare opportuno, invece, soffermarsi sulla richiesta informale a favore di un nuovo rinvio (che aveva in sé il rischio di minare la distinzione dei ruoli e l'indipendenza di un potere dello Stato) avanzata alla Corte costituzionale da parte del Senato della Repubblica (per voce del suo Presidente) stante l'istanza di procedere in tal senso da parte dei gruppi parlamentari appartenenti all'allora maggioranza, che pur avevano osteggiato politicamente il prosieguo dei lavori sulla legislazione di riforma dell'art. 580 c.p. A tal proposito, si ricordano le argomentazioni poste a base del ricorso proposto nel 2009 da parte del Senato e della Camera contro la Corte di Cassazione che dopo ben quindici anni di processi aveva posto la parola fine alla tristemente nota vicenda di Eluana Englaro. Il Senato e la Camera di allora scrissero che «la Cassazione avrebbe esorbitato dalla propria funzione nomofilattica, ledendo le attribuzioni assegnate dall'art. 70 della Costituzione al Parlamento: la fattispecie avrebbe dovuto essere decisa non già tramite un *non liquet*, ma riconoscendo l'infondatezza della pretesa alla luce del diritto vigente; infatti, spetterebbe al Parlamento adottare una soddisfacente disciplina diretta a regolare le scelte di fine vita [... La] riconduzione della tematica in parola all'interno del circuito della rappresentanza politica parlamentare consente di assicurare la partecipazione delle più svariate componenti della società civile, ivi comprese quelle espressioni del mondo scientifico, culturale, religioso. Secondo una impostazione che appare difficilmente contestabile il ricorso alla legge permette di rispettare il principio dell'art. 67 della Costituzione nella adozione di scelte di sicuro interesse dell'intera comunità nazionale, in particolar modo in presenza di una disciplina dei diritti fondamentali "riservata alla legge"».

Dopo aver ricordato che la legge sulle disposizioni anticipate di trattamento è giunta (solo) dopo 8 anni da quando le Camere si espressero nel modo appena riportato, si ricorda che la Corte rispose in modo esemplare con le seguenti laconiche parole per ricordare ciò che definire lapalissiano è dire poco: «il parlamento [che è] titolare del potere legislativo [...] può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti»¹⁶¹.

La Corte, a distanza di undici anni da quella celebre pronuncia, nel solco di questa giurisprudenza ma compiendo un significativo balzo in avanti, ripropone questa sua giurisprudenza ricorsiva andando ad occupare una precisa posizione nella forma di governo italiana.

«L'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità»¹⁶²; la discrezionalità viene meno e non può valere la tesi di una presenza di zona franca che

¹⁶¹ Corte cost., ord. n. 334/2008. Su di essa, per tutti, R. BIN, *Se non sale in cielo, non sarà forse un raggio d'asino? (a proposito dell'ord. 334/2008)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹⁶² Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 4.

immunizzati dal controllo di costituzionalità parti di ordinamento tanto rilevanti quanto importanti per la garanzia dei diritti fondamentali.

Per leggere la decisione come appartenente ad un filone giurisprudenziale più ampio, senza per questo dequotarne le precipue particolarità, si può sostenere che essa rappresenta l'epifenomeno di quanto sta caratterizzando la giurisprudenza costituzionale degli ultimissimi anni, almeno quando si trova ad affrontare materie che per loro natura sarebbero sottratte ad un intervento *pleno* da parte del giudice delle leggi.

Rilevarne la caratterizzazione, d'altronde, non significa nascondere il problema atavico della legittimazione della Corte costituzionale che deve dimostrare con la *forza* della motivazione delle proprie pronunce l'assenza di una discrezionalità nella co-legislazione che, seppure motivata dalla garanzia della superiorità/rigidità costituzionale, non le appartiene.

La Corte ha sempre avuto come *collaboratore* naturale il giudice dal quale dipende la sua stessa *funzionalità* (almeno per l'incidentale); un giudice che ormai ha piena cultura costituzionale tanto da determinare un vero e proprio "uso diretto" della Carta costituzionale¹⁶³. La Corte, ormai e vieppiù consolidato il dialogo con il suo *naturale complementare*, cerca di stabilire un rapporto sempre più *immediato* con il Legislatore in un modo che potrebbe sembrare (almeno in prima battuta) diametralmente opposto rispetto a quanto avvenuto con il giudice. Con quest'ultimo, la Corte ha riconosciuto un ruolo a "detrimento" del proprio (inammissibilità per mancanza di interpretazione conforme); col legislatore, la Corte ha ampliato¹⁶⁴ la sua stessa discrezionalità facendo venire meno i limiti da sempre operanti, su tutti quello della presenza delle "rime obbligate"¹⁶⁵. Quindi, la maggiore presenza della Corte non

¹⁶³ Forse anche troppo se si ha a mente che nel 2008 si è parlato autorevolmente di «caduta libera» del giudizio in via incidentale, cfr. R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in ID. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, Torino, 2008, 32. Ora i dati sono mutati anche per la diminuzione del contezioso del principale e per un uso più flessibile delle decisioni di inammissibilità per mancato tentativo di interpretazione conforme a Costituzione, e la decisione commentata può esserne un valido esempio.

¹⁶⁴ Verso quella che è stata definita come «ultima [...] evoluzione giurisprudenziale», così A. SPADARO, *I limiti «strutturali» del sindacato di costituzionalità*, cit., 163, ovvero di un «cambio di stagione» della giustizia costituzionale, così, già dal titolo A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2019, 785 ss.; G. SALVADORI, *Lo stile dell'ordinanza per una nuova Corte costituzionale. Osservazioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019 (e qualche suggestione sulla scia dell'ordinanza n. 207 del 2018)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2019, 10.

¹⁶⁵ Non si può che rinviare ad una recente pronuncia *sostitutiva*: Corte cost., sent. n. 222/2018, p.to 8.1 *cons. in dir.*: «[t]utto ciò in vista di una tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore, che rischierebbero di rimanere senza possibilità pratica di protezione laddove l'intervento di questa Corte restasse vincolato, come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di "rime obbligate" nell'individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima». Ma in parte già in Corte cost., sentt. nn. 236/2016 (p.to 4.4 *cons. in dir.*), 233/2018 (p.to 3.2 *cons. in dir.*), 40/2019 (p.to 4.1 *cons. in dir.*), 99/2019 (p.to 2.1 *cons. in dir.*). Si rinvia, per tutti, a F. BIONDI, *L'ordinanza n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti "inter partes" ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6, 2019, 2. Fra la dottrina penalistica R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Diritto penale contemporaneo*, ma anche per ulteriori riflessioni solo abbozzate nel testo si rinvia sempre a R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta*, cit., 15 ss.; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine*, cit., 20 ss. Per una analisi della giurisprudenza costituzionale fra Corte e discrezionalità si rinvia ad A. SPADARO, *I limiti «strutturali» del sindacato di costituzionalità*, cit., 145 ss.; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, cit., 644 ss.; A.

dovrebbe essere vista come “ostacolo insormontabile” ma come “stimolo” per un maggiore attivismo del Parlamento al fine di una viepiù ampia attuazione del testo costituzionale¹⁶⁶, favorendo i momenti di mediazione e di coesione che dovrebbero essere propri del processo legislativo¹⁶⁷; la Corte riconosce se non in modo assoluto una *priorità* della politica legislativa, seppure *sub iudice*. Se queste (forse) le ragioni della Corte, non si può che constatare che il *séguito* delle sue decisioni continua a rimanere nel nulla e di certo non smuove la (latitanza della) politica nel senso auspicato.

Ecco perché la Corte non solo indica al Parlamento la strada da percorrere per evitare una *certa* declaratoria di incostituzionalità riconoscendo la prerogativa della discrezionalità legislativa, ma non chiude le porte al Parlamento medesimo al quale la Corte continua a rinviare, seppure dopo aver assicurato una risposta al denunciato *vulnus* costituzionale¹⁶⁸, sapendo che la scelta adottata in caso di latitanza legislativa può in qualsiasi momento rientrare nella sua disponibilità.

L'intervento legislativo è oltremodo richiesto a seguito di una decisione adottata dopo che comunque si è palesata la presenza di una pluralità di scelte discrezionali e quindi l'assenza delle «rime obbligate»¹⁶⁹ ma la presenza di altre «adeguate»¹⁷⁰ per la tutela di un diritto costituzionale «sostanziale»¹⁷¹. Non decidendo di percorrere la strada della doppia pronuncia (classica) o quella dell'additiva di principio¹⁷², e soprattutto dinanzi ad un diritto penale contemporaneo carente e sproporzionato¹⁷³, la Corte

GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2019, 91 ss. In particolare, sulla 236/2016, si v. F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Rivista Trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, 2, 2017, 61 ss.

¹⁶⁶ S. PENASA, *Il “seguito” dell’ordinanza 207: mutamento (nella continuità) di paradigma costituzionale e (necessaria) leale collaborazione tra poteri*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6, 2019, 4.

¹⁶⁷ In questi termini, quasi testualmente, R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista Aic*, 4, 2018, 637. Cfr., altresì, D. PULITANÒ, *L'aiuto al suicidio fra vincoli costituzionali e politica del diritto*, in *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine*, cit., 286.

¹⁶⁸ «Lo spazio di azione della Corte diviene così molto più ampio che in passato, giacché è certamente più agevole rinvenire, tra i molti possibili, l'adattamento normativo meno distante dalla logica di sistema, piuttosto che l'unico a essere prescritto dalla Costituzione. Nello stesso tempo la discrezionalità legislativa non risulta sacrificata, non solo perché se ne fa salvo il libero esercizio per il futuro, ma anche perché la Corte si trova in ogni caso a scegliere una disciplina normativa, per così dire di supplenza, tra quelle che il legislatore stesso ha costruito» così G. LATTANZI, *La Relazione sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, cit., 17; il problema, però, rileva se il *punto di riferimento* non è del tutto pertinente, così come dimostra nel caso oggetto della nostra attenzione il riferimento alla l. n. 219 del 2017.

¹⁶⁹ Il rinvio, come è facilmente intuibile, va a V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale: bilancio di vent'anni di attività*, Padova, 1984, 84.

¹⁷⁰ A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale*, cit., 111. Si parla di adeguatezza anche in Corte cost., sent. n. 99/2019, p.to 2.1 *cons. in dir.*: «[I] ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale risulta perciò condizionata non tanto dall'esistenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, quanto dalla presenza nell'ordinamento di una o più soluzioni costituzionalmente adeguate, che si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore».

¹⁷¹ M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, cit., 648.

¹⁷² Per la perdurante inerzia del legislatore nel dare seguito anche ad «indicazioni, talora piuttosto puntuali, provenienti dalla giurisprudenza costituzionale», così M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, cit., 645.

¹⁷³ A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale*, cit., 106.

cerca di instaurare un nuovo rapporto tra *dialoganti*, nella misura in cui non “accetta” più (almeno non oltre il limite del tollerabile) che il Parlamento possa con la sua *sordità* eludere i vincoli che costituzionalmente gli si impongono; il suo intervento, quindi, se pure auspicabile, anzi richiesto e voluto, non è più strettamente necessario. Da questo punto di vista, non esistendo obblighi che assicurino un intervento certo del legislatore, il *séguito* legislativo in questa giurisprudenza è sottoposto ad una parziale, ma significativa¹⁷⁴, torsione rispetto a quanto finora richiesto dalla giurisprudenza costituzionale¹⁷⁵.

Se da una parte la Corte pone come unica stella polare del suo attivismo la massima tutela della Costituzione¹⁷⁶, dall'altra sembrano elevati i rischi di una sua delegittimazione nel sistema¹⁷⁷ e di una sua nuova posizione nella forma di governo e di stato, ogni qual volta prende le distanze da quella costruzione dottrinale (seppure decisamente anacronistica nella sua assolutezza) che la vuole esclusivamente legislatore negativo¹⁷⁸. Intanto, però, proprio per la massima tutela della protezione dei diritti fondamentali, si spera che il legislatore dia un seguito all’“accorato” monito con cui si chiude la sentenza, subito prima del dispositivo: «[q]uesta Corte non può fare a meno, peraltro, di ribadire con vigore l’auspicio che la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore, conformemente ai principi precedentemente enunciati»¹⁷⁹. In caso contrario ciò che *allo stato*¹⁸⁰ non è possibile lo sarà nel prossimo futuro.

La mancanza di una chiara disposizione costituzionale che apra alle pratiche eutanasiche è stata alla base di una decisione della Corte¹⁸¹ non “pienamente appagante” nella misura in cui è stato fatto un

¹⁷⁴ In riferimento S. TALINI, *Il controverso rapporto tra giurisprudenza costituzionale, scelte parlamentari e decisioni di Strasburgo. Considerazioni di sistema a partire dalla nuova udienza sul “caso Cappato”*, in *Costituzionalismo*, 2, 2019, 69; M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, cit., 650.

¹⁷⁵ R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006.

¹⁷⁶ Molto utile il rinvio che si può fare a *La Relazione sulla giurisprudenza costituzionale dell’anno 2018*, cit., 16; «una spia dell’evoluzione che questa classica tematica sta subendo negli ultimi anni, ovvero della più incisiva azione che la giurisprudenza costituzionale tende a esercitare, superando, con una larga varietà di tecniche decisorie, le strettoie dell’inammissibilità», 14. In dottrina si rinvia alle considerazioni di C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall’“ordinanza Cappato”*, in *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine*, cit., 176.

¹⁷⁷ Forse anche per questo l’odierna incostituzionalità con la giustapposizione di limiti eccessivamente stringenti rappresenta «il *minimo necessario* per risolvere il problema di legittimità costituzionale di una norma incriminatrice», così D. PULITANO, *L’aiuto al suicidio fra vincoli costituzionali e politica del diritto*, in *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine*, cit., 283.

¹⁷⁸ Per tutti si rinvia a G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale italiana e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it (sezione documenti - relazioni internazionali, Parigi 2013), 2.

¹⁷⁹ Corte cost., sent. n. 242/2019, p.to 9 *cons. in dir.*

¹⁸⁰ Così si interpreta l’avverbio temporale presente in Corte cost., ord. n. 207/2018.

¹⁸¹ La sentenza commentata fa parte di quel più recente filone giurisprudenziale che tende a riscrivere (circoscrivendone la portata) il concetto della discrezionalità legislativa e, quindi, il rapporto del giudice costituzionale col Parlamento quando si trova a sindacare una materia sulla quale il legislatore deve esercitare la sua discrezionalità. La clausola della discrezionalità, in effetti, è da sempre impiegata per determinare i casi in cui la materia rientra nel potere politico nella misura in cui esistono una pluralità di soluzioni alternative ovvero manchi un preciso parametro costituzionale (per tutti si rinvia a R. ROMBOLI, *Sull’esistenza di scelte riservate alla discrezionalità del legislatore: la sindacabilità delle regole di tecnica legislativa e l’utilizzo delle sentenze additive di principio*, in G. DE VERGOTTINI, T.E. FROSINI (a cura di), *Percorsi costituzionali*, numero monografico su *Giustizia*

uso discutibile del *tertium comparationis* e una non solida ricostruzione della norma in termini di ragionevolezza (*in sé*), che non si deve confondere con una valutazione di mera eguaglianza giuridica tra due termini di paragone e il testo costituzionale così come vuole lo schema ternario.

Il giudizio di ragionevolezza, d'altronde, è sovente impiegato dalla Corte per definire la separazione che continua ad intercorrere tra il potere politico e quello giurisdizionale; è il suo sapiente uso a non far tracimare la giurisdizione costituzionale nelle scelte di *pieno* merito che spettano al legislatore.

Alla base di questa giurisprudenza vi è di fatto l'ampliarsi dell'intervento giurisdizionale costituzionale e la limitazione della discrezionalità legislativa che viene sempre più circoscritta e sindacata per assicurare "giustizia" costituzionale evitando maggiori incostituzionalità di quelle rilevate. Decidendo di entrare nel merito della questione e di non seguire la strada dell'inammissibilità, con la decisione annotata, carica di limiti per una richiesta di aiuto al suicidio, pare che la discrezionalità del legislatore più che essere definitivamente soppiantata sia stata seppure con inversione sul *prius* comunque riconosciuta e tutelata (ad essa continuamente si rimanda)¹⁸²; ciò che si è superato è la *priorità* della politica legislativa, sempre e comunque.

La Corte, quindi, non solo è competente a dichiarare una legge come incostituzionale se in palese contrasto con la Costituzione senza che questo potere possa essere limitato da *perduranti* inerzie del legislatore, ma si riconosce altresì la capacità di colmare l'eventuale vuoto di disciplina conseguente alla declaratoria di incostituzionalità. La Corte è nella possibilità di dettare una disciplina che colmi quei vuoti, potendosi parlare – sempre per la Corte – persino di *dovere* di procedere in tal modo, perché in caso contrario si comprometterebbe la tutela di diritti riconosciuti e di cui si è denunciato il *vulnus* di tutela.

Ritornando al caso in questione, la Corte con la decisione commentata delinea i caratteri del futuro intervento normativo, ma il Parlamento deve essere conscio che essi sono da intendersi in senso

costituzionale e politica, 2/3, 2010, 67 ss.). In special modo dall'inizio dell'attività della giurisdizione costituzionale fino agli anni '80, la Corte si riteneva del tutto carente della competenza a sindacare quelle scelte che si riconoscevano di esclusivo appannaggio del legislatore ordinario, e quindi alla valutazione di una questione rientrante nella discrezionalità del legislatore si dava seguito con una ordinanza di inammissibilità od anche di infondatezza. Lo stesso avveniva nella misura in cui, seppure l'incostituzionalità fosse stata accertata, la Corte non si riconosceva la capacità di disporre di uno strumentario adeguato a coprire integralmente il *vulnus* denunciato (G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. cit.*, 233 ss.). In questa giurisprudenza di "ritrosia" della Corte ad intervenire a seguito del riconoscimento del *prius* legislativo, un ruolo principale è (ma per come si vedrà bisognerebbe dire *era*) assunto dal sindacato della norma penale che di fatto è quasi totalmente escluso perché è ritenuto *per definitionem* riservato alla *piena* discrezionalità legislativa (per tutti, si rinvia ad A. RUGGERI, *Introduzione ai lavori*, in AA.VV., *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Atti del seminario di studio del Gruppo di Pisa, Udine 7 novembre 2008, Torino, 2009, XIII). Sulla più recente giurisprudenza (una vera e propria dicotomia si ha con Corte cost., sent. n. 108/1981) in merito alle conseguenze che avrebbe una declaratoria di incostituzionalità rispetto alla materia penale, non si può che rinviare ad A. LOLLO, *Sindacato di costituzionalità e norme penali di favore*, Milano, 2017). Ancora medesimo sviluppo (da chiusura ad apertura) si può rintracciare nella giurisprudenza sulle zone franche e d'ombra della giustizia costituzionale (A. PIZZORUSSO, "Zone d'ombra" e "zone franche" della giustizia costituzionale italiana, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 1021 ss; R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007; P. ZICCHITTO, *Le "zone franche" del potere legislativo*, Torino, 2018): da una chiusura completa ad una apertura amplissima, in alcuni casi addirittura discutibile.

¹⁸² Per l'instaurazione di un dialogo col legislatore: F. BIONDI, *L'ordinanza n. 207 del 2018*, cit., 3 e 6.

minimale e non massimale¹⁸³; anzi, rispetto a quanto si è cercato di dimostrare con questo contributo, ampia deve essere la normazione sul fine vita per non cadere nuovamente in una declaratoria di illegittimità costituzionale.

Il Parlamento si trova ora dinanzi ad una disciplina cedevole (costituzionalmente necessaria, ma non a contenuto costituzionalmente vincolato)¹⁸⁴ che può modificare, ma fino a che non interviene (con una disciplina differente) nell'ordinamento avrà efficacia *erga omnes* quella dettata dall'organo accentrato della giustizia costituzionale.

Oramai, l'eventuale reattivismo del Parlamento, comunque, confermerebbe quanto è già ormai ampiamente assodato, *id est* che nelle materie definite eticamente sensibili l'organo deputato all'attività legislativa non è mai pro-attivo essendo indispensabile per il politico l'abbrivio del giudiziario. Si constata ciò ma anche la fattuale circostanza che solo il Parlamento ha la capacità di adottare una decisione (politica) *erga omnes*, anche se questa non è esclusa dalle capacità della Corte (attraverso una pronuncia giurisdizionale) nel caso essa decida con l'accoglimento; in tal caso, però, si continuerà a rinviare *sine die* un dibattito pubblico su una materia che necessita della sintesi di posizioni lontane e contrastanti. Ma se continuerà tale immobilismo, lo stesso non sarà per lo stallo di tutela, in quanto la Corte interverrà anche in un contenuto non costituzionalmente vincolato continuando ad affermare che la sua decisione di fondatezza non limita *per sempre* il legislatore in quanto la supplenza varrà «fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento»¹⁸⁵ e, quindi, «nelle more dell'intervento del legislatore»¹⁸⁶, e soprattutto varrà in una materia – per riprendere le epigrafi del lavoro che si chiude – rispetto alla quale non ci si può assuefare, perché del fine vita si avrà sempre paura, e non parlarne (nella sfera pubblica) di certo non può aiutare, neanche a capire¹⁸⁷ che troppo spesso «il termine “suicidio” suona male, per la nostra incapacità lessicale e culturale di confrontarci con la morte»¹⁸⁸.

¹⁸³ Nello stesso senso cfr. G. BATTISTELLA, *Il diritto all'assistenza medica a morire*, cit., 15 ss.

¹⁸⁴ A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore*, cit., 1

¹⁸⁵ Corte cost., sentt. nn. 242/2019, p.to 4 *cons. in dir.*

¹⁸⁶ Corte cost., sentt. nn. 242/2019, p.to 5 *cons. in dir.* Qualche giorno prima della decisione della Corte è stato presentato in Senato (il 17 settembre 2019 e poi assegnato il 18 ottobre) un interessante disegno di legge di iniziativa parlamentare (A.S. 1494) da Monica Cirinnà (PD) Tommaso Cerno (PD), Loredana De Petris (Misto, Liberi e Uguali), Matteo Mantero (M5S), Riccardo Nencini (Misto, PSI), Paola Nugnes (Misto, Liberi e Uguali), Roberto Rampi (PD), recante *Modifiche all'art. 580 del codice penale e alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, in materia di aiuto medico a morire e tutela della dignità nella fase finale della vita*. Si è scritto *interessante* perché legge la sentenza, seppure *ex ante*, in modo “minimale”, per come abbiamo fatto anche noi, decidendo di consentire la somministrazione, nell'ambito del SSN (sia nelle strutture sanitarie che a domicilio), di un farmaco atto a provocare rapidamente e senza dolore la morte nei casi individuati dalla Corte costituzionale, con l'esclusione, tra le condizioni che giustificano la richiesta di aiuto medico a morire, dell'essere il paziente tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale; si introduce una specifica causa di non punibilità, includendo non solo l'art. 580 c.p., ma anche i delitti di cui agli articoli 575, 579 e 593 c.p. Il ddl si sottolinea anche perché si troverebbe ad essere discusso in un contesto politico (parzialmente) nuovo rispetto a quando, nell'ottobre del 2019, è iniziata la discussione parlamentare sul tema dell'aiuto al suicidio.

¹⁸⁷ Ma si v. comunque *retro* a nota 31.

¹⁸⁸ B. MAGRO, *Fine vita: la Consulta indica quando non è punibile l'aiuto al suicidio*, cit., 2.

“Eccezione” di aiuto al suicidio? Osservazioni critiche sulla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*

Antonio Rimedio**

“EXCEPTION” OF AID TO SUICIDE? CRITICAL REMARKS ON THE JUDGMENT N. 242/2019 OF THE CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT: By its judgment n. 242/2019 the Italian Constitutional Court declared the legitimacy of the medically assisted suicide request, justifying it on the same constitutional parameters that guarantee the right to renounce life support treatments. This essay confirms, from a bioethical perspective, the need to keep the two choices separated, bringing out both the difficulties due to profiles of equality between patients in similar conditions and the lack of palliative care in some Italian regions. Overall, the evident concern is a judgment which, for the purpose of access to assisted suicide, generalizes conditions taken by the “exceptional” case of Fabiano Antoniani.

KEYWORDS: Assisted suicide; medical assistance in dying; constitutional law; end of life issues

SOMMARIO: 1. Libertà di scelta dei tempi e modi del morire per malati in specifiche condizioni – 2. La consistenza del *vulnus* costituzionale – 3. Le condizioni previste per la non-punibilità dell’aiuto al suicidio – 4. L’insidiosa antinomia tra art. 580 codice penale e art. 32, secondo comma, Costituzione – 5. La distinzione tra rifiuto/revoca dei trattamenti e aiuto al suicidio – 6. Le prospettive deontologiche – 7. La possibile estensione del riscontrato *vulnus* costituzionale – 8. Conclusioni

1. Libertà di scelta dei tempi e modi del morire per malati in specifiche condizioni

Dopo l’autodenuncia di Marco Cappato, che in data 25 febbraio 2017 aveva accompagnato Fabiano Antoniani in Svizzera per il suicidio assistito avvenuto due giorni dopo, la Corte d’assise di Milano (Corte rimettente) ha richiesto alla Corte cost. una sentenza ablativa

* Questo articolo sviluppa le riflessioni già avviate, con riferimento all’ordinanza n. 207/2018, nel saggio *Relazione di cura e volontà anticipate. Un commento etico-giuridico alla legge 22 dicembre 2017, n. 219*, Torino, 2019, 261-269.

** Esperto in bioetica, componente della Conferenza Regionale per le sperimentazioni cliniche (Regione Piemonte); membro del Comitato etico interaziendale AOU “Maggiore della Carità” di Novara e AASSLL BI, NO, VCO; affiliato al Centro di Ricerca in Etica Clinica dell’Università degli Studi dell’Insubria (CREC). Mail: antonio.rimedio@tiscali-net.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.



dell'art. 580 per la parte relativa all'*aiuto* al suicidio¹. Nell'ord. 207/2018² e nella successiva sent. 242/2019³ la Corte cost. esclude che «l'incriminazione dell'aiuto al suicidio, ancorché non rafforzativo del proposito della vittima, possa ritenersi di per sé in contrasto con la Costituzione»⁴, in quanto funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili. Tuttavia individua «una circoscritta area di non conformità costituzionale della fattispecie criminosa» e, quindi, un «*vulnus* costituzionale» attinente la violazione di diritti fondamentali, previsti dagli artt. 2 (principio personalistico), 13 (inviolabilità della libertà personale) e 32, secondo comma (libertà di rifiuto/revoca dei trattamenti sanitari), della Costituzione, nonché dagli artt. 2 (diritto alla vita) e 8 (diritto alla vita privata) della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Il parametro dell'art. 32 Cost. non figura tra quelli evocati dalla Corte rimettente nella richiesta di incidente costituzionale ("*petitum*"), anche se più volte richiamato in motivazione⁵.

In considerazione dell'inerzia del Legislatore nel corso dell'anno concesso dall'ord. 207/2018, la Corte cost. si avvale dei propri «poteri di gestione del processo costituzionale» per evitare di lasciare in vigore una norma lesiva dei diritti fondamentali di cittadinanza. Scartata una «pronuncia meramente ablativa» e ritenuta insufficiente una «pronuncia interpretativa di rigetto», adotta una sentenza di «accoglimento manipolativo», pur riconoscendo la non sussistenza delle strette «rime obbligate», ma ritrovando «precisi punti di riferimento» e «soluzioni già esistenti»⁶ nella legge 219/2017. Il diritto comparato offre qualche esempio sulla capacità delle Corti Supreme di incidere in merito alla disciplina del suicidio assistito⁷. La stessa Corte cost. italiana, nell'ord. 207/2018, al punto 11, richiama la decisione della Corte suprema del Canada (*Carter contro Canada*, 6 febbraio 2015) che, dopo aver dichiarato l'anticostituzionalità del divieto penale dell'aiuto al suicidio, ne ha sospeso gli effetti per un anno, prorogato poi di qualche mese, per consentire al Parlamento di legiferare in merito⁸. In presenza di una diversa risposta del Parlamento italiano e in attesa di una regolamentazione per via legislativa, la Corte cost. interviene direttamente a sanare il *vulnus* riscontrato.

Con rinvio alla propria sent. 223/1996, la Corte cost. conferma il diritto alla vita come «primo dei diritti inviolabili»⁹. Su questa base censura la tesi principale della Corte rimettente che ha inteso argomentare sul «diritto a morire», in quanto «dall'art. 2 Cost. – non diversamente che dall'art. 2 CEDU – discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto

¹ Corte di assise di Milano, ordinanza 14 febbraio 2018, n. 43, in G.U. 1^a serie speciale 14.3.2018, n. 11, sul sito <https://www.gazzettaufficiale.it> (ultima consultazione 10.12.2019).

² Corte costituzionale, ordinanza 24 ottobre 2018, n. 207, in G.U. 1^a serie speciale 21.11.2018, n. 46, sul sito <https://www.cortecostituzionale.it> (ultima consultazione 10.12.2019).

³ Corte costituzionale, sentenza 22 novembre 2019, n. 242, in G.U. 1^a serie speciale 27.11.2019, n. 48, sul sito <https://www.cortecostituzionale.it> (ultima consultazione 10.12.2019).

⁴ *Ibidem*, § 2.2 Considerato in diritto.

⁵ *Ibidem*, § 2.3 Considerato in diritto.

⁶ *Ibidem*, § 6 Ritenuto in fatto.

⁷ Sul tema del fine vita nel diritto comparato si confronti P. PASSAGLIA (a cura di), *Decisioni di fine vita ed ausilio al suicidio*, Corte costituzionale – Servizio studi – Area di diritto comparato, Roma, 2018, sul sito <https://www.cortecostituzionale.it> (ultima consultazione 29.12.2019).

⁸ E. STEFANELLI, *La Corte suprema del Canada, il suicidio assistito, l'uso dei precedenti. Brevi note a margine del caso Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, in *Federalismi.it – Rivista di diritto pubblico italiano comparato europeo*, 3, 2015, sul sito <https://federalismi.it> (ultima consultazione 22.12.2019).

⁹ Corte costituzionale, sent. n. 242/2019, § 2.2 Considerato in diritto.

– di riconoscere all’individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire»¹⁰. Tale posizione è in linea con quanto sostenuto dalla Corte europea per i diritti umani proprio in relazione all’aiuto al suicidio (*Pretty v. Regno Unito*, 29 aprile 2002)¹¹. Esclusa la possibilità di fondare la richiesta di aiuto al suicidio su di «un vero e proprio diritto a morire», la Corte cost. individua però nella Costituzione i fondamenti per affermare, in riferimento ad un ambito rigorosamente circoscritto, quella «libertà della persona di scegliere quando e come porre termine alla propria esistenza»¹² che la Corte d’assise di Milano ha inteso attribuire all’esercizio delle libertà costituzionali da parte di ogni soggetto¹³.

Si tratta della “libertà” del malato – capace, affetto da malattia inguaribile e dipendente da presidi vitali – ad ottenere la morte tramite un “farmaco” letale per sottrarsi ad un’agonia non rispondente alle sue scelte individuali: «entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare ingiustificatamente nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un’unica modalità per congedarsi dalla vita»¹⁴. Pertanto la Corte, nel dichiarare la necessità di una “eccezione” rispetto al divieto assoluto di aiuto al suicidio, non assume a riferimento il diritto alla vita, la cui dignità sarebbe minacciata da una condizione di sofferenza insopportabile, bensì l’autodeterminazione del malato rispetto ai trattamenti sanitari. Come osserva la costituzionalista Chiara Tripodina, la Corte non utilizza il termine “diritto”, bensì “libertà”, che evoca la libertà di suicidarsi, non esistendo il diritto di suicidarsi e neppure il diritto di essere aiutati a suicidarsi¹⁵. Questa “libertà”, tuttavia, assume il profilo di un vero e proprio “diritto” nel momento in cui viene fatta coincidere con «l’autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie», per la cui difesa la Corte interviene direttamente a sanare il riscontrato *vulnus* costituzionale, ritenendo «impellente l’esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte del legislatore»¹⁶.

La Corte cost. percorre un itinerario che inverte, per così dire, l’obiettivo del “*petitum*” principale avanzato dalla Corte rimettente, ovvero la non punibilità di Marco Cappato, in quanto assume come centrale la vicenda di Fabiano Antoniani, facendosi carico delle ragioni che lo hanno indotto a ricercare il suicidio assistito in Svizzera. In tal modo introduce per la prima volta in Italia la libertà di un malato di richiedere l’aiuto al suicidio nel rispetto delle condizioni previste. Il nostro Paese si unisce, così, alla Svizzera e ad altri sei Stati dell’Unione Europea (Germania, Austria, Finlandia, Olanda, Belgio e Lussemburgo), nei quali questa pratica è a diverso titolo consentita.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012 (3^a ed.), 220-224.

¹² Corte costituzionale, sent. n. 242/2019, § 1.2 Ritenuto in fatto.

¹³ G. GENTILE, *Il caso Cappato e il diritto a morire (senza soffrire)*, in *Archivio Penale*, 3, 2018, sul sito <http://archiviopenale.it> (ultima consultazione 03/12/2019).

¹⁴ Corte costituzionale, sent. n. 242/2019, § 2.3 Considerato in diritto.

¹⁵ C. TRIPODINA, *Diritti alla fine della vita e costituzione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 2, 2019, 415, sul sito <http://rivista.biodiritto.org> (ultima consultazione 27.12.2019).

¹⁶ Corte costituzionale, sent. n. 242/2019, § 4 Considerato in diritto. La Corte fa riferimento alla propria sent. n. 99 del 2019.

2. La consistenza del *vulnus* costituzionale

Fabiano Antoniani si era trovato di fronte a due possibili scelte:

- a) rinuncia ai trattamenti di sostegno vitale in atto – ventilazione assistita non invasiva (NIV) e nutrizione enterale tramite PEG – con accettazione contestuale della sedazione profonda continua per contrastare l’insorgenza di sintomi refrattari: in tale evenienza la morte sarebbe sopraggiunta «solo dopo un periodo di apprezzabile durata, quantificabile in alcuni giorni»¹⁷, a motivo di una dipendenza solo parziale dalla ventilazione assistita (morte “lenta”);
- b) rinuncia ai trattamenti di sostegno vitale e contestuale richiesta di suicidio medicalmente assistito (morte “rapida”), che gli era precluso in Italia, dove la legislazione penale criminalizza l’*aiuto* al suicidio allo stesso titolo dell’*istigazione* sulla base del disposto dell’art. 580 cod. pen.

A partire dalla comune circostanza della rinuncia ai trattamenti di sostegno vitale, la Corte cost. considera le due soluzioni “alternative” e al contempo “equivalenti” sul piano giuridico ed etico: «è anche agevole osservare che, se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall’ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l’interruzione di tale trattamento, non si vede la ragione per la quale la stessa persona, a determinate condizioni, non possa ugualmente decidere di concludere la propria esistenza con l’aiuto di altri»¹⁸. In riferimento alle specifiche condizioni di taluni malati, vengono accolte le argomentazioni prodotte dalla difesa dell’imputato Marco Cappato, secondo la quale risulterebbe irragionevolmente discriminatoria «una disciplina penale che riconosca la liceità dell’interruzione delle cure con esito letale, e dunque la non antiggiuridicità di una condotta attiva di interruzione di un decorso causale immediatamente salvifico, punendo invece la condotta attiva di agevolazione della causazione immediata della morte in condizioni analoghe»¹⁹.

In questo senso la Corte cost. rileva una disparità di trattamento tra malati in condizioni cliniche simili: una persona, affetta da malattia irreversibile e mantenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale, ha il diritto di revocare il consenso ai sensi dell’art. 1, quinto comma, della legge 219/2017; questa stessa legge, «non consente, invece, al medico 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. Pertanto, il paziente, per congedarsi dalla vita, è costretto a subire un processo più lento e carico di sofferenze per le persone che gli sono care»²⁰. In questa disparità consiste il «*vulnus* costituzionale» attinente a diritti fondamentali.

Se noi consideriamo con attenzione, il malato che revoca il consenso ai trattamenti di sostegno vitale non si trova di fronte all’alternativa tra la vita e la morte, essendo la morte un evento comunque atteso a breve. In questa prospettiva diventa centrale non il morire in quanto tale, ma il “tempo” del morire: la morte in costanza di sedazione profonda continua viene indicata come «un processo più lento»,

¹⁷ Corte costituzionale, sent. n. 242/2019, § 2.3 Considerato in diritto.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*, § 3.5 Ritenuto in fatto.

²⁰ *Ibidem*, § 2.3 Considerato in diritto

mentre il suicidio assistito assicura «una morte rapida»²¹. Tuttavia, il porre la questione in questi termini induce ad “occultare” la tipicità dell’atto suicida, che è del tutto distinto sia dalla revoca dei trattamenti di sostegno vitale, sia dall’accompagnamento al morire ad opera delle cure palliative.

3. Le condizioni previste per la non-punibilità dell’aiuto al suicidio

La Corte cost. dispone «l’illegittimità costituzionale dell’art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi [...] agevola l’esecuzione del proposito di suicidio» alle seguenti condizioni:

- 1) la persona deve essere «pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli» e il proposito del suicidio si deve essere in lei «autonomamente e liberamente formato»;
- 2) la persona deve essere adeguatamente informata sia in ordine alle sue condizioni di salute, sia in ordine «alle possibili soluzioni alternative, segnatamente con riguardo all’accesso alle cure palliative ed, eventualmente, alla sedazione profonda continua»;
- 3) la persona deve essere «affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili»;
- 4) la persona deve essere «tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale», ai quali possa liberamente rinunciare;
- 5) l’aiuto al suicidio deve essere fornito «con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219», concernenti la relazione di cura e di fiducia tra medico e malato, il consenso/dissenso informato e le cure di fine vita: risulta chiaro da tali riferimenti che l’aiuto al suicidio è affidato alla competenza medica;
- 6) clausole di garanzia: a) «le modalità di esecuzione devono essere verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale» (il che non significa necessariamente che l’aiuto al suicidio debba avvenire in una struttura pubblica); b) «previo parere del comitato etico territorialmente competente»²².

Riguardo alle modalità di prestazione dell’aiuto al suicidio, il Comitato Consultivo Nazionale di Etica in Francia (CCNE) distingue tra «assistenza al suicidio» e «suicidio assistito». La prima consiste nel porre a disposizione del malato il prodotto letale, perché lo assuma da solo, ovvero possa anche non assumerlo cambiando il suo proposito iniziale. Il “suicidio assistito” si attua quando il malato non è in grado di portare ad esecuzione da solo il suicidio. In questa circostanza si rende necessario l’aiuto attivo di un terzo ai fini della somministrazione del prodotto letale (assunzione per bocca, iniezione, infusione con flebo, ecc.)²³. La legge canadese del 17 giugno 2016 ricomprende sotto la più generica dizione di «medical assistance in dying» due modalità: a) «somministrare ad una persona, su richiesta di questa stessa, una sostanza che causa la sua morte» (eutanasia); b) «prescrivere o fornire una sostanza ad

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*, Dispositivo.

²³ Comité Consultatif National d’Ethique pour les Sciences de la vie et de la santé (CCNE), *Avis N° 121 – Fin de vie, autonomie de la personne, volonté de mourir*, 30 juin 2013, III Partie: *Légaliser l’assistance au suicide?*, 40 ss., sul sito <https://www.ccne-ethique.fr> (ultima consultazione 15/12/2019).

una persona, su richiesta di questa stessa, affinché se la somministri e in tal modo provochi la propria morte» (assistenza al suicidio)²⁴.

La Corte cost. italiana non si sofferma a chiarire l'atto dell'aiuto al suicidio come tale, ma fa riferimento al solo "suicidio" laddove osserva che «l'interessato conserva, per definizione, il dominio sull'atto finale che innesca il processo letale»²⁵. Quindi presuppone che il malato richiedente possa almeno collaborare. Sul piano dei principi e degli intenti, in determinate circostanze la differenza tra "aiuto al suicidio" ed "eutanasia" si rende molto sottile, tuttavia sul piano giuridico l'atto eutanasi va ad interessare l'art. 579 cod. pen., ovvero l'omicidio del consenziente, non compreso nella circoscritta area di non punibilità riferita al solo art. 580 cod. pen. Questo limite si rende oltremodo problematico a fronte del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., parametro rilevante nell'ord. 207/2018, ma non più evocato nella sent. 242/2019, anche se «le conclusioni sono tratte dalla Corte alla luce di un giudizio di ragionevolezza, comparando ciò che la legge n. 219 del 2017 consente e ciò che il Codice penale punisce»²⁶.

Le condizioni poste dalla Corte cost. per la richiesta di aiuto al suicidio sono molto selettive, quasi si trattasse di una "eccezione", essendo riferite a malati affetti da patologia irreversibile, in condizioni di «intollerabile» sofferenza fisica e/o psicologica e che «già potrebbero alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla loro sopravvivenza»²⁷. Una proposta di «eccezione di eutanasia (*exception d'euthanasie*)» è già stata avanzata nel Parere n. 63 del 27 gennaio 2000 dal Comitato Consultivo Nazionale di Etica in Francia (CCNE), che la circoscrive alle «situazioni limite» o ai «casi estremi», allo scopo di colmare il divario tra *the law in action* e *the law in the books*, rendendo prioritario il rispetto per *l'essere umano* al di là della *regola scritta*²⁸. Alcuni di questi elementi caratterizzano indubbiamente anche la decisione della Corte cost. italiana, che però segue un diverso percorso: prende lo spunto da un caso-limite, quello di Fabiano Antoniani, e ne generalizza le condizioni, perdendo di vista la radicale singolarità di ogni altro caso-limite.

Il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) nel documento sul fine vita del 1995 richiama la massima «*Hard cases make bad laws*»²⁹ allo scopo di evidenziare l'incapacità della legge a rendersi interprete di quella umana *pietas* di cui vorrebbe essere espressione. Questo richiamo ci consente non solo di

²⁴ Government of Canada, *An Act to amend the Criminal Code and to make related amendments to other Acts (medical assistance in dying)*, S.C. 2016, c. 3, assented to 2016-06-17, Section 241(1) of the Criminal Code, sul sito <https://laws-lois.justice.gc.ca> (ultima consultazione 12/12/2019).

²⁵ Corte costituzionale, sent. n. 242/2019, § 5 Considerato in diritto.

²⁶ C. TRIPODINA, *Diritti alla fine della vita e costituzione*, cit., 413.

²⁷ Corte costituzionale, sent. n. 242/2019, § 5 Considerato in diritto.

²⁸ Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la vie et de la santé (CCNE), *Avis N° 63 – Fin de vie, arrêt de vie, euthanasie*, 27 Janvier 2000, § 4 – *Engagement solidaire et exception d'euthanasie*.

²⁹ Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Questioni bioetiche relative alla fine della vita umana*, 14 luglio 1995, § 6, sul sito <http://bioetica.governo.it> (ultima consultazione 18.12.2019). «*Hard cases make bad law*» è uno dei più noti aforismi della tradizione giuridica anglo-americana, che troviamo utilizzato per le prime volte in due sentenze: *Hodgens v. Hodgens*, 4 Cl Fin. 323 (1837) e nel parere dissenziente del giudice Oliver Wendell Holmes, Jr. in *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904). Per un approfondimento si fa rinvio a S. SHAH-SHAHANI, *Hard Cases Make Bad Law? A Theoretical Investigation*, November 2019, sul sito <https://www.law.nyu.edu> (ultima consultazione 26.02.2020).

sottolineare la distinzione – talvolta anche divaricazione – di piani tra etica e diritto, ma anche la difficoltà argomentativa di una sentenza che assume a paradigma normativo, almeno fino ad intervento del Legislatore, uno specifico caso-limite con la pretesa di ricavarne un “diritto” meritevole di tutela nel contesto del sistema costituzionale³⁰.

4. L’insidiosa antinomia tra art. 580 codice penale e art. 32, secondo comma, Costituzione

La Corte cost. italiana prevede che la persona malata debba essere tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale, ai quali possa liberamente rinunciare. Questa condizione è molto specifica, diremmo unica nel contesto del diritto comparato, dove il suicidio assistito e l’eutanasia trovano giustificazione in base a due principali paradigmi normativi, presenti anche in forma mista: l’elemento “oggettivo” di una malattia giunta alla fase terminale (3-6 mesi) e la condizione “soggettiva” di uno stato di sofferenza insopportabile, determinato da una patologia senza prospettive di miglioramento³¹. Il requisito della revoca dei trattamenti di sostegno vitale, che ha trovato pieno riconoscimento nell’art. 1, quinto comma, della legge 219/2017, consente alla Corte cost. di ricondurre la richiesta di aiuto al suicidio sotto la copertura dell’art. 32, secondo comma, Cost.

Si crea in tal modo una sorta di osmosi e di scambio di significati tra revoca dei trattamenti di sostegno vitale e richiesta di aiuto al suicidio: la revoca dei trattamenti viene interpretata come «decisione di accogliere la morte», mentre il suicidio medicalmente assistito è presentato come una «scelta delle terapie», comprese quelle finalizzate a liberare il malato dalle sofferenze³². In altro luogo della sentenza la Corte cost. fa riferimento alla «somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente»³³: si coglie tutta l’ambiguità del termine “farmaco”, che può anche significare “veleno”, sebbene nell’uso corrente indichi una sostanza prescritta a scopo terapeutico. Su queste premesse viene proposto il riassorbimento del suicidio medicalmente assistito nel contesto della legge 219/2017, di cui è auspicata la modifica.

La giurista Giovanna Razzano, nel commentare l’ord. 207/2018, ha parlato di una «apparente bipolarità dell’ordinanza» perché, da un lato, conferma il diritto alla vita e mantiene il reato dell’aiuto al suicidio, dall’altro lato introduce un diritto a morire, di cui può fruire il malato che si trova nelle condizioni previste³⁴. La bipolarità caratterizza, a nostro parere, la sent. 242/2019 per una ben più insidiosa *antinomia*, intesa nel senso letterale di “contrasto di norme”. Infatti, l’obiettivo della “manipolazione” dell’art. 580 cod. pen. viene raggiunto e motivato attraverso la “manipolazione” dell’art. 32, secondo

³⁰ G. CARAPEZZA FIGLIA, *Diritto al suicidio assistito? La tutela della persona alla fine della vita*, in *Rassegna di diritto civile*, 2, 2019, 580-598.

³¹ Gruppo di lavoro in materia di aiuto medico a morire, *Aiuto medico a morire e diritto: per la costruzione di un dibattito pubblico, plurale e consapevole*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, § 5.1, sul sito <http://rivista.biodiritto.org> (ultima consultazione 20.12.2019).

³² Corte costituzionale, sent. n. 242/2019, § 2.3 Considerato in diritto.

³³ *Ibidem*, § 2.4 Considerato in diritto.

³⁴ G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un’ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2019, 16-17, sul sito <http://www.dirittifondamentali.it> (ultima consultazione 15.12.2019).

comma, Cost. Ne consegue che, alle condizioni stabilite, la *richiesta di aiuto al suicidio* diventa equivalente alla *revoca dei trattamenti* di sostegno vitale, al punto da indurre a dubitare che si tratti ancora di “suicidio”. A nostro parere l’argomentazione sarebbe stata coerente, qualora si fosse limitata all’individuazione di un ambito di non punibilità in presenza di circostanze di “eccezionalità” e di “necessità”, ovvero, di malati prossimi alla morte e in preda ad uno stato di intollerabile sofferenza fisica e/o psicologica.

Più in generale, le nostre perplessità riguardano la possibilità di un’ermeneutica della *Costituzione* alla luce del “diritto di morire per mano di altri”. La costituzionalista Chiara Tripodina fornisce una risposta negativa, perché «la Costituzione dice» sul diritto di lasciarsi morire, mentre «la Costituzione non dice» sul diritto di morire per mano d’altri³⁵. Appare assai arduo, ribadisce il giurista Federico Gustavo Pizzetti, estendere la previsione dell’art. 32, secondo comma, Cost. oltre l’ambito dei trattamenti sanitari strettamente considerati, per arrivare ad abbracciare atti come quello del suicidio assistito e dell’eutanasia, «che non hanno a che spartire coi trattamenti sanitari e che non costituiscono perciò esercizio di autonomia terapeutica»³⁶. Nella riconosciuta assenza delle strette “rime obbligate”, auspicabili per una sentenza manipolativa di così grande impatto sociale, sarebbe stato opportuno che «una tale decisione politica fosse assunta nelle sedi della democrazia rappresentativa, dopo ampio e approfondito dibattito nel consesso sociale»³⁷.

Sul piano del diritto comparato l’eutanasia e il suicidio assistito sono stati giustificati sulla base di due principi convergenti: 1) il diritto all’autonomia e al libero sviluppo della personalità, anche rispetto a limitazioni improprie da parte dello Stato; 2) il diritto ad una morte con dignità (*death with dignity*)³⁸. In modo particolare, la Corte costituzionale della Colombia ha insistito sul diritto del malato ad una morte dignitosa, inteso come diritto autonomo e di contenuto complesso: i malati «non possono essere costretti a continuare a vivere allorquando, per le circostanze estreme in cui si trovano, non lo stimano desiderabile né compatibile con la propria dignità, con l’inammissibile argomento che una maggioranza lo giudica un imperativo religioso o morale»³⁹. Possono essere di maggiore interesse le argomentazioni presentate dalla suprema Corte del Canada nella sentenza *Carter contro Canada* del 2015, tenuta in considerazione dalla Corte cost. italiana⁴⁰. Con riferimento all’art. 7 della Carta dei

³⁵ 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 *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, 145, sul sito <http://www.biodiritto.org> (ultima consultazione 22.12.2019). Della stessa autrice si confronti *Articolo 32*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 321-332.

³⁶ 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*, Atti del convegno di Asti 11 novembre 2011, Napoli, 2012, 173.

³⁷ C. TRIPODINA, *Quale morte per gli “immersi in una notte senza fine”?*, cit., 149.

³⁸ P. PASSAGLIA (a cura di), *op. cit.*

³⁹ Corte Costituzionale della Colombia, sent. 20 maggio 1997, C-239/97, § II.C1, sul sito <https://www.biodiritto.org> (ultima consultazione 20.12.2019). A distanza di diciotto anni dalla sentenza il Ministero della Salute colombiano, con la Risoluzione n. 1216 del 20 aprile 2015, ha approvato le linee guida che definiscono i termini del riconosciuto «diritto a morire con dignità». Sul «labirinto della dignità umana» nel biodiritto, e in particolare nel fine vita, si confronti C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 47-84.

⁴⁰ Corte costituzionale, ord. n. 207/2018, § 11.

diritti e delle libertà⁴¹, la Corte canadese afferma che il profondo rispetto per il valore della vita umana «ingloba anche la vita, la libertà e la sicurezza della persona durante il trapasso alla morte. Per questo motivo il carattere sacro della vita non esige che ogni vita umana sia preservata a tutti i costi»⁴². Pertanto l'aiuto medico a morire è fondato sul diritto del malato alla libertà e al controllo dell'integrità della propria persona, il cui significato richiama il «rispetto della vita privata» previsto dall'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

5. La distinzione tra rifiuto/revoca dei trattamenti e aiuto al suicidio

A noi pare che la Corte cost. italiana faccia proprio il punto di vista della Corte suprema del Canada, che si riconosce nell'affermazione del giudice di primo grado Smith: «non sussiste distinzione etica tra morte medicalmente assistita e altre pratiche di fine vita, nelle quali la conseguenza della morte è altamente probabile»⁴³. Nella prospettiva di un'etica consequenzialista la rinuncia ai trattamenti di sostegno vitale e il suicidio assistito sono considerati atti equivalenti, in quanto entrambi riducono il tempo di vita del malato⁴⁴. Con riferimento allo stesso orientamento etico si può giustificare l'equivalenza che la Corte cost. pone tra la scelta di morire in costanza di sedazione profonda continua e la richiesta di aiuto al suicidio, perché la perdita definitiva della coscienza, indotta dalla sedazione profonda continua, è intesa come la morte “biografica” della persona, che rimane in vita solo sul piano “biologico”⁴⁵. Noi stessi abbiamo ammesso in precedenza che, nelle circostanze della revoca dei trattamenti di sostegno vitale, la scelta di morire in costanza di sedazione profonda continua e la scelta dell'aiuto al suicidio sono “contigue” per via di una morte comunque imminente, e tuttavia rimangono “divergenti” per valore e modalità di realizzazione⁴⁶.

Sulla distinzione tra eutanasia/suicidio assistito e rifiuto/revoca dei trattamenti di sostegno vitale si è espressa con chiarezza la suprema Corte di cassazione nella sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007

⁴¹ Government of Canada, *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sul sito <https://laws-lois.justice.gc.ca> (ultima consultazione 20.02.2020).

⁴² Corte Suprema del Canada, *Carter v. Canada*, sentenza 6 febbraio 2015, CSC 5, § 63. Per approfondimenti si confrontino: T. McMORROW, *Voluntary Euthanasia, Assisted Suicide & Law Reform: A Sketch of the Canadian Experience*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 267-282, sul sito <http://rivista.biodiritto.org> (ultima consultazione 27.12.2019); E. STEFANELLI, *op. cit.*

⁴³ Corte Suprema del Canada, *Carter v. Canada*, *cit.*

⁴⁴ J. RACHELS, *Quando la vita finisce. La sostenibilità morale dell'eutanasia* (1986), Casale Monferrato, 1989, 116 ss. L'impronta utilitaristica dell'argomentazione della Corte cost. viene segnalata anche da G. CARAPEZZA FIGLIA, *op. cit.*, 587. La divergenza di opinioni, sul piano etico, riguardo alla differenza tra eutanasia/suicidio assistito e sospensione/non attivazione di un trattamento su richiesta del malato emerge anche nel parere del Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, 18 luglio 2019, § 1, sul sito <http://bioetica.governo.it> (ultima consultazione 18.12.2019).

⁴⁵ M. MORI, *Dal vitalismo medico alla moralità dell'eutanasia*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 7, 1, 1999, 119-120. Si confrontino anche la *Postilla del Prof. Carlo Flamigni* e la *Dichiarazione del Prof. Demetrio Neri* allegata in calce al parere del Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte*, 26 gennaio 2016, sul sito <http://bioetica.governo.it> (ultima consultazione 18.12.2019).

⁴⁶ G. ZANINETTA, F. NICOLI, M. PICOZZI, *La sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte: aspetti clinici, giuridici ed etici*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2, 2017, 881-894.

riguardante il caso di Eluana Englaro: «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 corso naturale»⁴⁷. Sul piano giuridico è possibile distinguere il rifiuto/revoca dei trattamenti sanitari rispetto al suicidio assistito in relazione ad almeno quattro profili: a) causalità; b) intenzionalità; c) termine di riferimento oggettivo (la somministrazione di una sostanza letale non è trattamento sanitario); d) ambito valutativo dei terzi (il rifiuto/revoca dei trattamenti vale in ogni circostanza, mentre la richiesta di aiuto al suicidio è soggetta a verifica)⁴⁸. A tal proposito la Corte Suprema USA, nella sentenza *Vacco v. Quill* del 25 giugno 1997, ebbe ad affermare che «la distinzione tra l'assistenza al suicidio e la revoca dei trattamenti di sostegno vitale, una distinzione ampiamente riconosciuta e approvata all'interno della professione medica e nelle nostre tradizioni legali, è tanto importante quanto logica: certamente è razionale»⁴⁹. Tra la revoca dei trattamenti di sostegno vitale (lasciare che la malattia segua il suo corso naturale) e l'aiuto al suicidio (farsi aiutare a morire) si interpone una «cesura logica e fattuale netta»⁵⁰. Anche il giurista Paolo Zatti riconosce che «esiste un crinale, sottile ma limpido, tra cessare la lotta contro la morte e procurarsela o procurarla»⁵¹. Né vale argomentare sull'affievolirsi, in taluni casi, della distinzione tra «eutanasia attiva» (far morire) ed «eutanasia passiva» (lasciar morire). Muovendo dal presupposto che il rifiuto dei trattamenti sanitari sia un «diritto da prendere sul serio», il giurista Stefano Canestrari propone di «abbandonare definitivamente l'espressione tradizionale ma del tutto impropria di «eutanasia passiva consensuale»⁵², evitando in tal modo la confusione concettuale che può emergere quando si ammettono forme diverse di eutanasia.

Diversamente dalla richiesta di morte, la revoca dei trattamenti di sostegno vitale è da intendersi come rinuncia ad una tecnologia che mantiene in vita il malato in condizioni artificiali. Nelle cronache nazionali hanno avuto larga eco le vicende di taluni malati di Sla (Piergiorgio Welby, Giovanni Nuvoli, Walter Piludu) che, ormai prossimi alla morte, hanno rinunciato alla respirazione e alla nutrizione/idratazione artificiali, perché si trovavano in condizioni di spossatezza e prostrazione fisica: dopo la *resistenza* pluriennale ad una malattia inesorabilmente progressiva hanno dovuto accettare la *resa*⁵³. Sono questi gli aspetti più drammatici di una medicina che ritarda gli effetti della malattia, ma che non è in grado di impedire nei momenti finali la progressiva devastazione dell'organismo.

⁴⁷ Corte di cassazione, sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, § 6.1. Si confronti anche Consiglio di Stato, sez. III, sent. 2 settembre 2014, n. 4460, §§ 46 ss.

⁴⁸ G. CARAPEZZA FIGLIA, op. cit., 585.

⁴⁹ U.S. Supreme Court, *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997), 26 giugno 1997, § 800 ss. (trad. it. in *Foro it.*, 4, 1998, c. 76 ss.).

⁵⁰ C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"?*, cit., 145.

⁵¹ P. ZATTI, *Aiutare a morire: note brevi sui limiti del diritto*, intervento nella discussione su *La buona morte: quale spazio giuridico?*, 18 marzo 2017, sul sito <https://undirittogentile.wordpress.com>. Si confronti anche F. NICOLI, M. PICOZZI, *Killing or allowing someone to die: a difference defined exclusively by the criteria of "terminal"?* *Making decisions regarding a patient's death*, in *Medicina Historica*, 1, 2017, 41-47.

⁵² S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 73.

⁵³ P. CATTORINI, *La morte offesa. Espropriazione del morire ed etica della resistenza al male*, Bologna, 2006 (2ª rist.), 182-195.

Le osservazioni critiche e le perplessità in questa sede da noi espresse trovano autorevoli conferme. Il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), nel parere *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito* (18 luglio 2019), prende le distanze dalla proposta della Corte cost. di inserire la disciplina del suicidio assistito nel contesto della legge 219/2017, «dato che permane una netta differenza di fatto, con effetti sul piano etico e giuridico, tra il paziente libero di rifiutare o di accettare un trattamento terapeutico e il paziente che chiede di farsi aiutare a morire (aiuto al suicidio). Una cosa è sospendere o rifiutare trattamenti terapeutici per lasciare che la malattia faccia il proprio corso; altra cosa è chiedere ad un terzo, per esempio ad un medico, un intervento finalizzato all’aiuto nel suicidio»⁵⁴.

Con altrettanta chiarezza si pronuncia il documento *Aiuto medico a morire e diritto: per la costruzione di un dibattito pubblico, plurale e consapevole* (11 settembre 2019), elaborato da un gruppo di accademici e professionisti della salute, secondo i quali integrare la legge n. 219/2017 con l’aiuto medico a morire «potrebbe generare una confusione di piani (ad es. assimilazione di due trattamenti entrambi attinenti al fine vita, ma bisognosi di attenta distinzione, quali la sedazione palliativa, da un lato, e il suicidio medicalmente assistito o l’eutanasia, dall’altro) e cortocircuiti di disciplina (ad es. per quanto concerne l’obiezione di coscienza, che ha senso nel contesto di una disciplina sull’aiuto medico a morire, ma non nell’alveo delle previsioni della legge n. 219 del 2017). Il gruppo auspica, in definitiva, una legge autonoma, specificamente dedicata all’aiuto medico a morire, correlata al codice penale e alla legge n. 219 del 2017 da attente clausole di coordinamento»⁵⁵. La proposta della Corte cost. rischia di far apparire eutanasica la rinuncia ai trattamenti di sostegno vitale, gettando un’ombra di sospetto sull’intera legge 219/2017⁵⁶.

6. Le prospettive deontologiche

La questione investe, in modo particolare, l’agire professionale dei sanitari. Il Codice di deontologia medica (2014)⁵⁷, vigente in Italia, vieta l’aiuto al suicidio quale atto «finalizzato a provocare la morte» del richiedente (art. 17), mentre intende come “dovere” la sospensione dei trattamenti revocati dal malato o valutati dal medico come inutili e sproporzionati (artt. 16 e 35)⁵⁸. La deontologia medica italiana valorizza una differenza sostanziale ribadita anche nei più recenti orientamenti della World Medical Association (WMA) che, nella Dichiarazione sull’eutanasia e sul suicidio medicalmente assistito adottata a Tbilisi (Georgia) nell’ottobre 2019, rinnova la contrarietà a tali atti, riconoscendo al con-

⁵⁴ Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, cit., § 3.1. Il CNB ha esaminato le argomentazioni proposte dalla Corte cost. nell’ordinanza n. 207/2018.

⁵⁵ Gruppo di lavoro in materia di aiuto medico a morire, *op. cit.*, § 10.

⁵⁶ A. MORRESI, *Postilla* inserita in appendice al parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, 18 luglio 2019, cit. Sul tema si confronti anche G. RAZZANO, *La legge n. 219/17 su consenso informato e DAT fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasi*, Torino, 2019.

⁵⁷ Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri (FNOMCeO), *Codice di deontologia medica*, Torino, 2014, sul sito <https://portale.fnomceo.it/codice-deontologico> (ultima consultazione 10.02.2020).

⁵⁸ Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri (FNOMCeO), *Codice di deontologia medica*, Torino, 2014, sul sito <https://portale.fnomceo.it> (ultima consultazione 30.12.2019).

tempo l'eticità del rispetto della volontà di un malato che chiede la sospensione dei trattamenti sanitari⁵⁹, in coerenza con il *Manuale di etica medica* (3^a ed., 2015) che conferma per i malati competenti «il diritto di rifiutare trattamenti, anche se il rifiuto può comportare disabilità o morte»⁶⁰. A fronte di una richiesta di sospensione dei trattamenti il medico ha il “dovere” di intervenire, mentre a fronte di una richiesta di aiuto al suicidio può far valere la sua libertà di coscienza, perché «accompagnare un paziente che fa richiesta di suicidio assistito attiene alla visione morale con cui ciascun medico interpreta la propria professione e la relazione medico-paziente»⁶¹.

Nell'auspicare che la disciplina relativa al suicidio assistito venga inserita nel contesto della «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico», così come affermata nell'art. 1, secondo comma, della legge 219/2017, la Corte cost. genera una sorta di “cortocircuito” relativo alla relazione di cura, perché la prospettiva dell'aiuto medico al suicidio, così come quella dell'eutanasia, non fa parte strutturale della relazione di cura ed è stata intenzionalmente tenuta fuori dalla legge 219/2017 che, in riferimento al fine vita, ha adottato l'etica dell'accompagnamento propria delle cure palliative⁶². Del resto, la stessa Corte dichiara che «resta affidato alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato»⁶³. Ma se nel richiedere l'aiuto al suicidio il malato fa valere il proprio diritto di autodeterminazione terapeutica, si viene a creare ancora una volta un «cortocircuito di disciplina», perché rispetto a tale diritto il Legislatore italiano non ha previsto obiezione di coscienza, configurandosi l'accettazione o il rifiuto/revoca dei trattamenti sanitari come un limite di legge all'intervento del medico.

In data 6 febbraio 2020 il Consiglio nazionale della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri (FNOMCeO) ha approvato all'unanimità gli “indirizzi applicativi” dell'articolo 17 del Codice deontologico, nell'ottica di «allineare anche la punibilità disciplinare a quella penale», come ha spiegato il Presidente della FNOMCeO Filippo Anelli⁶⁴. La metodologia seguita è parallela a quella della Corte cost.: così come, sul piano penale, è stata dichiarata la non punibilità mantenendo inalterato il divieto di aiuto al suicidio, altrettanto, sul piano deontologico-disciplinare permane il divieto degli «atti finalizzati a provocare la morte», ma viene ammessa la non punibilità del medico che si

⁵⁹ «The WMA reiterates its strong commitment to the principles of medical ethics and that utmost respect has to be maintained for human life. Therefore, the WMA is firmly opposed to euthanasia and physician-assisted suicide. No physician should be forced to participate in euthanasia or assisted suicide, nor should any physician be obliged to make referral decisions to this end» (World Medical Association, *WMA Declaration on euthanasia and physician-assisted suicide*, Adopted by the 70th WMA General Assembly, Tbilisi – Georgia, October 2019, sul sito <https://www.wma.net> - ultima consultazione 30.12.2019).

⁶⁰ World Medical Association (WMA), *Medical Ethics Manual*, 2015 (3rd edition), 44, sul sito <https://www.wma.net> (ultima consultazione 27.12.2019).

⁶¹ Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia intensiva (SIAARTI), *Comunicato stampa sulla sentenza della Corte Costituzionale in materia di suicidio assistito*, 27 settembre 2019, sul sito <http://www.siaarti.it/News> (ultima consultazione 29.12.2019).

⁶² XVII Legislatura – Resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta n. 773 di martedì 4 aprile 2017, *Pareri espressi dalla relatrice di maggioranza on. Donata Lenzi sul testo unificato della proposta di legge in tema di Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, sul sito <http://www.camera.it> (ultima consultazione 27.12.2019).

⁶³ Corte costituzionale, sent. n. 242/2019, § 6 Considerato in diritto.

⁶⁴ Ufficio Stampa FNOMCeO, *Suicidio assistito, la Fnomceo aggiorna il Codice Deontologico*, 6 febbraio 2020, sul sito <https://portale.fnomceo.it> (ultima consultazione 11.02.2020).

attiene alle indicazioni della Corte. «La libera scelta del medico – ha deliberato con voto unanime il Consiglio nazionale della FNOMCeO – di agevolare, sulla base del principio di autodeterminazione dell’individuo, il proposito di suicidio autonomamente e liberamente formatosi da parte di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale, affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili, che sia pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli (sentenza 242/19 della Corte Costituzionale e relative procedure), va sempre valutata caso per caso e comporta, qualora sussistano tutti gli elementi sopra indicati, la non punibilità del medico da un punto di vista disciplinare»⁶⁵. La prestazione dell’aiuto al suicidio da parte del medico viene ancor più connotata come una “eccezione”, da valutare caso per caso.

In questi indirizzi noi cogliamo la rivendicazione di un giudizio “deontologico-disciplinare” autonomo e parallelo rispetto all’intervento degli organi di garanzia già indicati dalla Corte cost. nell’ambito della «procedura medicalizzata» dell’aiuto al suicidio: le condizioni e le modalità di esecuzione debbono essere verificate da «una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»⁶⁶. La Corte fa riferimento ai comitati etici istituiti per la salvaguardia dei soggetti vulnerabili nel contesto delle sperimentazioni cliniche⁶⁷, anche se in talune Regioni, come il Veneto, le funzioni consultive riguardo alla pratica clinica sono state separate e opportunamente attribuite ad organismi specifici, quali sono i “comitati etici per la pratica clinica”⁶⁸.

Il provvedimento della FNOMCeO suscita interrogativi ineludibili sotto il profilo del rapporto tra deontologia medica e pronunce giurisprudenziali. Nella realtà dei fatti rende più complicata la libera adesione del medico alla richiesta di un malato in difficoltà. Il clinico, dopo aver agito in conformità ai pareri della struttura sanitaria in cui opera e del comitato etico territorialmente competente, sarà sottoposto alla valutazione del Consiglio di disciplina dell’Ordine territoriale di appartenenza. Il nodo potrà essere sciolto dall’intervento del Legislatore attraverso la previsione di organismi di controllo, così come istituiti dalle leggi sull’eutanasia e sul suicidio assistito vigenti in Olanda, Belgio e Lussemburgo.

7. La possibile estensione del riscontrato *vulnus* costituzionale

Si dà atto alla Corte cost. di aver inteso limitare, almeno negli intenti, le richieste di aiuto al suicidio, tuttavia la Magistratura ordinaria si troverà ad affrontare d’ora in avanti una serie di casi, contigui nelle circostanze e nelle motivazioni, ma non del tutto rispondenti alle condizioni previste.

⁶⁵ Consiglio nazionale FNOMCeO, *Indirizzi applicativi all’art. 17 e correlati ai sensi della sentenza 242/19 della Corte Costituzionale*, Roma, 6 febbraio 2020, sul sito <https://portale.fnomceo.it> (ultima consultazione 12.02.2020).

⁶⁶ Corte costituzionale, sent. n. 242/2019, Dispositivo.

⁶⁷ *Ibidem*, § 5 Considerato in diritto. La Corte fa riferimento all’art. 12, comma 10 lettera c, del d.l. n. 158 del 2012 e all’art. 1 del decreto del Ministro della salute 8 febbraio 2013.

⁶⁸ Regione Veneto, *DGR n. 983 del 17 giugno 2014 – Allegato B*, in *Bollettino Ufficiale della Regione Veneto*, 8 luglio 2014, sul sito <https://bur.regione.veneto.it> (ultima consultazione 22.12.2019). L’esempio della Regione Veneto è stato seguito dal Friuli - Venezia Giulia, dalla Provincia autonoma di Bolzano, dalla Toscana e dalle Marche. Sul tema si confronti C. PETRINI, *Suicidio assistito. Dopo la sentenza della Consulta, quattro scenari per i comitati etici abilitati ad esprimersi su eventuali richieste*, in *Quotidianosanità.it*, 18 febbraio 2020, sul sito <http://www.quotidianosanità.it> (ultima consultazione 22.02.2020).

Un caso pregresso, il cui giudizio è stato rinviato proprio in attesa della sentenza della Corte cost., riguarda Davide Trentini, barista toscano di 53 anni malato di sclerosi multipla dal 1993, accompagnato in Svizzera per il suicidio assistito (13 aprile 2017) da Mina Welby, con il concorso di Marco Cappato che ha collaborato alla raccolta fondi⁶⁹. Riguardo ai fatti avvenuti prima della pubblicazione della sentenza, la Corte cost. ammette flessibilità sulle «condizioni procedurali», purché abbiano offerto «garanzie sostanzialmente equivalenti»⁷⁰; invece mantiene ferme al caso di Fabiano Antoniani le condizioni del malato morto suicida: «patologia irreversibile, grave sofferenza fisica o psicologica, dipendenza da trattamenti di sostegno vitale e capacità di prendere decisioni libere e consapevoli [...]. Requisiti tutti la cui sussistenza dovrà essere verificata dal giudice nel caso concreto»⁷¹. Pertanto la Corte d'assise del tribunale di Massa, competente ad esprimersi sul caso di Davide Trentini, dovrà accertare la sussistenza di “tutti” i requisiti, previsti nel loro insieme dalla Corte cost. come scriminante rispetto al reato di cui all'art. 580 cod. pen. Tuttavia, dalle cronache non si ha evidenza che questo malato fosse tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale, ovvero da supporti tecnologici applicati all'organismo dall'esterno. In tal modo Mina Welby e Marco Cappato – quest'ultimo già assolto in relazione al caso di Fabiano Antoniani perché «il fatto non sussiste»⁷² – rischierebbero una pesante condanna per la mancanza di uno dei requisiti, a meno che il consulente tecnico di parte non dimostri la funzione di “sostegno vitale” dei trattamenti farmacologici di cui fruiva il malato.

Ci rendiamo conto che, soprattutto per i casi futuri, uno dei problemi sarà di individuare il perimetro entro il quale circoscrivere i “trattamenti di sostegno vitale”, da intendersi come trattamenti strumentali e farmacologici utilizzati, di norma, in ambiente intensivologico, ma alcuni anche in ambito domiciliare. Nel far costante riferimento alla condizione di Fabiano Antoniani, la Corte cost. tiene presenti la ventilazione meccanica non invasiva (NIV), la nutrizione e l'idratazione artificiali. A tali trattamenti si aggiungono la ventilazione meccanica invasiva con i presidi di gestione delle vie aeree (tubo endotracheale), le tecniche di depurazione extracorporea in caso di insufficienza renale (dialisi) o epatica, i dispositivi di assistenza circolatoria meccanica (IABP, ECMO, VAD), l'infusione di farmaci vasopressori e/o inotropi per lo scompenso cardiaco, la terapia antibiotica, l'infusione di emoderivati⁷³: in una parola, tutti i trattamenti che supportano in modo essenziale o sostituiscono funzioni vitali dell'organismo. Ci chiediamo se in questo ambito possano rientrare i farmaci immunosoppressori da assumere in via permanente dopo un trapianto d'organo, il trattamento con insulina delle forme più severe del diabete o, ancora, le terapie cosiddette “salvavita”. Dobbiamo prendere atto, allora, che i “trattamenti di sostegno vitale” possono essere individuati, come tali, solo in relazione alla specifica funzione sul singolo malato.

⁶⁹ R. BERARDO, *La storia di Davide Trentini e il processo a Mina Welby e Marco Cappato*, 4 febbraio 2020, sul sito <https://www.associazionelucacoscioni.it> (ultima consultazione 26.02.2020). Il processo presso la Corte d'assise di Massa è iniziato il 12 novembre 2018, ma le udienze sono state presto sospese in attesa della sentenza della Corte costituzionale sul caso M. Cappato – F. Antoniani; la prossima udienza è stata fissata per il 18 marzo 2020.

⁷⁰ Corte costituzionale, sent. n. 242/2019, § 7 Considerato in diritto.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² 1^a Corte d'assise di Milano, sent. 23 dicembre 2019, n. 8, sul sito <http://www.giurisprudenzapenale.com> (ultima consultazione 26.02.2020).

⁷³ Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia intensiva (SIAARTI), *Le cure di fine vita e l'anestesista rianimatore: raccomandazioni SIAARTI per l'approccio alla persona morente – Update 2018*, 27 giugno 2018, 24-27, sul sito <http://www.siaarti.it> (ultima consultazione 27.12.2019).

Il principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 Cost., potrebbe essere il grimaldello per scardinare i rigidi criteri fissati dalla Corte cost. Del resto, il «paradosso dell'uguaglianza di fronte alla morte» è già stato individuato dal giurista Stefano Rodotà in un saggio del 2002: «se ho la sfortuna (uso deliberatamente questo termine) di sopravvivere con le mie sole forze, anche in presenza di sofferenze insopportabili, in un contesto che rifiuta gli interventi eutanasi e dunque il suicidio assistito, finisco col trovarmi in una condizione di minore libertà rispetto a colui il quale, sopravvivendo con mezzi meccanici o chimici ha invece la possibilità di rifiutare le cure e di morire»⁷⁴. Questa riflessione fa riferimento ai due casi decisi, in Gran Bretagna, rispettivamente dalla *High Court of Justice (Ms B.)* e dalla *House of Lords (Diane Pretty)* a qualche mese di distanza nel corso del 2002. Ms B, donna tetraplegica, completamente paralizzata e tenuta in vita da un respiratore automatico (polmone d'acciaio), ha potuto revocare tale trattamento ed è morta come richiesto. Invece a Diane Pretty, affetta da irreversibile sindrome neurodegenerativa del sistema nervoso centrale, ma non dipendente da trattamenti di sostegno vitale, è stato vietato l'aiuto al suicidio da parte del marito⁷⁵. Quest'ultimo caso ci rappresenta la condizione del malato fisicamente impossibilitato a compiere il gesto del suicidio: la previsione di tale impossibilità potrebbe ingenerare in lui l'effetto perverso di anticipare la richiesta di aiuto al suicidio, almeno finché si trova nelle condizioni di poter agire in autonomia⁷⁶.

Le difficoltà connesse al requisito della revoca dei trattamenti di sostegno vitale sono riconosciute anche dal giurista Carlo Casonato, secondo il quale «molti pazienti (come Gloria Taylor, ad esempio, querelante in *Carter v. Canada*) chiedono un aiuto al loro suicidio prima di essere trattati con ventilazione meccanica e nutrizione e idratazione artificiali [NIA] – e a volte, precisamente perché non vogliono questa tipologia di trattamenti di sostegno vitale. Costringerli alla tracheostomia o alla NIA al solo scopo di accedere al suicidio assistito sembra altamente irragionevole»⁷⁷. Un malato di Sla sarebbe “costretto” ad accettare la tracheostomia, non avendo titolo a presentare la richiesta di aiuto al suicidio prima di tale intervento, pur trovandosi in uno stato di forte distress fisico e morale.

Sulla base dello stesso principio di uguaglianza, il diritto di scelta tra una morte accompagnata da sedazione profonda continua e l'aiuto al suicidio potrebbe riguardare molti altri malati negli ultimi giorni di vita, indipendentemente dal fatto che siano nelle condizioni di rinunciare a terapie di sostegno vitale, ma unicamente sulla base della «libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze»⁷⁸. Non solo, ma questa scelta potrebbe tradursi in una richiesta anticipata di eutanasia, qualora venga inserita in una pianificazione condivisa delle cure o nelle disposizioni anticipate di trattamento – DAT, previste dalla legge 219/2017, artt. 4-

⁷⁴ S. RODOTÀ, *Il paradosso dell'uguaglianza davanti alla morte*, in S. SEMPLICI (a cura di), *Il diritto di morire bene*, Bologna, 2002, 40-41.

⁷⁵ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 216-227.

⁷⁶ Corte Suprema del Canada, *Carter v. Canada*, sentenza 6 febbraio 2015, CSC 5, cit., § 30.

⁷⁷ C. CASONATO, *Assisted suicide in Italy: constitutional right or wishful thinking?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, 147-149, sul sito <http://rivista.biodiritto.org> (ultima consultazione 15.12.2019).

⁷⁸ Corte costituzionale, sent. n. 242/2019, § 2.3 Considerato in diritto.

⁷⁹. Le circostanze fin qui proposte sono sufficienti ad evidenziare la potenziale estensione di quella che inizialmente ci è apparsa come “eccezione” di aiuto al suicidio.

8. Conclusioni

È difficile parlare di libertà di scelta da parte del malato, se il Servizio sanitario nazionale (SSN) non è in grado di assicurare un buon accompagnamento nel morire attraverso le cure palliative. La stessa Corte cost. fa propria la sottolineatura del CNB, secondo il quale le cure palliative dovrebbero rappresentare «una priorità assoluta per le politiche della sanità»⁸⁰, e a sua volta stabilisce che il malato deve essere adeguatamente informato e coinvolto in un percorso di cure palliative, quale pre-requisito alla richiesta di aiuto al suicidio: «si cadrebbe, altrimenti, nel paradosso di non punire l'aiuto al suicidio senza avere prima assicurato l'effettività del diritto alle cure palliative»⁸¹.

Un convinto sostenitore dell'eutanasia, qual è stato Umberto Veronesi, ha ammesso di aver scoperto nelle corsie degli ospedali che «chi riesce a sconfiggere il dolore non chiede di morire»⁸². Tale affermazione trova conferma in Marie De Hennezel, psicologa francese con notevole esperienza nell'accompagnamento dei morenti, secondo la quale «nessuna richiesta di eutanasia è stata ripetuta dopo un accompagnamento di qualità. Ogni reiterazione della richiesta di eutanasia esprime la volontà della persona di vivere in un altro modo la parte finale della sua vita»⁸³. La stessa Corte cost. ammette che «l'accesso alle cure palliative, ove idonee a eliminare la sofferenza, spesso si presta, infatti, a rimuovere le cause della volontà del paziente di congedarsi dalla vita»⁸⁴. Ma poiché l'offerta delle cure palliative presenta un'accentuata disomogeneità sul territorio nazionale⁸⁵, il “paradosso” evidenziato dalla Corte, più che un'ipotesi, si delinea come un dato di fatto. E allora, quella che finora abbiamo indicato come “eccezione” rischia, in talune Regioni italiane, di trasformarsi in vero e proprio “paradosso”.

Preso atto che attraverso la sent. 242/2019 della Corte cost. l'aiuto medico al suicidio è entrato nell'ordinamento italiano, si rende auspicabile l'intervento del Legislatore con apposito e separato provvedimento, «vista la complessità della materia affrontata, la delicatezza delle garanzie da approntare e il numero delle questioni da definire»⁸⁶.

⁷⁹ F.G. PIZZETTI, *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*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, § 6, 164-170, sul sito <http://rivista.biodiritto.org> (ultima consultazione 05.12.2019).

⁸⁰ Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, cit., § 4.4.

⁸¹ Corte costituzionale, sent. n. 242/2019, § 2.4 Considerato in diritto.

⁸² U. VERONESI, *L'uomo con il camice bianco*, Milano, 2009, 167.

⁸³ M. DE HENNEZEL, *La dolce morte* (2000), Milano, 2002, 174-175.

⁸⁴ Corte costituzionale, sent. n. 242/2019, § 5 Considerato in diritto.

⁸⁵ Ministero della Salute – Dir. Generale della programmazione sanitaria, *Rapporto al Parlamento sullo stato di attuazione della Legge n. 38 del 15 marzo 2010* (anni 2015-2017), Roma, 31 gennaio 2019, sul sito <http://www.salute.gov.it> (ultima consultazione 30.12.2019).

⁸⁶ Gruppo di lavoro in materia di aiuto medico a morire, *op.cit.*, § 10.

Il caso Cappato: la Corte costituzionale nelle strettoie tra uccidere e lasciar morire

Francesca Poggi*

THE CAPPATO COURT CASE. THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT BETWEEN KILLING AND LETTING DIE
 ABSTRACT: This essay critically analyses the arguments developed by the Italian Constitutional Court in the famous “Cappato case”, showing that some of those arguments are inconclusive or mutually inconsistent. The essay argues that these argumentative difficulties are due, on one hand, to the fact that the Constitutional Court remains implicitly tied to the distinction between doing and allowing harm, and, on the other, to the fact that this choice is never explicitly justified. In the last paragraphs the author instead contends that this distinction does not apply to the issues under consideration: in particular, it is argued that the interruption of medical treatments is a case of doing harm (killing). Therefore, if one thinks that the interruption of treatments (at the patient’s request) is morally correct, there is no reason to prohibit active euthanasia and assisted suicide (always at the patient’s request) – or, better, such reasons, if any, should be sought elsewhere than in the moral difference between doing and allowing harm.

KEYWORDS: Killing; letting die; euthanasia; assisted suicide; Cappato court case

SOMMARIO: 1. Introduzione. Una sentenza (quasi) storica – 2. Il caso Cappato (in breve) – 3. Sulla legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p. – 4. Sulla parziale illegittimità dell’art. 580 c.p. – 5. La distinzione tra *doing* vs. *allowing harm* – 6. L’interruzione dei trattamenti come caso di *killing*

1. Introduzione. Una sentenza (quasi) storica

La sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019 ha segnato una svolta nel diritto italiano sul fine vita. Fino a questa pronuncia, il nostro ordinamento risultava strettamente ancorato alla distinzione tra uccidere e far morire (*killing* vs. *letting die*): una distinzione molto discussa sotto il profilo morale, filosofico e giuridico, ma comunque assunta come centrale in moltissimi ordinamenti giuridici¹. La legge n. 219 del 2017, dando attuazione all’art. 32, comma 2 Cost. e recependo un orientamento giurisprudenziale consolidato a partire dal “caso Englaro”², aveva, infatti, sancito la centralità del consenso informato, riconoscendo ad ogni persona capace di agire il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla propria sopravvivenza (art. 1,

* Professoressa associata presso il Dipartimento di scienze giuridiche “Cesare Beccaria”, Università degli Studi di Milano. Mail: francesca.poggi@unimi.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo. Ringrazio Vittorio Villa e i due revisori anonimi della rivista per i suggerimenti e le utili osservazioni critiche.

¹ Una chiara formulazione di tale distinzione si trova, ad esempio, in *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997).

² Corte Cass., sez. I, sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007.

comma 5); tuttavia, nessuna norma garantiva il diritto al suicidio assistito, il quale, invece, continuava a rientrare sotto la previsione dell'art. 580 c.p. (*istigazione o aiuto al suicidio*), che incriminava chiunque agevolasse in qualunque modo l'esecuzione del suicidio altrui. Insomma, lasciar morire, dando esecuzione alla volontà del paziente di interrompere o non iniziare un trattamento sanitario, era considerato lecito, mentre aiutare a morire chi lo richiedesse costituiva sempre un reato. Con la sentenza n. 242 del 2019 la Corte costituzionale sembra aver parzialmente superato questa impostazione, sancendo la legittimità di alcune ipotesi ben definite di suicidio assistito. La Corte, infatti, ha dichiarato incostituzionale l'art. 580 c.p., per violazione degli artt. 2, 13 e 32. comma 2 Cost., «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017 – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi dinnanzi indicati –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del sistema sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

In questo contributo, dopo aver brevemente ricostruito il caso che ha originato il giudizio (§2), analizzerò le motivazioni offerte dalla Corte, avanzando alcune critiche agli argomenti impiegati nei due snodi centrali in cui si articola la pronuncia in esame: la parte in cui la Corte respinge la questione di illegittimità dell'art. 580 c.p., così come sollevata dal giudice *a quo* (§3), e la parte in cui, invece, dichiara parzialmente illegittimo lo stesso art. 580 c.p. (§4). Come cercherò di dimostrare, gli argomenti adottati dalla Corte sono a tratti contraddittori o includenti e molti punti fondamentali della decisione sono affermati in modo apodittico, senza avanzare ragioni in loro supporto. A mio giudizio queste difficoltà argomentative derivano, da un lato, dal fatto che la Corte resti ancorata alla distinzione tra uccidere e far morire, e, dall'altro, dal fatto che le questioni centrali poste dal caso in esame siano in qualche modo eluse. Sotto il primo profilo, lungi dal superare la distinzione anzidetta, la Corte, a ben vedere, la ripropone, limitandosi ad individuare alcune ipotesi in cui essa non rileva³. La sentenza, infatti, costituisce un ben piccolo passo sulla strada dell'affermazione della libertà di autodeterminazione nelle questioni di fine vita⁴: essa rende lecito aiutare nel suicidio solo coloro che già prima della sentenza potevano ottenere la morte mediante interruzione dei trattamenti sanitari. Non solo il suicidio assistito non è un diritto⁵, ma l'aiuto al suicidio è ancora un reato se prestato a favore di persone che, per quanto sofferenti e in fase terminale, non sono tenute in vita da strumenti di supporto vitale.

³ Rispetto all'ordinanza n. 207/2018, M. MORI, *Un'analisi bioetica dell'ordinanza della Corte Costituzionale sul caso Cappato*, in *Notizie di Politeia*, 35, 133, 2019, 93-98, sostiene invece che la Corte faccia uso dell'equivalenza concettuale tra "uccidere" e "lasciar morire", che lo stesso Mori assume come a-problematica, ma non sappia giustificarla per assenza di dimestichezza con la distinzione tra "vita meramente biologica" e "vita biografica". In realtà, come tenterò di argomentare, la piena consapevolezza dell'equivalenza tra *killing* e *letting die* avrebbe spinto la Corte in tutt'altra direzione.

⁴ Questo giudizio non è unanimemente condiviso dalla dottrina cfr., da ultimo, C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte Costituzionale risponde a se stessa*, in *Sistema penale*, 12, 2019, 33-48.

⁵ Non è un diritto in quanto, come sostenuto dalla Corte, ad esso non corrisponde alcun dovere. Scrive, infatti, la Corte: «[L]a presente declaratoria di incostituzionalità si limita ad escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici» (*In diritto*, § 6).

Sotto il secondo profilo, come già rilevato da alcuni commentatori⁶, la Corte elude la questione centrale della disponibilità/non disponibilità del bene vita, o, meglio, oscilla costantemente tra l'uso di argomenti che depongono a favore dell'indisponibilità (§3) e l'uso di argomenti che invece affermano una disponibilità limitata, senza però mai impegnarsi nella giustificazione dei limiti in questione (§4). In sintesi, la Corte resta implicitamente ancorata alla distinzione tra uccidere e lasciar morire, ma, proprio perché questa distinzione è riproposta implicitamente e non apertamente, non giustifica la propria scelta. Nell'ultimo paragrafo di questo lavoro analizzerò in breve proprio tale distinzione: senza pretesa di esaurire l'enorme letteratura in materia, cercherò di articolare un argomento per dimostrare che questa distinzione, a prescindere dalla sua persuasività, non è rilevante, non si applica, nei casi di fine vita.

2. Il caso Cappato (in breve)

A seguito di un incidente occorso nel 2014, Fabiano Antoniani rimase tetraplegico, affetto da cecità bilaterale permanente, non autonomo nella respirazione e nell'alimentazione, con facoltà intellettive integre. Dopo alcuni anni di inutili cure, decise di porre fine alle proprie sofferenze e, nel gennaio 2017, rivolse anche un appello al Presidente della Repubblica Mattarella, perché facesse pressione sul Parlamento per la legalizzazione dell'eutanasia. Il 25 febbraio 2017 Fabiano Antoniani venne, quindi, accompagnato da Marco Cappato, dalla madre e dalla fidanzata in una clinica in Svizzera, dove si diede la morte il 27 febbraio, azionando con la propria bocca lo stantuffo che gli iniettò un farmaco letale. Il giorno seguente Marco Cappato si autodenunciò presso i Carabinieri di Milano. Nonostante la richiesta di archiviazione formulata dalla Procura della Repubblica, il GIP del Tribunale di Milano dispose l'imputazione coatta per il reato di cui all'art. 580 c.p.⁷.

Con l'ordinanza del 14 febbraio 2018, la Corte d'Assise di Milano, investita del processo contro Marco Cappato, sollevò questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., adducendo, in via principale, l'illegittimità dell'incriminazione delle condotte di mera agevolazione materiale, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio, per violazione degli articoli 2, 13 comma 1, e 117 comma 1 Cost. (quest'ultima quale norma interposta rispetto agli artt. 2 e 8 CEDU), e, in subordine, l'illegittimità della previsione di identico trattamento sanzionatorio per le condotte di istigazione e mera agevolazione materiale, per violazione degli artt. 3, 13, 25 comma 2 e 27 comma 3 Cost. Con l'ordinanza n. 207 del 2018 la Corte costituzionale inaugurò una nuova tecnica decisoria, o, meglio, interlocutoria: svolse compiute argomentazioni di merito, in cui evidenziò la parziale illegittimità dell'art. 580 c.p., ma, anziché dichiararla, rinviò di un anno la decisione per lasciare

⁶ Cfr. S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019, 37-60; M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione "non penalistica" della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 113-129; L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 131-143.

⁷ Per una accurata ricostruzione delle argomentazioni svolte dalla Procura e dal GIP cfr. D. NAPOLI, *Il Caso Cappato – Dj Fabo e le colorre d'Ercole del fine vita*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2017, 355-386.

che il Parlamento intervenisse con un'apposita normativa⁸. A un anno di distanza, preso atto dell'inertza parlamentare, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 242 del 2019, finalmente dichiarò l'incostituzionalità già precedentemente prospettata e argomentata. Al riguardo, occorre però avvertire che, se anche le motivazioni della sentenza ricalcano, in buona parte, quelle della precedente ordinanza, più volte testualmente citata, esse non sono, però, interamente sovrapponibili: per tale ragione, in questo contributo, mi concentrerò esclusivamente su quanto contenuto nella sentenza, segnalando le divergenze rispetto all'ordinanza solo allorché rilevanti rispetto ai miei fini.

L'ultima parola di questa vicenda umana e giuridica è stata pronunciata il 23 dicembre 2019 dalla Corte d'Assise di Milano, che ha assolto Marco Cappato perché il fatto non sussiste.

3. Sulla legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.

Gli argomenti in diritto sviluppati nella sentenza n. 242/2019 possono dividersi in due snodi principali – come vedremo, tra loro non sempre coerenti – ossia, la parte in cui la Corte rigetta la questione di incostituzionalità dell'art. 580 c.p., così come prospettata dal giudice *a quo*, e quella in cui, invece, ritagliando e rielaborando le ragioni di incostituzionalità prospettate, ne sancisce la parziale illegittimità. Qui esaminerò la prima parte e le sue relazioni con la seconda, che sarà poi analizzata nel prossimo paragrafo.

Come accennato, il giudice *a quo*, la Corte d'assise di Milano, aveva eccepito in via principale l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. (*istigazione o aiuto al suicidio*) nella parte in cui incriminava le condotte di mera agevolazione materiale, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio, per violazione degli articoli 2, 13 comma 1, e 117 comma 1 Cost, (quest'ultima quale norma interposta rispetto agli artt. 2 e 8 CEDU). La Corte costituzionale, invece, esclude che «l'incriminazione dell'aiuto al suicidio, ancorché non rafforzativo del proposito della vittima, possa ritenersi di per sé in contrasto con la Costituzione» (*In diritto* §2.2). La Corte nega che dall'art. 2 Cost. e dall'art. 2 CEDU possa derivare il diritto di rinunciare a vivere, e, dunque, un vero e proprio diritto a morire, e sostiene altresì che la condotta di mera agevolazione non violi il principio di offensività, in quanto, a suo giudizio, non è possibile «desumere la generale inoffensività dell'aiuto al suicidio da un generico diritto all'autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene vita» (*In diritto* §2.2.). Al contrario, a giudizio della Corte, la *ratio* attuale⁹ dell'art. 580 c.p. va ravvisata – come già statuito nell'ordinanza 207/2018 – «nella tutela del diritto alla vita soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come

⁸ In questo testo non mi soffermerò sulle peculiarità dell'ordinanza n. 207. Sul punto rinvio, *ex multis*, a S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, 153-170; R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 1-17; C. CUPELLI, *Il caso Cappato: autodeterminazione e dignità nel morire*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 75-90; U. COREA, *La pronuncia interlocutoria della Corte Costituzionale sul caso Cappato, tra "forma" (di ordinanza) e "contenuto" (di sentenza)*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 61-74; A. NATALINI, *Brevi note a margine di una storica ordinanza "tri-fronte"*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 243-254.

⁹ L'individuazione di tale *ratio* è frutto di un'interpretazione evolutiva che, come scrive la Corte, prescinde «dalle concezioni di cui era portatore il legislatore del 1930». Sul punto si vedano le più dettagliate considerazioni contenute nell'ordinanza n. 207/2018 (*In diritto*, §6).

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» (*In diritto* §2.2).

Su questo primo snodo argomentativo vorrei formulare tre critiche, tra loro connesse.

La prima critica riguarda l'impiego della categoria delle "persone deboli e vulnerabili", che sarebbero, come visto, i principali (ma non unici) destinatari della tutela apprestata dall'art. 580 c.p. Si tratta di un argomento ben noto nella letteratura in tema di bioetica e, più in generale, in quella relativa al paternalismo giuridico, che viene di solito designato come "argomento dell'incompetenza"¹⁰. In sintesi, si sostiene che le persone più vulnerabili, quelle malate, che avrebbero più ragioni per rinunciare alla vita, non sono competenti a farlo, o, almeno, che nei loro confronti vige una presunzione di incompetenza. A prescindere dalla persuasività di questo argomento, vorrei limitarmi a sottolineare come quella delle "persone deboli e vulnerabili" non sia né una categoria giuridica, né – più in generale – una categoria ben definita. È vero che il concetto di vulnerabilità sta sempre più prendendo piede all'interno della letteratura giuridica¹¹ e anche nell'ambito di normative internazionali o sovranazionale, soprattutto di *soft law*, ma è altrettanto vero che si tratta di un concetto ampiamente indeterminato, definito in modi diversi dalle diverse fonti e dai diversi autori¹², e che non trova un riconoscimento e una definizione generale nel nostro ordinamento. Al riguardo, anche se l'art. 90 quater c.p.p. definisce la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa, si tratta di una definizione che vale solo agli effetti del Codice penale e che è funzionale ad attribuire alla persona offesa maggiori tutele in sede processuale e non, in qualche modo, a sminuire il riconoscimento della sua autodeterminazione. Tale definizione poi non è in nessun modo richiamata dalla Corte, che sembra, invece, operare con un concetto molto più generico, intuitivo, e meno definito¹³. Ciò che mi pare non

¹⁰ Cfr., ad esempio, E. GARZÓN VALDÉS, *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, in *Doxa*, 5, 1988, 155-173; G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, 2012, 53 ss.; G. MANIACI, *Eutanasia e suicidio assistito*, in F. POGGI (a cura di), *Diritto e bioetica*, Roma, 2013, 176; F. POGGI, *Di che morte morire. Considerazioni morali sull'aiuto al suicidio*, in P. NERHOT (a cura di), *Profano-Religioso II. Il suicidio*, Torino, 2015, 111-140; D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7, 2018, 57-76; F. POGGI, *La Corte Costituzionale tra paternalismo e autodeterminazione*, in *Notizie di Politeia*, 35, 133, 2019, 105-110, e, per alcuni usi di questo argomento, C.R. SUNSTEIN, *The Right to Die*, in *The Yale Law Journal*, 106, 1997, 1123-1163; F. D'AGOSTINO, *Bioetica*, Torino, 1998, 218-219; L. CORNACCHIA, *Il dibattito giuridico-penale e l'eutanasia*, in G. ZANETTI (a cura di), *Elementi di etica pratica*, Roma, 2003, 207.

¹¹ Cfr., da ultimo, A. SCHIAVELLO, *Vulnerabilità, concetto di diritto e approccio clinico-legale*, in *Etica & Politica*, 21, 3, 2019, 255-277; O. GIOLO, B. PASTORE (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, 2018; M.G. BERNARDINI, B. CASALINI, O. GIOLO (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, Roma, 2018.

¹² Si passa da concezioni secondo cui la vulnerabilità è una condizione umana generale, tale per cui tutti siamo vulnerabili, a concezioni che la predicano di singoli individui, oppure di categorie di persone o, ancora, che la riferiscono a particolari contesti. Inoltre, se quasi sempre la vulnerabilità è riferita alla mancanza di alternative effettive, ossia all'impossibilità di esercitare la propria autonomia, altre volte è collegata all'assenza di tale autonomia, a una situazione di debolezza fisica o mentale, o, ancora, all'assenza di tutele giuridiche. Sul tema, oltre ai contributi già citati, cfr. G. THOMAS, H. SPRINGHART (eds.), *Exploring Vulnerability*, Göttingen, 2017; M.G. BERNARDINI, *Il soggetto vulnerabile. Status e prospettive di una categoria (giuridicamente) controversa*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2017, 365-384.

¹³ Così anche P. BORSELLINO, *La L. n. 219/2017 a un anno dall'approvazione e i nuovi scenari aperti dall'ordinanza della Corte Costituzionale n. 2017/2018*, in *Notizie di Politeia*, 35, 133, 84-91, osserva come la Corte non fornisca una «precisa caratterizzazione» (88) dell'espressione "deboli e vulnerabili". Al riguardo, si noti, invece, che la

commendevole è proprio che un concetto indeterminato sia impiegato ai fini di operare un *disempowerment* di certi soggetti, in quanto la sua indeterminatezza lo rende più adatto ad usi arbitrari.

La seconda critica riguarda la relazione tra l'eccezione di incostituzionalità sollevata dal giudice *a quo* e la *ratio* di tutela del diritto alla vita delle persone deboli e vulnerabili. Come si ricorderà, qui si sta discutendo della condotta che consiste in un'agevolazione materiale, che non abbia in alcun modo contribuito alla determinazione o al rafforzamento del proposito suicidario. Che rilevanza ha il fatto che il soggetto passivo sia debole e vulnerabile? La debolezza e vulnerabilità del soggetto certamente lo espongono maggiormente all'attività di istigazione altrui, al fatto che altri possano influire sulla sua libera determinazione, ma qui sono in questione condotte di agevolazione solo materiale. Nell'ordinanza (n. 207/2018), ma non nella sentenza, la Corte sembrava suggerire che, nei casi di cui si discute, non sia possibile una netta distinzione tra condotte di agevolazione materiale e condotte di istigazione. Scriveva: «le persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, [...] potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita, qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragioni di personale tornaconto» (ord. n. 207/2018, *In diritto* § 6). Qui il salto è palese: si parla di induzione («potrebbero essere facilmente indotte») attuata mediante la sola cooperazione nell'esecuzione. Ciò è contraddittorio: per definizione, se c'è solo agevolazione materiale, allora non c'è induzione e se c'è induzione, allora l'agevolazione non è solo materiale. A me pare che qui occorra distinguere due profili.

Sotto il profilo concettuale, la distinzione tra istigazione e agevolazione materiale è chiara ed è accolta da varie disposizioni del nostro ordinamento (si pensi agli artt. 115 c.p. e 414 c.p.). Del resto, lo stesso dispositivo della sentenza in esame limita l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. alla condotta di chi, sussistendo determinate condizioni, «agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi»: insomma, l'esistenza di una chiara demarcazione concettuale è accolta dalla stessa Corte. Diversamente stanno le cose quando si consideri il profilo probatorio, ossia l'esigenza di provare rispetto ai singoli casi se l'agevolazione materiale abbia anche rafforzato il proposito suicidio (e ciò sia imputabile al suo autore, almeno a titolo di colpa). Qui sorgono i problemi, ma sono problemi diversi, che non riguardano il giudizio di costituzionalità. Insomma, sul punto la motivazione è inconcludente: il fatto che una persona sia debole e vulnerabile è irrilevante rispetto a condotte di mera agevolazione materiale – anche se rende più arduo provare che l'agevolazione sia solo materiale.

Infine, la terza critica, connessa alle precedenti, riguarda la relazione, o, meglio, l'apparente assenza di legami logico-argomentativi, tra il primo e il secondo snodo della sentenza in esame. La Corte sostiene, prima, che l'art. 580 Cost. risponda al valore costituzionale – ex art. 2 Cost. – di tutelare la vita delle persone deboli e vulnerabili contro interferenze altrui, ma, poi, con un'inversione argomentativa davvero spiazzante, che tale norma è incostituzionale in quei casi in cui, per la legge vigente, viene meno, per l'appunto, l'esigenza di tutelare la vita delle persone vulnerabili contro interferenze altrui¹⁴. In altri

definizione offerta dall'art. 90 quater c.p.p. può ritenersi contestuale, nel senso che fa riferimento, non solo, in generale, alle condizioni della persona offesa (età, stato di infermità o di deficienza psichica), ma anche al tipo di reato, alle modalità e alle circostanze del fatto.

¹⁴ Il punto è ben sottolineato da Reichlin, il quale correttamente osserva come «[l']idea che al paziente spetti una scelta in ordine alle modalità del proprio morire e che tale scelta debba essere tutelata e garantita dall'intervento di terzi, apre la strada [...] a quelle pericolose influenze sulla volontà di individui fragili e vulnerabili che la Corte

termini, come sottolineato da Eusebi¹⁵, se la Corte avesse sviluppato coerentemente la premessa secondo cui il nostro diritto costituzionale impone di tutelare la vita dei soggetti più deboli e vulnerabili contro qualsiasi tipo di interferenza altrui, allora avrebbe dovuto concludere che la legge n. 219 è incostituzionale: il medico che interrompe il trattamento causa (sotto il profilo naturalistico) la morte/il suicidio del paziente e l'anestesista che somministra la sedazione palliativa profonda continua e agevola la morte/il suicidio. Invece, con un'inversione evidente di prospettiva argomentativa, la Corte sostiene che è l'articolo 580 c.p. a essere incostituzionale qualora sussistano alcune condizioni, che sono esattamente quelle condizioni in presenza delle quali «la decisione di accogliere la morte potrebbe già essere presa dal malato sulla base della legislazione vigente» (*In diritto* §2.3.). Il cortocircuito argomentativo pare particolarmente evidente in questo passaggio: «[q]uanto [...] all'esigenza di proteggere le persone più vulnerabili, è ben vero che i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze appartengono solitamente a tale categoria di soggetti. Ma è anche agevole osservare che, se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede la ragione per la quale la stessa persona a determinate condizioni, non possa ugualmente decidere di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri». Come dire che l'esigenza costituzionale di tutelare le persone deboli e vulnerabili viene meno quando il legislatore stabilisce che viene meno.

In realtà, per dare un senso al ragionamento della Corte occorre postulare che, a suo giudizio, il bilanciamento di valori operato dal legislatore con la legge n. 219 sia ragionevole, conforme a Costituzione. Al riguardo occorre, però, distinguere due questioni. Nella parte in cui stabilisce la centralità del consenso informato e il conseguente diritto di tutti i soggetti capaci di agire di non iniziare o interrompere un trattamento sanitario, anche se di sostegno vitale, nonché, tramite le DAT o la pianificazione condivisa delle cure, di stabilire a quali trattamenti vogliano o non vogliano sottoporsi nel caso di sopravvenuta incapacità, la legge n. 219 attua il bilanciamento di valori già operato dall'art. 32 comma 2 Cost. e la sua corrispondenza a Costituzione è fuori dubbio. Questo, però, non implica che la legge n. 219 attui un corretto bilanciamento dei valori costituzionali rilevanti anche nella parte in cui nulla dispone rispetto all'eutanasia attiva e al suicidio assistito. Questa, invece, è proprio la premessa implicita assunta dalla Corte. In altri termini, e come tenterò di meglio argomentare nel prossimo paragrafo, alla base della decisione in esame vi è l'idea che corrisponda a un corretto bilanciamento dei valori costituzionali il fatto che il nostro ordinamento proibisca il suicidio assistito ma permetta l'interruzione o il mancato inizio di trattamenti (anche se in taluni casi limitati la distinzione tra queste due ipotesi è irrilevante). Il problema, però, è che le ragioni espressamente addotte dalla Corte a favore di tale idea – ossia del fatto che costituisca un corretto bilanciamento permettere l'interruzione dei trattamenti e vietare l'aiuto al suicidio (e l'eutanasia attiva) – sono inconsistenti, per non dire del tutto assenti. Tali ragioni, come abbiamo visto, non possono consistere nel proteggere i soggetti vulnerabili – perché la legge n. 219 non li protegge – né nel vietare qualsiasi forma di intromissione nel diritto alla vita altrui – perché il medico che interrompe un trattamento sicuramente causa la morte. Sul punto la sentenza

ha [...] dichiarato meritevoli di rigorosa tutela» (M. REICHLIN, *L'ordinanza della Corte Costituzionale sul caso Cappato: osservazioni critiche*, in *Notizie di Politeia*, 35, 133, 102).

¹⁵ L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit.

appare priva di ogni motivazione. Nel prossimo paragrafo avanziò la tesi secondo cui la Corte semplicemente rimane ancorata alla rilevanza morale e giuridica della distinzione tra far morire e lasciar morire, pur senza nominarla e senza impegnarsi espressamente a difenderla.

4. Sulla parziale illegittimità dell'art. 580 c.p.

Come anticipato, a giudizio della Corte, anche se l'art. 580 c.p. protegge interessi meritevoli di tutela, vi sono però alcune situazioni, inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, in cui il divieto assoluto di agevolazione materiale al suicidio si pone in contrasto con valori di rango costituzionale, limita le libertà di cui agli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, e, quindi, con violazione del principio di offensività.

Ciò accade qualora si verificano quattro condizioni: «il soggetto agevolato si identifichi in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli» (*In diritto* §2.3.).

In simili casi, come detto, la decisione di lasciarsi morire potrebbe essere già presa dal malato, sulla base della legislazione vigente, con effetti vincolanti nei confronti dei terzi, a mezzo della richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e di contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua, e, tuttavia, secondo la Corte, può accadere che ciò non gli assicuri una morte immediata, bensì un decorso «più lento e carico di sofferenza per le persone che gli sono care» (*In diritto* §2.3.).

Qui pare che il principale parametro costituzionale di riferimento sia l'art. 3 Cost., il principio di ragionevolezza¹⁶, un parametro che, però, non era stato attivato dal giudice *a quo* e non è neppure citato nel testo della sentenza¹⁷. Per la Corte è irragionevole – e costituisce una violazione della libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., e non giustificata dalla tutela di altri valori – che una persona possa causarsi la morte interrompendo un trattamento di sostegno vitale, con contestuale sedazione profonda continuata, ma non, invece, quando si trova in quelle stesse situazioni, ricorrere al suicidio assistito. Qui l'irragionevolezza si sostanzia nell'imporre al malato «un'unica modalità per congedarsi dalla vita» (*In diritto*, §2.3.), lesiva della sua dignità¹⁸ e non giustificata dall'esigenza di proteggere altri interessi (e quindi lesiva altresì del principio di offensività).

¹⁶ Nello stesso senso cfr., ad esempio, C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte Costituzionale risponde a se stessa*, cit.; F. LAZZERI, *La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio "medicalizzato"*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 181-203; F. POGGI, *La Corte Costituzionale tra paternalismo e autodeterminazione*, cit.

¹⁷ Nemmeno l'art. 32 Cost. era stato evocato nel dispositivo dell'ordinanza di rimessione, ma, come osservato dalla Corte cost., era «ripetutamente richiamato in motivazione» (*In fatto*, §3.1).

¹⁸ Cupelli nota correttamente come «il riferimento alla dignità della persona appaia almeno in parte ridimensionato nella sentenza n. 242, con l'omissione di molti dei riferimenti presenti invece nell'ordinanza: il sospetto è che si sia voluto scongiurare un cortocircuito tra la nozione soggettiva patrocinata nell'ordinanza n. 207 e una lettura della dignità di matrice marcatamente oggettiva, enucleabile invece dal tenore della sentenza n. 141 del

Restano, quindi, al di fuori dall'area di incostituzionalità dichiarata dalla Corte tutta una serie di casi, che sono proprio quei casi per i quali normalmente si ricorre al suicidio assistito nei paesi in cui questo è lecito.

La limitazione della prospettata incostituzionalità ai casi in cui sussistano congiuntamente le quattro condizioni di cui sopra è ragionevole? È giuridicamente giustificata? Cercherò di rispondere a questo quesito partendo dalle premesse adottate dalla Corte¹⁹.

In dottrina, la condizione che ha ricevuto maggiore attenzione è senza dubbio la (c)²⁰. Cioè ci si è chiesti soprattutto se sia giustificata l'esclusione dei casi in cui ricorrono le condizioni a, b e d – ossia, la persona che richiede assistenza al suicidio è (a) affetta da una patologia irreversibile, (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili e (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli – ma non ricorre la condizione c, e, pertanto, la persona non è tenuta in vita, o non è ancora tenuta in vita, a mezzo di trattamenti di sostegno vitale.

Al riguardo, una simile esclusione pare assurda per tutti quei casi in cui il trattamento sia rifiutato *ab initio* (anziché iniziato e poi interrotto), nonché particolarmente problematica per quei casi che già rientrano in qualche modo nelle previsioni della legge n. 219/2017. Si tratta delle ipotesi in cui non sono in atto terapie di sostegno vitale, ma è applicabile l'art. 2, comma 2, della legge 219, ai sensi del quale «[n]ei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente».

La stessa Corte richiama tale disposizione, in relazione all'interruzione dei trattamenti e allo specifico caso di Antoniani, e osserva che «la sedazione profonda continua, connessa all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale [...] ha come effetto l'annullamento totale e definitivo della coscienza e della volontà del soggetto sino al momento del decesso. Si comprende, pertanto, come la sedazione terminale possa essere vissuta da taluni come una soluzione non accettabile» (*In diritto*, §2.3.). Se, però, ciò è vero nel caso in cui sedazione palliativa profonda continua avviene in connessione all'interruzione dei trattamenti, non si vede perché lo stesso non valga nei casi in cui la stessa sedazione non si accompagna ad alcuna interruzione, perché non è in corso alcun trattamento di sostegno vitale che si possa interrompere. Pensiamo al malato oncologico terminale, afflitto da gravi sofferenze, ancora capace di prendere decisioni autonome, ancora in grado di assumere alimenti liquidi, che non è sottoposto a ventilazione, né mai lo sarà, per il quale i medici prescrivano l'interruzione di terapie ormai rivelatesi

2019 in tema di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione» (C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte Costituzionale risponde a se stessa*, cit., 46).

¹⁹ Per una critica a tali premesse cfr. invece L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit.; D. MORANA, *L'ordinanza n. 207/2018 sul "caso Cappato" dal punto di vista del diritto alla salute: brevi note sul rifiuto di trattamenti sanitari*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 229-241.

²⁰ Cfr. P. BORSELLINO, *La L. n. 219/2017 a un anno dall'approvazione e i nuovi scenari aperti dall'ordinanza della Corte Costituzionale n. 2017/2018*, cit.; M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire*, cit.; F. LAZZERI, *La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio "medicalizzato"*, cit.

inutili: costui ha diritto ad una sedazione palliativa profonda continua che può durare giorni, ma non può essere agevolato nel suicidio.

Prima facie, l'esclusione di questi casi dall'area dell'incostituzionalità sembra così difficile da giustificare che, come ha scritto Bartoli, potrebbe sembrare «una sorta di svista condizionata dalla vicenda concreta di Dj Fabo»²¹. In generale, se è irragionevole che il diritto imponga un'unica modalità di congedo dalla vita verso chi è mantenuto in vita da mezzi di sostegno vitale, allora pare altrettanto irragionevole che il diritto imponga ai soggetti quell'unica modalità di congedo dalla vita che è la sedazione profonda continua quando non ci sono trattamenti di sostegno vitale da interrompere.

Che cosa giustifica l'esclusione di questi ultimi casi? Nel testo della ordinanza non si rinvencono ragioni espresse a favore di questa limitazione. Si possono solo formulare delle ipotesi: ne considererò due.

Innanzitutto, si può ipotizzare che le ragioni dell'esclusione possano apprezzarsi nella prospettiva del soggetto attivo e non del soggetto agevolato. Con le parole di Lazzeri: «il divieto di aiuto al suicidio è illegittimo nei soli casi in cui la sopravvivenza del soggetto dipenda da un apporto esterno determinante, poiché in queste situazioni, essendo il medico tenuto ad astenersi da ulteriori attività di sostegno vitale a richiesta del paziente, sarebbe irragionevole punire lo stesso medico che si limiti ad accelerare la morte che comunque seguirebbe dall'interruzione del trattamento»²². Insomma, in presenza delle condizioni di cui sopra, il medico deve interrompere il trattamento, spesso ponendo in essere una condotta attiva – il distacco del respiratore – che causa il decesso del paziente, sicché è irragionevole che invece sia sanzionato qualora, ricorrendo le stesse condizioni, provochi lo stesso effetto (il decesso) ma con una condotta diversa (per quanto sempre attiva da punto di vista naturalistico e causale). Questa ricostruzione a mio giudizio è convincente, ma si scontra contro due problemi.

In primo luogo, non ve ne è traccia nella motivazione della Corte, la quale si concentra esclusivamente sulla violazione dei diritti del soggetto agevolato.

In secondo luogo, ho difficoltà a comprendere la rilevanza di questo argomento rispetto al caso Cappato: Cappato non è un medico che avesse il dovere di interrompere il trattamento su richiesta del paziente²³.

Una diversa giustificazione può rinvenirsi assumendo la premessa implicita, previamente esaminata (§3), secondo cui il bilanciamento dei valori costituzionali previsto dal nostro ordinamento all'alba della sentenza in esame era sostanzialmente corretto. Secondo questa impostazione, il legislatore ha individuato correttamente le condizioni – le uniche condizioni – alle quali si può disporre del bene vita, sicché, sussistendo quelle condizioni e solo quelle, il bene vita è disponibile, e tra tali condizioni c'è

²¹ R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?* in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 8.

²² F. LAZZERI, *La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio "medicalizzato"*, cit., 195.

²³ Questo, in effetti, è un altro punto molto problematico della sentenza in esame. Da un lato, la Corte limita l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. a chi segua le modalità previste dagli art. 1 e 2 della legge n. 219/2017 e, al riguardo, l'art. 1, comma 6, stabilisce l'esenzione da responsabilità civile e penale del medico che esegue la volontà del paziente, sicché parrebbe che solo il medico possa interrompere il trattamento e, di conseguenza, anche somministrare l'aiuto al suicidio. D'altro lato, la pronuncia dell'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. copre la condotta di chiunque agevoli materialmente il suicidio altrui nelle condizioni elencate anche perché, altrimenti, la pronuncia non avrebbe avuto rilevanza nel giudizio *a quo*. Sul punto cfr. C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte Costituzionale risponde a se stessa*, cit.

proprio che sia in corso un trattamento di sostegno vitale. Con le parole di Cupelli, la Corte ha individuato «una diversa modalità di esecuzione [...] del diritto di lasciarsi morire interrompendo trattamenti vitali»²⁴. In sintesi: il legislatore del 2017 ha statuito che, se c'è in atto un trattamento di sostegno vitale, il paziente può rinunciarvi e, quindi, come effetto causarsi la morte; questo bilanciamento dei diritti in gioco è corretto perché risponde all'art. 32, secondo comma, Cost.; essendo corretto che il paziente si lasci morire interrompendo un trattamento, allora è corretto che, nella stessa situazione, possa ottenere lo stesso effetto tramite una modalità diversa. Si noti che questo argomento non è sufficiente a giustificare la condizione in questione, se non si ritenesse che è altresì corretto continuare, nella maggior parte dei casi, a vietare il suicidio assistito. In altri termini, la premessa del ragionamento va modificata stabilendo che *se, e solo se*, è in gioco l'interruzione di un trattamento sanitario, allora il paziente può causarsi la morte e che è un corretto bilanciamento dei valori rilevanti stabilire che *se, e solo se*, è in corso un trattamento sanitario, allora si possa causarsi la morte.

Un problema, però, è che questa ricostruzione non solo non giustifica l'esclusione dei casi in cui il paziente rifiuta *ab initio* il trattamento, ma apre seri dubbi sulla plausibilità delle condizioni a e b, ossia sul fatto che la persona agevolata debba essere (a) affetta da una patologia irreversibile, (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili. Due requisiti questi che né la Corte ha ritenuto di dover giustificare, né sono stati problematizzati dalla maggior parte della dottrina. Il problema è che il nostro ordinamento riconosce il diritto a non iniziare o interrompere un trattamento sanitario indipendentemente dal motivo²⁵. L'esercizio di questo diritto non è condizionato dalle probabilità di guarigione, ma nemmeno dalla sofferenza del paziente. Si pensi al diabetico che interrompe le iniezioni di insulina, alla persona affetta da insufficienza renale che decide di non recarsi più in dialisi, al testimone di Geova che rifiuta la trasfusione. La categoria dei trattamenti salva-vita non coincide con la categoria dei trattamenti di sostegno vitale, e, ai sensi dell'art. 32, secondo comma, Cost. e della legge n. 219, il paziente ha diritto di rifiutare qualsiasi trattamento. Anche qui, allora, si dovrebbe dire che il paziente ha diritto a chiedere la somministrazione di un trattamento letale invece che morire – più lentamente – per insufficienza renale o crisi diabetica o dissanguamento. Se la premessa implicita è la correttezza del bilanciamento operato dalla legge n. 219, allora i requisiti a e b sono quanto meno da giustificare, perché la legge non richiede tali requisiti per sospendere o non iniziare un trattamento salva-vita. Il punto è che requisiti come l'irreversibilità della patologia e la sofferenza che produce sono facilmente argomentabili nell'ottica del riconoscimento di un «diritto a morire, giustificato dall'impossibilità di una vita dignitosa»²⁶, ma, invece, appaiono irrilevanti se tutto ciò che si vuole riconoscere è la liceità di una diversa modalità di esecuzione della possibilità di lasciarsi morire interrompendo trattamenti vitali.

²⁴ C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte Costituzionale risponde a se stessa*, cit., 48.

²⁵ Il punto è ben sottolineato da L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit., F. LAZZERI, *La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio "medicalizzato"*, cit.; REICHLIN, *L'ordinanza della Corte Costituzionale sul caso Cappato: osservazioni critiche*, cit.

²⁶ S. SEMINARA, *L'art. 580 c.p. e il diritto a morire*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 335.

Inoltre, proprio la sussistenza delle condizioni (a) e (b) può aprire delicati problemi di eguaglianza, destinati nel futuro a sfociare in ulteriori questioni di legittimità costituzionale²⁷. Perché, infatti, la sussistenza di un mio diritto a smettere di soffrire dovrebbe essere condizionato da una circostanza accidentale dipendente dalle caratteristiche della patologia di cui soffro? Si noti che ciò è vero non solo per chi, trovandosi prossimo alla morte e gravemente sofferente, ma non avendo trattamenti di sostegno vitale in corso, ha come unica possibilità quella di ricorrere alla sedazione continuativa, ma anche per una marea di altri casi che abbracciano tutte le patologie croniche o connotate da inarrestabili evoluzioni a prognosi infausta – si pensi alle malattie neurodegenerative incurabili, all'Alzheimer che, in Italia, secondo dati del Ministero della Sanità, colpisce il 4% del over 65, e, in generale, alle ipotesi in cui la morte è inevitabile, ma non imminente, e sarà preceduta da una degenerazione delle capacità cognitive e fisiche che, a molte persone, pare contraria alla propria idea di dignità umana. In questi casi, nelle fasi iniziali della patologia, la legge n. 219 riconosce solo la possibilità della pianificazione condivisa delle cure e, se non ci saranno trattamenti di sostegno vitale da interrompere, il paziente dovrà andare fino in fondo. Eppure, qui è in gioco non solo la dignità del morire ma anche e soprattutto quella del vivere²⁸.

A mio giudizio, la causa principale delle difficoltà argomentative in cui è incorsa la Corte consiste nell'aver voluto restare ancora parzialmente ancorata alla distinzione tra *killing* e *letting die*. La Corte ha riconosciuto ai soggetti la possibilità di essere uccisi – o, meglio, assistiti nella propria morte – solo qualora essi avessero già il diritto di essere lasciati morire, o, meglio, il diritto a interrompere i trattamenti, anche qualora ne seguisse la loro morte. In altri termini, più che superare la distinzione in questione, la Corte l'ha solo parzialmente indebolita, evidenziando un caso in cui tale distinzione non è rilevante: quello in cui il soggetto che chiede aiuto nel suicidio potrebbe anche lasciarsi morire (ma in un modo che non reputa conforme alla sua concezione di vita dignitosa). Solo in tale ipotesi, per la Corte, tale distinzione cessa di essere valida, mentre in tutte le altre essa mantiene la sua ragione d'essere e l'art. 580 c.p. resta applicabile. Ciò ha permesso tra l'altro alla Corte di far leva su un principio solido e condiviso, quale la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta e nel rifiuto delle terapie²⁹, piuttosto che su principi discussi e oggetto di conflitto, quali la disponibilità del bene vita o, il che è lo stesso, il diritto di morire dignitosamente. Il problema, però, è che una volta che l'aiuto al suicidio viene considerato lecito, limitarlo a chi ha in corso una terapia di sostegno vitale introduce un'evidente disparità di trattamento. Se nel caso Cappato la Corte ha implicitamente ribadito la forza

²⁷ Con accenti diversi cfr. M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire*, cit.; L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit.

²⁸ Non solo, ma, qualora sussistano le quattro condizioni di cui sopra, non si vede perché ritenere illecita la stessa eutanasia attiva: come osserva M. REICHLIN in *L'ordinanza della Corte Costituzionale sul caso Cappato: osservazioni critiche*, cit., in tali casi la pronuncia della Corte potenzialmente travolge anche l'art. 579 c.p. (*omicidio del consenziente*).

²⁹ Certo, come osserva M. REICHLIN in *L'ordinanza della Corte Costituzionale sul caso Cappato: osservazioni critiche*, cit., è inappropriato elevare la somministrazione di un farmaco letale a terapia o trattamento sanitario. Tuttavia, come precisato nel testo, il diritto all'autodeterminazione nella scelta delle terapie è una maschera dietro cui si cela quella che, più correttamente, dovrebbe essere qualificata come un'ipotesi di indifferenza morale tra essere uccisi e farsi morire rifiutando un trattamento di sostegno vitale.

della distinzione tra *killing* e *letting die* senza argomentarla, nel futuro la questione si riproporrà in modo non eludibile.

Nel prossimo paragrafo affronterò proprio tale distinzione e, in particolare, senza pretesa di esaurire tutti i problemi ad essa connessi, né di ripercorrere l'enorme mole di letteratura in materia, cercherò di argomentare che questa distinzione, a prescindere dalla sua persuasività, non è rilevante, non si applica, nel senso che preciserò, nei casi di fine vita.

5. La distinzione tra *doing* vs. *allowing harm*

La distinzione tra uccidere e lasciar morire si ricollega alla ancor più discussa distinzione tra produrre un danno e permettere che accada un danno (*doing* vs. *allowing harm*), la quale costituisce un vero e proprio nodo gordiano della filosofia morale, che ha generato e continua a generare una mole di discussioni e letteratura pressoché immensa. In questa sede non mi è certo possibile ricostruire tutto il dibattito in materia, ma mi limiterò invece a fornire qualche coordinata, per proporre, poi, o, meglio, abbozzare una mia tesi.

I problemi principali consistono nello stabilire se, *ceteris paribus*, esista una differenza morale rilevante tra produrre un danno e permettere che accada, in che cosa consista tale differenza, e, prima ancora, come caratterizzare le nozioni di "*doing harm*" e "*allowing harm*". Al riguardo, si noti che la clausola "*ceteris paribus*" è molto importante, in quanto nessuno dubita che altri elementi possano influire sulla valutazione morale di una certa condotta. Così, ad esempio, è difficilmente contestabile che causare un danno per colpa sia moralmente meno grave che provocarlo volontariamente, e, analogamente, alcuni autori sostengono che causare un danno per produrre un beneficio superiore sia moralmente più commendevole che lasciar accadere un danno senza che a ciò consegua alcuna utilità. Pertanto, sia quanti sostengono che esista una differenza morale rilevante tra *doing* e *allowing harm* sia quanti, al contrario, lo negano devono aver cura di comparare condotte che, sotto tutti gli altri profili, siano identiche, ossia che si distinguano esclusivamente perché in un caso il danno viene provocato mentre nell'altro non è impedito³⁰.

Ebbene, rispetto al problema di stabilire se esista una differenza morale rilevante tra produrre un danno e permettere che accada, le nostre intuizioni morali sembrano talvolta contrastanti. Consideriamo questo famoso esempio di Rachels³¹: Smith annega suo cugino nella vasca da bagno; Jones decide di annegare suo cugino nella vasca da bagno, ma, una volta entrato, lo trova già svenuto e immerso sott'acqua, sicché si limita a non salvarlo. Difficilmente qualcuno direbbe che il comportamento di Jones (che consiste in un *killing*) sia peggiore di quello di Smith (*letting die*)³². D'altra parte, però, mentre

³⁰ Sul punto cfr. F. WOOLLARD, F. HOWARD-SNYDER, *Doing vs. Allowing Harm*, in E.N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016, <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/doing-allowing/> (ultima consultazione 29/12/2019).

³¹ J. RACHELS, *Active and Passive Euthanasia*, in *New England Journal of Medicine*, 292, 1975, 78-86.

³² Un altro famoso argomento è stato elaborato da M. TOOLEY, *An irrelevant consideration: killing vs. letting die*, in B. STEINBOCK, A. NORCROSS (eds.), *Killing and letting die*, New York, 1994, 103-111. Supponete che vi sia due bambini, John e Mary, della stessa età in una macchina. Se premete un bottone John morirà e Mary si salverà; se non premete il bottone Mary morirà e John si salverà. Nessuna delle due condotte pare preferibile all'altra: esse sembrano moralmente equivalenti.

chi produce un danno lo causa e, quindi, per definizione, ne è causalmente responsabile; chi lascia che accada un danno non lo causa, non ne è causalmente responsabile, e si può convenire che le persone siano moralmente responsabili solo di ciò per cui sono anche causalmente responsabili³³. Insomma, la differenza fondamentale alla base della diversa rilevanza morale tra *doing* e *allowing harm* consisterebbe nel fatto che nel primo caso vi è un'azione che causa un danno, mentre nel secondo vi è un'omissione priva di efficacia causale.

Questa intuizione morale non è però facile da giustificare: ad esempio, per molti sistemi logici controfattuali che operano su eventi anche le omissioni sono eventi e possiedono, quindi, efficacia causale. Semplificando, posto che un evento *E* causa *F* se e solo se, qualora *E* non fosse avvenuto, anche *F* non sarebbe avvenuto, e assunto che le omissioni siano eventi, se Tizio non avesse omesso di salvare Caio, Caio non sarebbe morto e, quindi, l'omissione di Tizio ha causato la morte di Caio³⁴. Ciò, peraltro, apre l'ulteriore problema della relazione tra causare danno e commettere, da un lato, e permettere che accada un danno e omettere, dall'altro. Infatti, mentre molti autori identificano, rispettivamente, *doing harm* e commettere (agire) e *allowing harm* e omettere (non agire), non mancano efficaci contro-esempi a questa assimilazione: due in particolare. Il primo, formulato da Foot³⁵, riguarda il caso di un attore che si dimentica di pronunciare la sua battuta (omette) e, così, facendo rovina lo spettacolo (causa un danno); il secondo, dovuto a Bennett³⁶, riguarda il caso di un miliardario che lascia morire di fame un bambino povero (permette che si verifichi un danno), telefonando alla propria banca per annullare una donazione (ossia, agendo). Questi contro-esempi, ci dicono che non sempre chi produce un danno agisce e chi lo lascia accadere omette.

Per rendere l'intuizione di cui sopra si può allora ricorrere non alla diversa efficacia causale tra azioni e omissioni, bensì all'indipendenza del processo causale che ha condotto all'evento. Mentre nel caso in cui si permette che accada un danno, il danno si sarebbe verificato anche se l'agente non fosse esistito, al contrario quando si causa un danno, questo non sarebbe avvenuto se l'agente non fosse esistito. Così, se Jones non fosse esistito, il cugino non sarebbe morto, mentre se Smith non fosse esistito, il cugino sarebbe morto comunque, così come il bambino povero sarebbe morto comunque anche se il miliardario non fosse esistito.

Non mancano, per la verità, contro-esempi a questo modo di tracciare la distinzione. Il più famoso è, probabilmente, quello formulato da Kagan³⁷. Supponiamo che il secondogenito di un regno, dopo aver dilapidato la sua fortuna, chieda al primogenito, diventato nel frattempo re, di aiutarlo economicamente, che questi rifiuti e che il secondogenito muoia di stenti. Questo sembrerebbe intuitivamente un caso di *allowing harm*, eppure, se il primogenito non fosse esistito, allora il secondogenito sarebbe diventato re e non sarebbe mai morto di stenti, sicché dovremmo qualificarlo come *doing harm*. Un altro caso problematico riguarda le ipotesi in cui c'è più di una persona che sarebbe disposta a produrre il danno in questione (ad esempio, se anche Jones non fosse esistito, il cugino sarebbe stato annegato

³³ Così, ad esempio, D. CALLAHAN, *Can We Return Death to Disease?*, in *The Hastings Center Report*, 19, 1989, 4-6; F. WOOLLARD, F. HOWARD-SNYDER, *Doing vs. Allowing Harm*, cit.

³⁴ Per un'introduzione cfr. F. WOOLLARD, F. HOWARD-SNYDER, *Doing vs. Allowing Harm*, cit.

³⁵ P. FOOT, *The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect*, in *Oxford Review*, 5, 1967, 1-7.

³⁶ J. BENNETT, *Morality and Consequences*, in S. McMURRIN (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, II, Salt Lake City, 1981, 91.

³⁷ S. KAGAN, *Limits of Morality*, Oxford, 1989, 96.

da Clare), oppure quello in cui il danno si produce proprio perché non c'è nessuno che prenda il posto dell'agente (se l'attore non fosse esistito, allora nessuno avrebbe pronunciato la sua battuta e quindi lo spettacolo sarebbe stato comunque rovinato): questi ci paiono casi di *doing harm*, ma, secondo la tesi in esame, dovremmo invece qualificarli come casi di *allowing harm*. Questi contro-esempi richiedono che la tesi in esame venga raffinata limitando la catena causale ad un dato momento temporale e ad un dato agente: un'operazione, però, tutt'altro che semplice³⁸. Ammesso, comunque, che sia questo il modo migliore di tracciare la distinzione tra *doing* e *allowing harm*, non è chiaro se da ciò derivi una qualche differenza morale rilevante. Come osserva Bennett, si può senz'altro convenire che io non sia responsabile moralmente e causalmente per un evento che accade quando non esisto o quando non posso esercitare la mia *agency* (perché, ad esempio, sono svenuta o legata), ma le cose cambiano se l'evento accade perché io decido di non intervenire: in questo caso l'evento è una conseguenza di come ho esercitato la mia *agency* e ciò ha implicazioni sulla moralità del mio comportamento³⁹.

Secondo Bennett la distinzione tra *doing* e *allowing harm* va, invece, rapportata alla differenza tra la rilevanza positiva e la rilevanza negativa dell'agente rispetto a un dato evento⁴⁰. L'agente ha una rilevanza positiva rispetto alla produzione dell'evento se la maggior parte dei modi in cui avrebbe potuto agire, in un dato tempo *t*, non avrebbero condotto alla produzione dell'evento in *t*: così, ad esempio, Jones al tempo *t* avrebbe potuto agire in moltissimi altri modi che non avrebbero causato la morte di suo cugino. Invece, l'agente ha una rilevanza negativa rispetto alla produzione dell'evento se la maggior parte dei modi in cui avrebbe potuto agire, in un dato tempo *t*, avrebbero comunque condotto alla produzione dell'evento in *t*: così, ad esempio, Smith aveva un solo modo per impedire che il cugino annegasse. Secondo Bennett è moralmente peggiore essere rilevante rispetto a un evento quando uno avrebbe potuto facilmente evitarlo, piuttosto che quando avrebbe potuto evitarlo con grande difficoltà. Sembra, però, che se la difficoltà è equivalente allora, *ceteris paribus*, non vi sia per Bennett alcuna differenza morale rilevante, sicché non è detto che il caso di Smith sia poi moralmente peggiore di quello di Jones.

Per concludere questa breve esposizione – certo non esaustiva di tutte le tesi avanzate – giova citare un'altra famosa spiegazione alternativa della differenza tra *doing* e *allowing harm*, che fa perno, invece, sul tipo di diritti morali violati. Secondo Foot, mentre causare un danno viola dei diritti negativi di non interferenza, permettere che accada un danno viola diritti morali positivi a un comportamento altrui. Tra i due casi vi sarebbe una differenza morale rilevante – ma solo nel caso in cui manchi in entrambi il consenso del soggetto che subisce il danno – perché, conformemente alla teoria liberale classica, i diritti negativi sono più importanti e la loro violazione più difficile da giustificare⁴¹.

³⁸ Cfr. *infra* nel testo. Sul punto cfr. A. DONAGAN, *The Theory of Morality*, Chicago, 1977; S. KAGAN, *Limits of Morality*, cit.; J. BENNETT, *The Act Itself*, Oxford, 1995; F. WOOLLARD, F. HOWARD-SNYDER, *Doing vs. Allowing Harm*, cit.

³⁹ J. BENNETT, *The Act Itself*, cit., 119.

⁴⁰ J. BENNETT, *Acting and Refraining*, in *Analysis*, 28, 1967, 30-1; J. BENNETT, *Morality and Consequences*, cit.; J. BENNETT, *The Act Itself*, cit. Per alcune critiche cfr. F. WOOLLARD, F. HOWARD-SNYDER, *Doing vs. Allowing Harm*, cit., e l'ampia bibliografia ivi citata.

⁴¹ P. FOOT, *The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect*, cit.; P. FOOT, *Killing and Letting Die*, in J.L. GARFIELD, P. HANNESSEY (eds.), *Abortion: Moral and Legal Perspectives*, Amherst, 177-185. Le tesi di Foot sono riprese e sviluppate, tra gli altri, da Quinn, che ricollega la maggior importanza dei diritti negativi alla proprietà del proprio corpo: W.S. QUINN, *Actions, Intentions, and Consequences: The Doctrine of Doing and Allowing*, in *Philosophical Review*, 98, 287-312.

6. L'interruzione dei trattamenti come caso di *killing*

Quanto sopra brevemente premesso, nel dibattito bioetico di fine vita, sia coloro che sostengono la liceità non solo dell'interruzione dei trattamenti, ma anche dell'eutanasia attiva e del suicidio assistito, sia quanti propugnano, invece, l'illiceità di tutte queste pratiche si sono principalmente preoccupati di argomentare a favore dell'irrilevanza morale della distinzione tra produrre un danno e permettere che si produca un danno, mentre chi è favorevole all'interruzione dei trattamenti, ma non all'eutanasia attiva e al suicidio assistito, ha, al contrario, prodotto argomenti a favore dell'esistenza di una differenza morale rilevante⁴². In questo contributo seguirò una strada differente: non criticherò la possibilità di distinguere tra *doing harm/killing* e *allowing harm/letting die*, né porterò argomenti contro l'irrilevanza morale di tale distinzione, ma cercherò invece di mostrare che l'interruzione dei trattamenti (ma non il loro mancato inizio) costituisca un caso di *doing harm/killing*. Pertanto, se si conviene che l'interruzione dei trattamenti (su richiesta del paziente) sia moralmente lecita, non vi sono ragioni per proibire l'eutanasia attiva e il suicidio assistito (sempre su richiesta del paziente) – o, meglio, tali ragioni, se vi sono, non possono essere ravvisate nell'esistenza di una differenza moralmente rilevante tra *doing harm/killing* e *allowing harm/letting die*. Ovvero, sotto il profilo dell'ordinamento giuridico italiano, posto che l'art. 32 Cost. consente di darsi la morte tramite l'esercizio del diritto all'interruzione dei trattamenti e posto che l'interruzione dei trattamenti è un caso di *killing*, allora il medesimo bilanciamento dei valori coinvolti richiede che il paziente possa ricorrere anche all'eutanasia attiva e al suicidio assistito – di nuovo: salvo che si trovino altre ragioni per consentire la prima pratica e vietare le altre.

Ricapitoliamo, brevemente, i principali criteri proposti per distinguere tra causare un danno e lasciare che accada: *doing harm* consiste (sempre o quasi) in un'azione, mentre *allowing harm* consiste in un'omissione e le omissioni non hanno potere causale; *allowing harm*, a differenza di *doing harm*, non innesca un processo causale autonomo, ma l'agente che si limita a permettere che una data catena causale faccia il suo corso; la rilevanza dell'agente è positiva in *doing harm*, negativa in *allowing harm*; *doing harm* viola diritti morali negativi di non interferenza, mentre *allowing harm* viola diritti morali positivi. Ebbene, se consideriamo un comportamento come l'interruzione del trattamento di ventilazione assistita è facile vedere come, secondo tutti i criteri di cui sopra, questo consista in *doing harm*. Tale comportamento è un'azione, non un'omissione; tale comportamento innesca un'autonoma catena causale che determina la morte del paziente – se il medico che distacca il respiratore non fosse esistito (e nessun altro avesse compiuto questa azione), il paziente sarebbe ancora in vita; il medico ha avuto una rilevanza positiva rispetto alla produzione dell'evento in quanto la maggior parte dei modi in cui avrebbe potuto agire, in *t*, non avrebbero condotto alla produzione dell'evento in *t*; infine, se non avesse avuto il consenso del paziente, il medico avrebbe violato dei diritti morali negativi di non interferenza e non dei diritti positivi ad una certa prestazione.

⁴² Cfr., ad esempio, oltre alla letteratura precedentemente citata, W. CARTWRIGHT, *Killing and letting die: a defensible distinction*, in *British Medical Bulletin*, 52, 1996, 354-361; E. GARRARD, S. WILKINSON, *Passive Euthanasia*, in *Journal of Medical Ethics*, 2005, 31, 64-8; H.V. MCLACHLAN, *The ethics of killing and letting die: active and passive euthanasia*, in *Journal of Medical Ethics*, 34, 2008, 636-638.

Tra le affermazioni precedenti la più discussa è, senza dubbio, la seconda: spesso, infatti, si assume che l'interruzione del trattamento non abbia un'autonoma efficacia causale, in quanto il paziente non è morto a causa di tale rimozione, ma a causa della malattia preesistente, che ha determinato l'insufficienza polmonare. In questo senso si sostiene che l'interruzione dei trattamenti non causa la morte, ma fa sì che la malattia faccia il suo corso. Questa tesi sotto il profilo giuridico è piuttosto sorprendente: il *killer* che stacca il respiratore causa la morte del paziente – certo non si limita a permettere che accada – e, allo stesso modo, la causa il medico⁴³. Così, se mia madre sostituisce sistematicamente le mie pastiglie di insulina con delle caramelle allo zucchero senza che io me ne accorga, mia madre causa la mia morte, mentre il diabete semmai è una concausa necessaria, ma non sufficiente. Al riguardo, si immagina, però, che il medico che stacca il respiratore sia lo stesso che l'ha originariamente attivato: qui si potrebbe sostenere che, se il medico non fosse esistito (e nessun altro medico avesse attaccato il respiratore), allora il paziente sarebbe morto comunque, e, quindi, il medico si è limitato a permettere che il danno accadesse. Così anche mia madre potrebbe sostenere di essersi limitata a farmi morire, visto che, se lei non fosse esistita, nemmeno io sarei nata. Questo argomento, però, non funziona. Per rendersene conto, immaginiamo che io abbia donato del midollo osseo a mio fratello salvandogli la vita; se dopo di ciò gli sparo, uccidendolo, sarebbe piuttosto bizzarro sostenere che mi sono limitata a permettere che morisse, dal momento che se io non fossi nata, lui sarebbe morto comunque.

Il punto è che il respiratore, così come le pastiglie di insulina e il trapianto di midollo innescano una nuova sequenza causale che neutralizza, annulla, la sequenza causale prodotta dalla malattia⁴⁴: la malattia non è più sufficiente alla produzione dell'evento, ma occorre un ulteriore contributo causale⁴⁵. Se si volesse sostenere che l'interruzione dei trattamenti non costituisca un caso di *killing* occorrerebbe dimostrare che la presenza di una concausa naturale, necessaria ma non sufficiente, è di per sé in grado di trasformare il comportamento in questione in un caso di *allowing harm*. Ciò, però, non è affatto semplice: vi sono, infatti, moltissime ipotesi in cui la morte sopravviene anche per una concausa naturale, ma il comportamento costituisce un caso indubbio di *killing*⁴⁶: tra questi anche il caso della sostituzione delle pastiglie di insulina, che pare davvero contro-intuitivo classificare come un'ipotesi di

⁴³ Ovviamente, se il medico causa la morte con il consenso del paziente, la valutazione morale del suo comportamento sarà diversa da quella del comportamento del *killer*. Questa però è un'altra questione. Bisogna cioè tener separato il problema di qualificare una condotta come un caso di *killing* o *letting die* dal diverso problema di valutarne il valore morale.

⁴⁴ Così, ad esempio, J. MCMAHAN, *Killing, letting die, and withdrawing aid*, in *Ethics*, 103, 1993, 250-79; W. CARTWRIGHT, *Killing and letting die: a defeasible distinction*, cit.

⁴⁵ Sotto questo profilo si tratta di casi diversi da quelli spesso discussi sotto l'etichetta di "*Safety Net*", per il fatto che, in molti di questi ultimi, il dispositivo di sicurezza non è mai davvero attivato: si pensi all'esempio classico della persona che, a causa di un incendio, sta per buttarsi dal V piano, un pompiere la vede e mette una rete di sicurezza, che poi, però, viene rimossa dal nemico della persona in questione o, a seconda delle varianti, dallo stesso pompiere o da un terzo ignaro. In questa ipotesi la rete poteva salvare la persona, ma non l'ha fatto: la sequenza causale non è mai davvero mutata. Il tema richiederebbe ovviamente ulteriori approfondimenti che, purtroppo, non mi è possibile sviluppare in questa sede. Sul punto rinvio a J. MCMAHAN, *Killing, letting die, and withdrawing aid*, cit.; T. HALL, *Doing Harm, Allowing Harm, and Denying Resources*, in *Journal of Moral Philosophy*, 5, 2008, 50-76; F. WOOLLARD, F. HOWARD-SNYDER, *Doing vs. Allowing Harm*, cit.

⁴⁶ Supponiamo, ad esempio, che tu non sappia nuotare e sia in mare con un salvagente: se io te lo buco e tu anneghi, la tua morte è sicuramente causata (anche) da un evento naturale come l'annegamento, ma ciò non toglie che il mio comportamento integri un'ipotesi di *killing*.

allowing harm. È vero che nell'ipotesi della sostituzione delle pastiglie manca il consenso del soggetto, ma la presenza del consenso incide solo sulla rilevanza morale dell'azione e non sulla sua qualificazione come *killing* o *letting die*.

In sintesi, la tesi diffusa secondo cui il distacco del respiratore e, in generale, l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale costituiscono casi di lasciar morire rappresenta, a mio giudizio, il frutto di un'intuizione errata, non giustificabile alla luce dei parametri comunemente impiegati per distinguere tra *doing* e *allowing harm*.

Per concludere, occorre precisare che il fatto che l'interruzione di un trattamento di sostegno vitale costituisca un caso di *killing* non implica che, per ciò solo, tale condotta debba essere valutata negativamente sotto il profilo morale⁴⁷. Come già emerso, non tutti i casi di *killing* sono moralmente condannabili, né moralmente peggiori di qualsiasi possibile caso di *letting die*, in quanto esistono diversi elementi che possono rilevare al riguardo, e tra questi sicuramente rientrano il consenso del soggetto della cui morte trattasi, la condizione di tale soggetto, la finalità principale dell'agente⁴⁸. L'unica tesi che qui sostengo è che l'idea secondo cui esisterebbe una differenza rilevante tra interrompere un trattamento, da un lato, e ricorrere a pratiche quali il suicidio assistito e l'eutanasia attiva, dall'altro, non può fondarsi sulla distinzione tra *killing* e *letting die*, perché tutte le condotte in questione rappresentano casi di *killing*. Ciò, però, non esclude che la differenza morale possa eventualmente ravvisarsi in altri elementi.

⁴⁷ Ringrazio uno dei miei anonimi revisori per avermi fatto notare l'importanza di questo punto.

⁴⁸ Ciò peraltro richiama il complesso tema della dottrina del doppio effetto (*double effects*), la cui analisi ovviamente trascende l'oggetto del presente lavoro. Per un'introduzione al tema cfr. P. FOOT, *The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect*, in *Oxford Review*, 5, 1967, 5-15; J.M. BOYLE JR., *Toward Understanding the Principle of Double Effect*, in *Ethics*, 90, 1980, 527-538.

La “circoscritta (e puntellata) area” di incostituzionalità dell’art. 580 c.p. fra *self-restraint* della Corte costituzionale e perdurante inerzia del legislatore

*Maria Esmeralda Bucalo**

THE “CIRCUMSCRIBED (AND UNDERPINNED) AREA” OF UNCONSTITUTIONALITY OF ART. 580 C.P. BETWEEN THE SELF-RESTRAINT OF THE CONSTITUTIONAL COURT AND THE PERSISTENT *INERTIA* OF LEGISLATOR

ABSTRACT: With the decision on the “Cappato case” the Constitutional Court did not create the right to medically assisted suicide, which, moreover, the constitutional order does not contemplate, but only identified a “circumscribed area” of unconstitutionality of art. 580 of the Italian Criminal Code, supporting it with regulatory and procedural props. In this way, the Court demonstrated its self-restraint respectful of Parliament’s discretion and underlined the persistence of the need for legislative intervention in such a sensitive matter.

KEYWORDS: End-of-life; assisted suicide; additive decision; declaration of unconstitutionality; Parliament’s discretion

SOMMARIO: 1. Situazioni di fine vita, inesistenza del “diritto di darsi la morte” e accezione soggettiva del concetto di dignità – 2. I punti nodali della legge n. 219 del 2017: l’autodeterminazione terapeutica, il consenso informato e il diritto alla (propria concezione di) vita – 3 L’intervento della Corte costituzionale in tema di assistenza al suicidio dall’ordinanza n. 207 del 2018 alla sentenza n. 242 del 2019: profili processuali – 3.1 (*segue*) profili di merito: la “circoscritta (e puntellata) area” di incostituzionalità dell’art. 580 c.p.

La vita degna di essere vissuta, allora,

è quella che la persona autonomamente costituisce come tale.

S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*

* Ricercatrice di Diritto Costituzionale nell’Università degli Studi di Palermo. Mail: mariaesmeralda.bucalo@unipa.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

1. Situazioni di fine vita, inesistenza del “diritto di darsi la morte” e accezione soggettiva del concetto di dignità

Il presente lavoro di analisi della sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale si pone a completamento di una riflessione già cominciata in questa rivista l’anno passato e relativa alla ordinanza n. 207 del 2018¹. La delimitazione del campo di indagine all’esame della recente giurisprudenza costituzionale non potrà però prescindere da due considerazioni preliminari: la prima relativa al concetto di “fine vita”, la seconda ai punti nodali della legge n. 219 del 2017, che, come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo, fa da modello all’argomentare della Corte sia nell’ordinanza n. 207 del 2018 sia nella sentenza n. 242 del 2019².

Quanto alla prima, la limitazione dell’analisi alla fattispecie oggetto della pronuncia in commento è determinata dalla semplice considerazione della vastità del tema “fine vita”, all’interno del quale possono ascrivere una molteplicità non facilmente enumerabile di situazioni, che oggi possono verificarsi e alle quali la scienza medica e la tecnologia possono e sanno offrire soluzioni e rimedi diversi.

Il “fine vita”, infatti, non può più essere considerato solo un evento naturale che si esplica in uno o in pochi minuti o istanti e che determina il sorgere di conseguenze giuridiche. Proprio per i citati progressi della scienza medica e della tecnologia esso oggi può assumere le fattezze di un processo o di un procedimento o, più figurativamente, di un “percorso” più o meno lungo, più o meno ospedalizzato e medicalizzato, sovente altamente tecnologizzato, certamente doloroso per i malati e per chi sta loro accanto. Un “percorso” che il malato affronta seguendo sentieri sempre diversi a seconda delle circostanze e che possono portarlo dalla propria casa alla struttura sanitaria³ o, viceversa, dalla struttura sanitaria a casa⁴.

Unica certezza lungo il cammino resta la consapevolezza del suo termine, nella considerazione che la morte, “la fine della vita” è l’unico evento naturale che la medicina e la tecnica non possono evitare, ma solo allontanare nel tempo⁵.

¹ M.E. BUCALO, G. GIAIMO, *Le sollecitazioni delle Corti e l’inerzia del legislatore in tema di suicidio assistito. Un confronto tra Italia e Inghilterra*, in *BioLaw Journal – Rivista di biodiritto*, 2, 2019, 171 ss.

² I richiami alla legge n. 219 del 2017 sono infatti frequenti nelle pronunce citate, sebbene con funzioni diverse. Nell’ordinanza n. 207 del 2018, i riferimenti alla legge sembrano più approfonditi e pressanti, poiché la legge sulle DAT non solo viene individuata come il possibile “contenitore”, già presente nell’ordinamento, della nuova normativa che si auspicava il legislatore approvasse (punto 10 cons. dir.), ma contribuisce anche ad evidenziare i profili di incostituzionalità dell’art. 580 c.p., laddove per esempio la Corte raffronta la posizione di chi è affetto da una malattia inguaribile o di chi sia tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale o ancora di chi risulti capace di decisioni libere e dunque necessiti di assistenza per porre fine alla propria vita, con quella di coloro la cui posizione è garantita dalla legge medesima (punto 8 e 9 cons. dir.). Nella sent. n. 242 del 2019, invece, la legge n. 219 sembra assumere la funzione di “prototipo procedimentale”, che sia utile al Legislatore per l’individuazione di un metodo che assicuri un adeguato controllo sulla sussistenza delle condizioni, che legittimano la richiesta di suicidio assistito (punto 5 cons. dir.).

³ Per esempio, i percorsi dei malati terminali, che spesso si concludono nelle cd. strutture di *hospice*, che praticano la terapia del dolore e le cure palliative così come disciplinate dalla legge n. 38 del 2010.

⁴ Il pensiero va alle persone in stato vegetativo permanente o di minima coscienza la cui strada, laddove *care givers*, familiari e personale medico consentano, porta in certe occasioni nella propria abitazione, e in certe altre nelle cliniche di lungodegenza, ritenute a seconda delle diverse circostanze i luoghi nei quali tali pazienti possono ricevere le cure più adeguate.

⁵ U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Padova, 2018, XIV.

Viepiù, il “procedimento del fine vita” appare oggi fortemente condizionato non solo dai citati progressi della scienza e della tecnologia, ma anche e soprattutto dalle disponibilità finanziarie, poiché presidiato da strutture, strumenti, macchinari, terapie e assistito da un certo numero di unità di personale medico e paramedico, che comportano un costo davvero ingente per il *welfare* statale e per le risorse economiche dei pazienti e delle loro famiglie⁶.

Inoltre, tali pazienti necessitano di un’assistenza altamente specializzata, che renderebbe necessaria la presenza su tutto il territorio nazionale di valide strutture sanitarie, inserite in un contesto ospedaliero di elevata qualificazione, che garantisca la continuità delle cure, di superare i problemi di insufficienza assistenziale⁷ e le situazioni di abbandono terapeutico, con il coinvolgimento delle famiglie opportunamente sostenute e aiutate.

Se quindi il “fine vita” non è più soltanto un evento momentaneo, ma sovente si estrinseca attraverso un “percorso”, è necessario che ad esso (o meglio, al maggior numero di fattispecie attraverso le quali esso si esplica) venga data regolamentazione giuridica, anche al fine di dare legittimazione a tutte quelle applicazioni scientifiche che hanno alterato la dimensione naturale della morte⁸.

La necessità di una disciplina legislativa quanto più completa possibile in materia è stata altresì disvelata dal concretizzarsi di altre due concause che si sommano al sopravanzare inesorabile della tecnica e della scienza.

⁶ Solo quanto ai pazienti in stato vegetativo deve segnalarsi che i dati presenti in letteratura ed elaborati da alcune regioni italiane li stimano in 3,5 ogni 100mila abitanti, cui consegue dunque una richiesta di posti letto fra 3 e 4 ogni 100mila abitanti (stime fornite dalla Società italiana di riabilitazione neurologica – SIRM aggiornati a dicembre 2017 e disponibili sul sito web istituzionale. La stessa SIRM informa inoltre che le stime sono condizionate dalla difficoltà di distinguere lo stato vegetativo dallo stato di minima coscienza e dunque dall’elevato tasso di errore nella diagnosi di tali patologie, la quale non può limitarsi a rilevare uno stato clinico, ma deve anche ricercare informazioni utili ad orientare l’intervento riabilitativo nella scelta dei modelli di intervento di maggiore efficacia).

⁷ Insufficienza che si aggrava se si considera il divario che nel sistema ospedaliero e in generale nel comparto della sanità esiste fra le regioni meridionali e settentrionali, Tale divario è stato evidenziato peraltro dalla griglia sull’adempimento dei LEA che per l’anno 2017 indica che le Regioni valutate negativamente sono la Calabria e la Campania (che hanno raggiunto un punteggio rispettivamente pari a 136 e 153, inferiore al livello minimo accettabile di attuazione dei LEA fissato in 160 punti). Fra le altre Regioni meridionali si segnala che la Sicilia che raggiunge il livello minimo accettabile di 160 punti e che la Sardegna non risulta valutata, per il mancato invio dei dati. Deve inoltre segnalarsi i punteggi raggiunti dalle Regioni settentrionali sono comunque di gran lunga superiori rispetto a quelli delle Regioni meridionali che hanno eguagliato o superato la soglia minima accettabile. Piemonte, Veneto, Emilia-Romagna, Toscana, Lombardia, Umbria, Abruzzo e Marche hanno infatti raggiunto un punteggio di attuazione dei LEA ben superiore a 200 (il Piemonte, in particolare, ha raggiunto un punteggio pari a 221, dunque superiore rispetto al minimo di oltre 60 punti. Fra le Regioni meridionali valutate positivamente la migliore *performance* è quella registrata dalla Basilicata, che raggiunge il punteggio di 189, di trenta punti inferiore rispetto a quello raggiunto dal Piemonte). Tutti i dati sono consultabili on-line <http://www.salute.gov.it/portale/lea/dettaqlioContenutiLea.jsp?lingua=italiano&id=4747&area=Lea&menu=monitoraggio-Lea>.

⁸ O. SPATARO, *La legge n. 219 del 2017 e la disciplina del fine-vita tra principi costituzionali e problemi aperti. Spunti di riflessione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, 201, la quale afferma che «l’alterazione della dimensione naturale della morte [...] ha avuto conseguenze dirompenti 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, (entrando) inevitabilmente in gioco le concezioni personali che ciascuno abbia maturato sulle categorie fondamentali dell’esistenza e della dignità». Sul punto concordemente anche C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 16.

La prima è plasticamente manifestata dall'inesistenza nell'ordinamento costituzionale e legislativo italiano, del cd. "diritto a darsi la morte" o "a farsi uccidere" o ancora "a farsi aiutare a morire", permanendo anzi nel nostro ordinamento disposizioni che, pur espressive di un sistema valoriale oramai superato, determinano per le fattispecie summenzionate la possibile incriminazione⁹.

Sul punto la dottrina, già all'indomani della pubblicazione dell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale da parte della Corte di Assise di Milano del 14 febbraio 2018¹⁰, che ha dato origine al cd. "caso Cappato", aveva avuto modo di rilevare che il possibile ancoraggio costituzionale di tali diritti, reperito nell'art. 32, comma secondo, Cost., esprimeva in realtà un "dire fumoso"¹¹, poiché esso riconosce solo il diritto alla autodeterminazione terapeutica.

In forza di tale principio, oggi riconosciuto dalla giurisprudenza e positivizzato nella legge n. 219 del 2017, è possibile individuare non solo il diritto alla salute e a essere curati, ma anche il diritto negativo a non curarsi e a rifiutare o interrompere i trattamenti sanitari cd. "salvavita", fino a lasciarsi morire. Da qui a fondare, sulla base del citato principio, il diritto a darsi la morte, e dunque alla eutanasia attiva e passiva, intercorre però una "cesura logica"¹², peraltro legislativamente sancita dal comma 6 dell'art. 1 della legge n. 219 del 2017, che espressamente dispone che «[i] paziente non può scegliere

⁹ Si fa chiaramente riferimento alle disposizioni di cui agli art. 579 e 580 c.p. relative all'omicidio del consenziente e all'aiuto o istigazione al suicidio, all'art. 5 c.c., nonché all'art. 1 co. 6 della legge n. 219 del 2017 che dispone che «[i] 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».

¹⁰ L'ordinanza è stata oggetto di lungo e acceso dibattito sia fra gli studiosi di diritto costituzionale, sia fra gli studiosi di diritto penale. Fra i primi *ex multis* A. MORRONE, *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, in forumcostituzionale.it; M. D'AMICO, *Scegliere di morire "degnamente" e "aiuto" al suicidio: i confini della rilevanza penale dell'art. 580 cp davanti alla Corte costituzionale*, in *Corriere Giuridico*, 2018, 137 ss.; ID., *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del "caso Cappato"*, in giurisprudenzapenale.com; G. BATTAGLIA, *La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: una tappa (necessaria?) del caso Cappato*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 493 ss.; S. BARBARESCHI, *Il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 580 cp: le strade a disposizione della Corte*, in federalismi.it; E. CANALE, *La Corte costituzionale è chiamata a pronunciarsi sull'eventuale diritto a morire*, in osservatorioaic.it. Fra i contributi della dottrina penalistica e processual-penalistica *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*, 2018, 415 ss.; A. SANTUOSSO, P. BELLOLI, *Paradossi nel procedimento Cappato. Tre aporie generate dall'art. 580 c.p. a proposito di aiuto al suicidio*, in www.giurisprudenzapenale.com; A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 giugno 2018; P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, *ivi*, 22 maggio 2018; R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, *ivi*, 8 ottobre 2018.

¹¹ Così lo definiva 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 *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 3, 2018, 146.

¹² C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"?*, cit., 145-146, la quale sostiene anche che se la Costituzione riconosce il principio di autodeterminazione terapeutica, non se ne può trarre però la legittimità costituzionale anche di altri diritti, come quello di darsi la morte o di darsi la morte per mano di altri, perché si tratterebbe di fattispecie non analoghe e non equiparabili.

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»¹³.

La stessa cesura logica viziava i tentativi del giudice remittente di reperire il fondamento di legittimità dei summenzionati “diritti”, interpretando in modo sistematico gli art. 13 e 2 Cost. e dunque leggendo la disciplina della libertà personale alla luce del principio personalistico, che «pone come fine ultimo dell’organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana»¹⁴. Se infatti è vero che da tale lettura deriverebbe la sussistenza nell’ordinamento italiano della «libertà di decidere della propria vita, ancorché tale decisione determini la morte»¹⁵, e se è altrettanto vero che in Costituzione non è disciplinato un espresso obbligo di curarsi, ma, al contrario, esistono delle garanzie passive del diritto alla salute riconosciute dall’art. 32 co. 2 Cost.¹⁶ che, per mezzo del consenso informato, hanno nella libertà di scelta terapeutica e nel rifiuto legittimo delle cure la loro espressione, altra cosa è giustificare costituzionalmente il “diritto a farsi uccidere” o “a darsi la morte” sulla base di questi stessi parametri, in quanto situazioni fra loro non (o non sempre) equiparabili¹⁷.

¹³ A rafforzare tale interpretazione anche i lavori preparatori della legge n. 219 del 2017 e i relativi resoconti, i quali restituiscono una molteplicità di riferimenti non solo agli art. 579 e 580 c.p., ma anche alle nozioni di suicidio assistito ed eutanasia. A tal proposito deve rilevarsi la forte opposizione della relatrice di maggioranza rispetto alle proposte emendative relative al divieto di cui al co. 6 dell’art. 1, ma anche a quelle volte alla introduzione dell’«eutanasia nel nostro sistema giuridico», perché ritenute estranee al contenuto della legge (On. Lenzi, Resoconto stenografico della seduta n. 773 del 4 aprile 2017). D’altro canto, a manifestare il medesimo intento del legislatore contribuisce l’approvazione in aula, con il parere favorevole dei relatori di maggioranza e opposizione, dell’articolo aggiuntivo, oggi divenuto art. 2 della legge n. 219 del 2017 in materia di terapia del dolore e sedazione profonda (v. Resoconto stenografico della seduta n. 781 del 19 aprile 2017), nonché il mancato esame di alcune proposte di legge in senso più marcatamente eutanasiaco (v. XVII Legislatura, AC 2218, AC 2973, AC 3336 e AC 1582 – ora XVIII Legislatura, AC 2- quest’ultima di iniziativa popolare).

¹⁴ Così Corte cost. 10 maggio 1999 n. 167, punto 6 cons. dir., in tema di accessibilità degli edifici alla pubblica via tramite la creazione di passaggi coattivi in favore di persone portatori di *handicap*. Cfr. V. ONIDA, *Relazione*, in AA.VV., *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995, 89, secondo il quale l’art. 2 Cost. costituisce il primo dei principi fondamentali degli ordinamenti moderni, perché finalizza il costituzionalismo contemporaneo e P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002, 137, il quale sostiene che esso caratterizzi tutte le disposizioni costituzionali che tutelano la sfera della personalità fisica e morale di ciascuno.

¹⁵ Dall’ordinanza di rimessione Corte di Assise di Milano, 14 febbraio 2018, punto 6.

¹⁶ A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Milano, 2006, 663-665; C. TRIPODINA, *Art. 32*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 328-329.

¹⁷ *Contra* reperisce nel principio personalista e in quello di autodeterminazione terapeutica il possibile aggancio costituzionale ai trattamenti eutanasi U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 194 ss. L’ordinanza di remissione alla Corte fondava altresì il riconoscimento del summenzionato “diritto” negli art. 2 e 8 CEDU. Sul punto non può dimenticarsi che, poiché a partire dalle “sentenze gemelle” (Corte cost. n. 348 e 349 del 2007), la CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, costituisce parametro interposto ai sensi dell’art. 117 co. 1 Cost., alla Corte costituzionale resta comunque il potere di verificare «se le stesse norme CEDU, nell’interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana» (orientamento poi ribadito dalla successiva giurisprudenza costituzionale: *ex multis* sentt. n. 39/2008; 129/2008; 234/2009; 239/2009; 311/2009; 317/2009; 93/2010; 187/2010; 196/2010; 1/2011; 113/2011; 236/2011; 303/2011; 78/2012; 230/2012; 264/2012). Sul punto C. TRIPODINA, *op. cit.*, 146, la quale ritiene che alla luce di questa giurisprudenza, norme di legge, pur giudicate incompatibili con la CEDU, potrebbero «non essere caducate laddove si dimostri che esse siano in grado di offrire una tutela più “intensa” ai diritti di quella che a questi viene dalla Convenzione stessa». In questo riprendendo anche le tesi di A. RUGGERI, *Costituzione e Cedu, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in “sistema”*, in giurcost.org, 2012, 16. In tema v.

La seconda concausa è invece data dall'allontanamento progressivo del concetto di *dignità* dall'idea, che animava le letture del paternalismo giuridico, per la quale qualunque tipo di vita sia degna di essere vissuta e che dunque fosse compito dello Stato tutelare in ogni modo il bene giuridico della vita, limitando il principio di autodeterminazione¹⁸. La dignità oggi assume un significato più prettamente soggettivo, supportato peraltro da molteplici spunti in tal senso offerti dalla Costituzione, la quale ha rivelato la natura flessibile delle sue disposizioni sui diritti rispetto al trascorrere del tempo e la capacità di accogliere e disciplinare vecchi e nuovi dati della realtà¹⁹. Infatti, il principio personalista e il principio di dignità consentono una lettura del diritto alla salute fondata sull'interpretazione sistematica degli art. 2 e 32 Cost.²⁰, che non si ferma al dato materiale ed economicistico, ma attribuisce rilievo a qualsiasi concezione di vita che dia pienezza alla libertà, alla dignità e allo sviluppo della personalità, nel rispetto del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Gli esempi normativi citati sono dunque degli spunti utili ad indicare che nel nostro ordinamento costituzionale la legittimità dell'agire giuridico risieda nella tutela della persona e nella inviolabilità della sua dignità²¹, intesa come «sostrato sul quale si edifica la personalità di ogni (e di ciascun) essere umano e, in tale significato, diviene strumento di rafforzamento (*empowerment*) dell'individuo nei confronti di qualsiasi potenziale interferenza esterna»²². Di conseguenza, espressione massima e significato più profondo della *dignità* sarebbe la capacità di ciascuno di *autodeterminarsi*.

anche il lavoro di A. GUZZAROTTI, *L'interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze "gemelle" della Corte costituzionale*, in osservatoriosullefonti.it, 1, 2018.

¹⁸ La giustificazione del paternalismo giuridico è quella di evitare, attraverso l'intervento dello Stato, che le scelte del soggetto determinino un danno al bene giuridico della vita, inteso evidentemente in modo diverso dallo Stato e dall'individuo. Sul paternalismo giuridico non si può non tenere in considerazione R. DWORKIN, *El paternalismo*, in J. BETEGON, J.R. DE PARAMO, *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcellona, 1990, 147-161. Al contrario per antipaternalismo si intende «la concezione etico-politica in base al quale lo Stato [...] non ha il diritto di usare la forza contro la volontà di un individuo adulto, al fine esclusivo o principale di evitare che questi, tramite una azione o una omissione, cagioni o rischi, o tenti, in modo significativo di cagionare a se stesso (ciò che viene considerato) un danno, ad esempio fisico, psicofisico, economico (ledendo in questo modo il suo bene)». La definizione è di G. MANIACI, *La forza dell'argomento peggiore. La retorica paternalista nell'argomentazione morale e giuridica*, in *Ragion pratica*, 2012, 206.

¹⁹ Spunti che appaiono ben visibili oggi anche grazie al mutamento dei valori sociali e degli schemi culturali, così come vaticinava Calamandrei in N. BOBBIO (a cura di), *Scritti e discorsi politici*, vol. II: *Discorsi parlamentari e politica costituzionale*, Firenze, 1966, 40, il quale sosteneva che la Costituzione dovesse essere presbite, con la capacità dunque di guardare lontano e non miope.

²⁰ L'art. 32 Cost. in particolare nel costituzionalizzare il diritto alla salute e nel prevedere che i trattamenti sanitari obbligatori possano essere previsti solo dalla legge con il limite assoluto imposto dal rispetto della persona umana «apre la via ad una più intensa considerazione dell'autodeterminazione della persona che assume i tratti del diritto fondamentale», così S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 158.

²¹ S. RODOTÀ, *op. cit.*, 154, il quale ribadisce che nell'ordinamento costituzionale italiano è del tutto superata l'idea kelseniana della persona come semplice unità di norme, imponendosi piuttosto un'attenzione particolare al «modo in cui il diritto entra nella vita, e si fa tramite di un diverso insieme di criteri di riferimento».

²² G. GIAMMO, *La volontà e il corpo*, Torino, 2019, 10, il quale rileva (spec. 9) che il significato di dignità abbia una intrinseca natura "proteiforme" e caleidoscopica, perché «appartiene alla categoria dei principi elastici, cioè quelli che non sono fondati su un insieme di valori specifici e definitivamente individuati e che, proprio per tale ragione, possono essere costantemente rideterminati nel loro significato, in modo da renderli facilmente adattabili alle diverse circostanze storiche e necessità applicative». Tale natura risulterebbe inoltre evidenziata dal fatto che le riflessioni giuridiche che la coinvolgono vertano «su argomenti forieri di cesure ideologiche nel contesto sociale dovute alle differenti risposte individuali alle questioni di coscienza». Sulla natura elastica,

2. I punti nodali della legge n. 219 del 2017: l’autodeterminazione terapeutica, il consenso informato e il diritto alla (propria concezione di) vita

La frattura arrecata dalle innovazioni scientifiche e tecnologiche alla dimensione naturale delle vicende umane della nascita e della morte, fondative del concetto di *capacità giuridica*, affidate oggi anche al dominio della volizione del soggetto e il conseguente e progressivo spostamento dell’attenzione dell’ordinamento verso categorie giuridiche che da questi atti di volizione sono determinate (come il consenso informato, l’autodeterminazione terapeutica, la tutela dell’integrità della persona e l’irriducibilità della dimensione fisica della persona alle leggi del mercato)²³, introduce la seconda considerazione preliminare cui si accennava poco più sopra. È infatti questo il solco in cui si colloca la legge n. 219 del 2017, che per la prima volta nell’ordinamento italiano risponde alle istanze di regolamentazione che provenivano in tema di “fine vita” dalla comunità sociale e che erano culminate nelle sentenze sui casi Welby²⁴, Englaro²⁵ e Piludu²⁶.

Essa positivizza i principi giuridici enucleati dalla citata giurisprudenza e ricavati dalla interpretazione sistematica degli art. 32 co. 2, 13 e 2 Cost., quanto all’autodeterminazione e al consenso informato, e istituisce le Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT).

Si deve però rilevare che, sebbene la legge fosse stata accolta con favore dalla dottrina²⁷ ed in generale dagli operatori del diritto, perché capace di garantire certezza ad una disciplina fino ad allora fondata

indeterminata e caratterizzata da intime ambiguità v. anche S. RODOTÀ, *op. cit.*, 191-199. Cfr. *contra* la tesi che guarda alla dignità come valore che appartiene all’intero genere umano e quindi indisponibile alle scelte dei singoli in quanto inerente a interessi propri dell’ordine pubblico costituito (*dignity as constraint*). Sul punto G. GIAIMO, *La volontà e il corpo*, cit., 11-12. Aderisce alla tesi di *dignity as constraint* G. ALPA, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1997, 2, 416. Sulla analisi dei due citati significati di dignità D. BEYLEVELD, R. BROWNSWORD, *Human dignity in bioethics and biolaw*, Oxford, 2001, 13 ss. In tema di dignità intesa come insieme di valori che definiscono la personale idea di salute fino a comprendere quella di “diritto ad una morte dignitosa” v. P. ZATTI, *Rapporto medico-paziente e “integrità” della persona*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, 2, 403 ss.; R. PUCELLA, *Dignità Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, spec. 126 ss.; C. PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013; T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009.

²³ S. RODOTÀ, *op. cit.*, 162-163.

²⁴ Tribunale di Roma, 17 ottobre 2007, n. 2049.

²⁵ Corte di cassazione, sezione prima civile, 16 ottobre 2007, n. 21748

²⁶ Tribunale di Cagliari, decreto del giudice tutelare del 16 luglio 2016.

²⁷ *Ex plurimis* 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.; S. CANESTRARI, *Una buona legge*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 3, 2017, 975 ss.; M. RODOLFI, S. PENASA, C. CASONATO (a cura di), *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Milano, 2018; M. FOGLIA (a cura di), *La relazione di cura dopo la legge 219/2017*, Pisa, 2018. Quanto ai commenti sulla legge si rinvia anche al *Forum* presente n. 1 del 2018 di questa rivista con contributi di C. CASONATO, *Introduzione: la legge n. 219 del 2017 fra conferme e novità*; C. BARBISAN, *Legge 219: tormenti, chiarezze, insidie*; F. D’AGOSTINO, *Come leggere la legge n. 219/2017*; A. SANTOSUOSSO, *Questioni false e questioni irrisolte dopo la legge n. 219/2017*; I. CAVICCHI, *Le disavventure del consenso informato. Riflessioni a margine della legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento*; M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*; nonché al commentario articolo per articolo ivi presente e curato da S. CANESTRARI, L. ORSI, G. R. GRISTINA, D. PARIS, N. ZAMPERETTI, A. GIANNINI, C. VIAFORA, P. MORINO, G. FERRANDO, F. G. PIZZETTI, F. GIARDINA, P. BENCIOLINI, P. VERONESI, V. MOLASCHI, C. BERGONZINI, A. FRANCESCONI, L. BUSATTA.

su pronunce giurisprudenziali²⁸ non sempre fra loro coerenti, la disciplina sulle disposizioni anticipate di trattamento abbia manifestato ben presto alcune lacune. Il Legislatore infatti sceglieva di disciplinare solo ben individuate fattispecie: all'art. 4 la possibilità per il soggetto di far valere le proprie determinazioni quando, ancora nel pieno possesso delle facoltà intellettive, voglia liberamente decidere su trattamenti sanitari e sui quali in futuro potrebbe non essere più in grado di manifestare la propria volontà²⁹ e all'art. 5 la pianificazione delle cure condivisa fra medico e paziente, rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, alla quale il primo e la sua *l'equipe* 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 incapacità³⁰.

Ai fini del presente lavoro, risulta allora preliminarmente necessario illuminare seppur brevemente i punti nodali della disciplina legislativa, i quali costituiscono anche i modelli che fanno da sfondo alle motivazioni della pronuncia della Corte che si esaminerà nell'immediato prosieguo.

²⁸ Si esprime in tal senso U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 87, il quale ritiene che la disciplina legislativa sul tema fosse opportuna anche al fine di limitare le diverse "spinte" locali in materia, determinate dall'attivismo di certi comuni che pur in assenza della l. 219/2017, avevano istituito appositi registri per la raccolta di dichiarazioni anticipate di trattamento o di certe Regioni (come il Friuli Venezia Giulia) che la stessa cosa avevano fatto con propria legge (l. reg. Friuli Venezia Giulia n. 4 del 2015, impugnata per violazione della competenza legislativa statale e dichiarata incostituzionale con Corte cost. n. 262/2016, relativamente alla quale v. i commenti di L. BUSATTA, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento, tra ordinamento civile e «ragioni imperative di eguaglianza»*, in forumcostituzionale.it; C. MAGNANI, *Sul testamento biologico altro scontro tra Stato e Regioni. Il Titolo V fa male alla salute?*, in forumcostituzionale.it; L. COEN, *Le disposizioni anticipate di trattamento sanitario tra diritto civile e organizzazione amministrativa*, in *BioLaw Journal – Rivista di biodiritto*, 1, 2016, 207 e cfr. anche C. PICIOCCHI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento: dare "forma al vuoto" in attesa di una legge*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, 1. Sull'importanza della positivizzazione delle interpretazioni giurisprudenziali relative ai precedenti anche O. SPATARO, *La legge n. 219 del 2017*, cit., 208-209; A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in giurcost.org, 25/1/2015, A. SANTOSUOSSO, *Questioni false e questioni irrisolte dopo la legge n. 219 del 2017*, in *BioLaw Journal – Rivista di biodiritto*, 1, 2018, 85 ss. Sui registri comunali si veda *ampliter* E. STRADELLA, F. BONACCORSI, *L'esperienza dei Registri delle Dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario tra linee guida e prospettive di regolazione del fine vita*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita*, Napoli, 2012, 302 ss.; sulla legge friulana C. PICIOCCHI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento: dare forma al vuoto*, in *Riv. AIC*, 2, 2016, 13 ss. e C. MAGNANI, *Sul testamento biologico altro scontro tra Stato e Regioni. Il Titolo V fa male alla salute?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1 ss.

²⁹ Parte della dottrina ha ritenuto che le DAT «sarebbe stato opportuno impiegare il termine *direttiva*, in quanto il portato del termine ha in se quel portato sia orientativo sia vincolate, che certo si richiede ad un documento scritto ora per allora». Così U. ADAMO, *op. cit.*, 92. Secondo l'A. (spec. 101) infatti, nella dimensione relazionale medico-paziente, il primo «non può essere considerato un "mero burocrate", ma svolge una funzione dirimente per la tutela della salute del secondo», svolgendo un ruolo fondamentale nella «verifica della congruità delle DAT alla situazione concreta», atteso che si tratta di disposizioni «scritte ("allora") nel momento di capacità (in previsione ipotetica)», ma efficaci nella «concreta situazione in cui versa il paziente ("ora")». v. anche C. CASONATO, *Le direttive anticipate di trattamento: un fenomeno paradigmatico dei problemi del biodiritto*, in E. CECCHERINI, T. GROPPI (a cura di), *Bioetica*, Napoli, 2010; M. AZZALINI, *Le disposizioni anticipate del paziente: prospettiva civilistica*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Milano, 2011, 1935; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. II., Le scelte esistenziali di fine vita*, Milano, 2012, 127.

³⁰ In tema v. i contributi di C. CASONATO, *La pianificazione condivisa delle cure*, in M. RODOLFI, S. PENASA, C. CASONATO (a cura di), *Consenso informato e DAT*, cit., 41 ss.; Id., *Taking sick rights seriously: la pianificazione delle cure come paradigma di tutela delle persone malate*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 3, 2018, 949 ss. e i sovraccitati commenti dell'art. 5 della legge n. 219 del 2017 di P. Benciolini e P. Veronesi, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto* n. 1 del 2018.

La legge sul consenso e sulle DAT trova il suo primo fondamento nella relazione di cura fra medico e paziente, la quale ha massima esplicazione nel *principio del consenso informato*, declinato sia sotto il profilo della informazione corretta e completa fornita dal medico al paziente e relativa alle sue condizioni di salute, sia sotto il profilo del rispetto delle disposizioni anticipate di trattamento lasciate dal paziente e dunque anche dell’*autodeterminazione terapeutica*, che del primo costituisce il presupposto³¹. Così come il *consenso* dell’infermo, pienamente consapevole, grazie alla positivizzazione legislativa, diviene l’elemento decisivo per la somministrazione o la cessazione di qualsiasi terapia anche a fronte di una possibile opinione contraria dei medici³², analogamente ciò può dirsi per l’*autodeterminazione terapeutica*, che, proprio grazie all’esplicito richiamo legislativo, è cristallizzato e positivizzato autonomamente rispetto al diritto alla salute.

Infatti, il co. I dell’art. 1 della legge n. 219 nel disporre che «[l]a presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione [...], tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all’autodeterminazione della persona» opera dunque una distinzione fra i “principi” (di cui agli art. 2, 13 e 32 Cost.) e i “diritti” che la legge tutela (il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all’autodeterminazione). In questo modo non solo il Legislatore trova un “diretto ancoraggio costituzionale” per la nuova disciplina, ma la indica anche come immediata espansione di quegli stessi principi costituzionali. In altri termini la disposizione di apertura della legge n. 219 del 2017 definisce, attraverso l’individuazione di “principi costituzionali”, «l’orizzonte valoriale sul quale si fondano i “diritti”, i quali, finalmente positivizzati, vengono contestualizzati, in posizione di pariordinazione, ed assunti, al contempo, ad oggetti della tutela legislativa, in una prospettiva di reciproco bilanciamento»³³.

L’esplicito richiamo legislativo ai “diritti”, in senso autonomo rispetto ai “principi” e ai “valori costituzionali” che ne costituiscono il fondamento, ha una portata particolarmente innovativa, considerato che prima della legge n. 219 la dottrina³⁴ escludeva che l’*autodeterminazione* avesse uno statuto autonomo rispetto al diritto alla salute e che dunque potesse costituire il fondamento di «pretese individuali prive di radicamento in specifici diritti di libertà espressamente riconosciuti dalla Costituzione»³⁵.

³¹ Parla di “effetto redistributivo” nella relazione di cura operato dalla legge n. 219 del 2017 M. DI MASI, *Effetti redistributivi della legge n. 219 del 2017 nel rapporto fra medico e paziente*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 1-bis, 147 ss.

³² G. GIAIMO, *Quello che la legge non dice. L’interruzione delle terapie di sostegno vitale in assenza di una volontà espressa dall’infermo*, (in corso di pubblicazione, letto in anteprima grazie alla cortesia dell’Autore), 1 del dattiloscritto.

³³ O. SPATARO, *op.cit.*, 210.

³⁴ S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Teoria del diritto e dello stato*, 2-3, 2009, 258 ss.; L. ANTONINI (a cura di), *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.

³⁵ O. SPATARO, *op.cit.*, 211. Sebbene si debba ricordare che la Corte, facendo perno sul disposto degli art. 2, 13 e 32 Cost. che impone i trattamenti sanitari obbligatori solo nei casi previsti dalla legge e solo a tutela della salute collettiva, aveva elaborato il principio del consenso informato e il diritto alla rinuncia alle cure. In particolare, Corte cost. n. 438 del 2008 sottolinea lo stretto vincolo esistente fra il diritto alla autodeterminazione terapeutica e “il rapporto comunicativo” fra medico e paziente e afferma che «[l]a circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all’autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine

Altro elemento innovativo che la legge n. 219 del 2017 positivizza è il “nuovo significato normativo” del diritto alla vita, che viene declinato in combinazione con gli altri diritti della persona coinvolti dalla disciplina.

Se infatti, secondo un orientamento originariamente maggioritario in dottrina, il quale traeva spunto anche dalla sussistenza nell’ordinamento di disposizioni quali l’art. 579 e 580 c.p., l’art. 5 c.c. e dalla deontologia medica, il *diritto alla vita* era considerato un diritto-valore posto a fondamento del concetto di *persona umana* e dunque per questo fosse assolutamente indisponibile, inalienabile, inviolabile e incedibile, anche per quanto riguardava la rinuncia alle cure³⁶, progressivamente attraverso l’esaltazione del principio personalista, che anima la Costituzione irradiandosi dall’art. 2 Cost., il medesimo diritto è divenuto nella riflessione giuridica il presupposto di ogni altra libertà fisica e morale³⁷. Conseguentemente è stato possibile individuarne anche i possibili limiti derivanti dalla volontà del soggetto di rifiutare inutili cure, in ossequio alle proprie convinzioni e concezioni morali e sociali, spostando così il baricentro del diritto valore verso la dimensione personale-soggettiva.

La legge n. 219 del 2017 positivizza tale concezione ed è stata letta come massima espansione legislativa del diritto alla vita nel senso di “*diritto alla concezione della vita*” che ciascuno ha, tenendo essa presenti sia le opposte scelte, sia quelle di coloro che decidono di accedere alle cure palliative proseguendo la propria esistenza, sia quelle di coloro che, invece, rendendo la dichiarazione anticipata di trattamento, decidono l’interruzione delle cure e delle terapie salvavita³⁸.

Tale positivizzazione però presenta delle lacune, delle situazioni giuridiche che volutamente e discrezionalmente il legislatore ha scelto di non normare. Questa scelta risulta infatti cristallizzata nel secondo periodo del co. 6 dell’art. 1 della legge medesima il quale, nel negare la legittimità delle richieste

alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all’art. 32, secondo comma, della Costituzione» (punto 4 cons. dir.). La pronuncia è stata commentata da C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in forumcostituzionale.it, 2008 e R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in associazionedeicostituzionalisti.it, 23 aprile 2009. Sulla sentenza citata si è espresso criticamente D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il “consenso informato” ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sentenza n. 438/2008 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009, 4970-4981, ritenendo la pronuncia ridondante nei suoi richiami agli art. 2 e 13 Cost., poiché il principio del consenso informato sarebbe un corollario del principio di volontarietà dei trattamenti sanitari, sancito dall’art. 32 Cost. La stessa giurisprudenza ha fatto sostenere ad alcuni commentatori che la legge n. 219 del 2017 fosse «formalmente inutile dato che i suoi principali contenuti sarebbero già di fatto diritto vigente in Italia». Così F. D’AGOSTINO, *Come leggere la legge n. 219/2017*, cit., 13.

³⁶ A. BARBERA, *Eutanasia: riflessioni etiche, storiche e comparatistiche*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto fra discipline*, Torino, 2003, 4. Cfr. *contra* P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 388 ss. 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 *Diritto pubblico*, 1, 2008, 109 ss.

³⁷ O. SPATARO, *op. cit.*, 211-212. Analogamente in tema si vedano anche Corte cost. n. 307 e 470 del 1990; n. 218 del 1994; n. 118 del 1996; n. 268 del 2017; n. 5 del 2018. In dottrina M. LUCIANI, *Diritto alla salute (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXVII, Roma, 1991, *ad vocem*. La giurisprudenza costituzionale è oramai stabile sul tema cfr. *ex plurimis* Corte cost. n. 223 del 1996 e Corte cost. n. 35 del 1997 e soprattutto la sovracitata Corte cost. n. 438 del 2008.

³⁸ O. SPATARO, *op. cit.*, 214.

del paziente che abbiano ad oggetto «trattamenti sanitari contrari alle norme di legge», esonera dai relativi obblighi professionali i medici che fossero destinatari di tali richieste.

Fra le disposizioni di legge delle quali è imposto il rispetto è evidente il richiamo agli art. 5 c.c. e 579 e 580 c.p.

Quanto all’art. 5 c.c., l’impianto generale della disciplina legislativa ne determina necessariamente una rilettura, che lo contempererà con la nuova declinazione dell’autodeterminazione terapeutica. Tale contemperamento evidentemente determina una forte limitazione di quest’ultimo, il quale nel nostro ordinamento non può essere considerato “uno spazio senza limiti” che consente qualsiasi atto di disposizione del proprio corpo (si pensi per fare alcuni esempi al divieto di atti di disposizione del proprio corpo a titolo oneroso, al divieto di sperimentazione su esseri umani, ai limiti imposti alla procreazione medicalmente assistita, di interruzione volontaria di gravidanza e di mutamento di sesso)³⁹.

Se della disposizione del codice civile è necessaria una rilettura caso per caso, quanto invece alle disposizioni penali tutt’ora vigenti (specificatamente gli art. 579 e 580 c.p.), la scelta del legislatore di non disciplinare alcuna fattispecie eutanassica ha invece plasticamente evidenziato l’incompletezza e le gravi carenze della legge n. 219 del 2007, solo parzialmente sanate dalla sentenza che più sotto si analizzerà.

3. L’intervento della Corte costituzionale in tema di assistenza al suicidio dall’ordinanza n. 207 del 2018 alla sentenza n. 242 del 2019: profili processuali

Il caso di Fabiano Antoniani ha nitidamente manifestato, non solo l’inadeguatezza del vigente art. 580 c.p., in relazione allo specifico caso, ma ha anche sottolineato la necessità di un nuovo bilanciamento fra l’esigenza sociale di protezione delle persone, ed in particolare di quelle più fragili, «le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita, qualora l’ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all’esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragioni di personale tornaconto»⁴⁰ da un lato e la nuova declinazione del diritto alla vita sopra accennata dall’altro.

Consentendoci in questa sede di lasciare da canto il fatto tragico⁴¹, a tutti noto, che ha dato origine al giudizio di costituzionalità avente ad oggetto l’art. 580 c.p., è però importante rimarcare la sua

³⁹ O. SPATARO, *op. cit.*, 216-217. Cfr. in tema S. RODOTÀ, *Antropologia dell’uomo dignus*, in *Rivista Critica di Diritto Privato*, 28, 2010, 548 ss.; A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in federalismi.it, 17, 2013; ID., *La dignità dell’uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in gircost.org, 2, 2018, 392 ss.; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Rivista AIC*, 14 marzo 2008; G. FLICK, *Considerazioni sulla dignità*, in *BioLaw Journal – Rivista di biodiritto*, 2, 2017, 7 e ss. e IVI, M. REICHLIN, *La discussione sulla dignità umana nella bioetica contemporanea*, 101 ss.

⁴⁰ Corte cost. 21 novembre 2018 n. 207, punto 6 cons. dir.

⁴¹ Per il quale si rinvia a M.E. BUCALO, G. GIAIMO, *Le sollecitazioni delle Corti*, cit., 173-179 e alle relative citazioni bibliografiche presenti in nota, anche per quanto concerne l’ordinanza di remissione della Corte di Assise di Milano e le sue argomentazioni. Preme però qui sottolineare, in punto di mero fatto, che a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 580 c.p., che a breve si analizzerà, il sig. Marco Cappato con sentenza della Corte di Assise di Milano del 23 dicembre 2019 è stato assolto dal reato ascrittogli ex art. 580 c.p., perché il fatto non sussiste. La pronuncia del collegio ricalca la richiesta del p.m., che già in precedenza aveva chiesto l’archiviazione nei confronti dell’imputato.

ascrivibilità ad una delle due grandi categorie di fattispecie volutamente non disciplinate dalla legge n. 219: quelle di aiuto al suicidio e quelle in cui il malato, caduto in stato di incoscienza e tenuto in vita da presidi sanitari cd. salvavita, non abbia reso alcuna dichiarazione anticipata di trattamento⁴².

Della fattispecie oggetto del giudizio di costituzionalità conclusosi con la pronuncia in commento, ascrivibile alla prima tipologia di quelle sovraccitate e in generale al macroinsieme “fine vita”, deve poi sottolinearsi la particolarità, che derivava in primo luogo dall’essere frutto ad un tempo del progredire della scienza medica e della tecnologia e della loro stessa finitezza⁴³; in secondo luogo dalla *personale concezione della vita* dell’infermo. Egli infatti riteneva non dignitoso finire la propria esistenza attraverso il distacco della alimentazione e della respirazione artificiale, accompagnata dalla sedazione profonda che lo avrebbe reso incosciente: tale procedimento avrebbe sottoposto fra l’altro le persone care che gli stavano vicine ad uno stato di prostrazione che lo stesso Antoniani non auspicava. Da qui, maturava la determinazione di darsi la morte “in modo dignitoso e senza soffrire”⁴⁴ con la necessità però che al fine di realizzare tale volontà contribuisse un altro soggetto⁴⁵.

Come è noto, il caso è stato oggetto di un giudizio di costituzionalità “suddiviso” in due diverse “fasi” (la prima conclusasi con l’ordinanza n. 207 del 16 novembre 2018, la seconda con la sentenza n. 242 del 22 novembre 2019)⁴⁶, che induce alla riflessione sia sotto il profilo processuale, sia sotto il profilo di merito.

⁴² Quanto a queste ultime fattispecie, anche nell’ottica del diritto comparato v. G. GIAIMO, *Quello che la legge non dice*, cit.

⁴³ La finitezza della scienza medica e della tecnica, evidente nella condizione di Fabiano Antoniani cieco e tetraplegico, pur nella integrità delle facoltà intellettive a causa di un incidente stradale, è espressa non solo dal fatto che egli fosse non del tutto indipendente dalle macchine quanto ad alimentazione, idratazione e respirazione, ma anche dalla sua soggezione a molto frequenti e dolorosi spasmi muscolari, cui riuscivano a sopperire solo potenti farmaci antidolorifici, che però gli obnubilavano la coscienza (e per questo sovente rifiutati).

⁴⁴ 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/rai-news/media/Eutanasia-video-appello-di-Fabiano-Antoniani-Di-Fabo-al-Presidente-Mattarella-bdae8fff-ff1f-4e55-b9b9-7d4b1bea837f.htm>.

⁴⁵ Ricostruisce puntualmente la vicenda dal punto di vista penalistico e processualpenalistico 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 *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2017. La dottrina penalistica si è occupata lungamente del caso di specie, si vedano *ex multis* 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*, 8 maggio 2017; Id., *Aiuto al suicidio: il G.I.P. di Milano rigetta la richiesta di archiviazione e dispone l’imputazione di Marco Cappato*, *ivi*, 18 luglio 2017; R.E. OMODEI, *L’istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell’art. 580 c.p.*, *ivi*, 24 ottobre 2017; D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, *ivi*, 16 luglio 2018.

⁴⁶ B. PEZZINI, *Dal caso Cappato al caso Fabiano Antoniani e ritorno: i vincoli di coerenza imposti dalla ordinanza 207/2018*, in A. APOSTOLI, F. BIONDI, P. CARNEVALE, O. CHESSA, M. CECCHETTI, F. GALLO, I. PELLIZONE, B. PEZZINI (a cura di), *Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine dell’ordinanza 207 del 2018 della Corte costituzionale*, Firenze, 2019, 10 parla di «primo esempio di una vera e propria nuova tipologia decisoria di (una sola) decisione (resa) in due tempi, in grado di offrire una risposta di sistema alle omissioni incostituzionali alternativa alla tecnica della doppia pronuncia», tale da prefigurare un modulo decisorio autonomo di «procedimentalizzazione della prospettiva monitoria».

Cominciando dal primo, è necessario anche solo accennare alle innovazioni già presenti nella «decisione preparatoria»⁴⁷ e che già un anno fa evidenziavano un uso elastico e ampio delle tecniche decisorie da parte della Corte costituzionale, che aveva prodotto un rimescolamento delle categorie del processo costituzionale, quale per esempio la distinzione fra ammissibilità della questione di costituzionalità e merito, cui gli studi di giustizia costituzionale avevano abituato⁴⁸.

Infatti, oltre che il dato evidente per il quale l’ordinanza n. 207 del 2018, pur presentandosi come un mero rinvio ad altra udienza, includeva al suo interno anche indicazioni di merito⁴⁹, che consentivano di definirla «monitoria di incostituzionalità, ma (probabilmente) differita ad altra udienza»⁵⁰, essa palesava anche una nuova modalità di utilizzo del potere rinvio ad altra udienza, fino ad allora esercitato dal presidente (e non dal collegio), per motivi esterni al giudizio e senza mai entrare nel merito dello stesso⁵¹.

Le differenze fra le due diverse modalità di esercizio del potere di rinvio si manifestavano dunque non solo sul piano strutturale, essendo in origine prettamente presidenziale e poi dall’ordinanza n. 207 anche collegiale, ma anche attraverso il tentativo della Corte di agire in modo più incisivo, al fine di stimolare un “nuovo processo politico” e indicare al legislatore la necessità di una disciplina in tema di eutanasia e suicidio assistito⁵².

D’altra parte non si possono negare gli esiti del tutto incerti del summenzionato rinvio: non vincolante per il legislatore, il quale infatti ha lasciato cadere nel vuoto il monito e reso manifestamente inutili le pressioni operate dalla Corte⁵³ e formalmente non vincolante neppure per i giudici che, trovandosi a risolvere casi analoghi in pendenza del giudizio di costituzionalità, avrebbero potuto decidere di applicare l’art. 580 c.p. reperendone una interpretazione conforme a Costituzione o sollevare questione di

⁴⁷ Così definisce l’ordinanza n. 207 del 2019 A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in giustiziainsieme.it, 5

⁴⁸ A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio*, cit., 5. Specificatamente sulla ordinanza n. 207 del 2019 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.

⁴⁹ Tanto che la sua struttura interna era organizzata in una forma analoga a quella di una sentenza e cioè distinta in una parte “ritenuto in fatto” ed un’altra “considerata in diritto”.

⁵⁰ Così si esprime A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l’irrocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in giurcost.org, 20 novembre 2018, 575

⁵¹ Si ricordi per esempio il rinvio delle questioni relative alla legge elettorale cd. *Italicum*, dovuta alla evidente volontà della Corte di non influenzare in alcun modo l’esito del referendum sulla riforma costituzionale del 4 dicembre 2016, o i rinvii a causa del mutamento della composizione del collegio, o nei giudizi in via principale e nei conflitti fra enti i rinvii determinati dall’attesa di una possibile ricomposizione politica della questione tramite modifiche del quadro normativo o negoziazioni fra le parti, per dichiarare successivamente la cessazione della materia del contendere o l’estinzione del processo per rinuncia al ricorso. M. MASSA, *Un’ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in forumcostituzionale.it, 1 dicembre 2018, 13-14 e nota 65.

⁵² M. MASSA, *Un’ordinanza interlocutoria*, cit., il quale evidenzia le differenze nella modalità di esercizio del potere di rinvio, usato dalla Corte precedentemente all’ordinanza n. 207 del 2019 nell’attesa di un processo politico già in corso.

⁵³ Sul punto dunque non si può che concordare con quella autorevole dottrina che si chiedeva se, dopo avere creato questa nuova tecnica decisoria, palesatasi oggi inefficace almeno nei confronti del legislatore, la Corte la utilizzerà ancora o ritornerà alle pronunce di inammissibilità, le quali lasciano maggiore discrezionalità al legislatore. Si veda A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l’irrocervo*, cit., 575.

costituzionalità, anche al fine di sospendere l'applicazione della disposizione. In parte vana dunque appariva la precisazione della Corte di non aver scelto la tecnica decisoria della dichiarazione di inammissibilità, perché essa avrebbe avuto l'effetto di mantenere in vita la normativa non conforme a Costituzione per un tempo non preventivabile e cioè fino a quando non fosse stata sollevata una nuova questione di costituzionalità⁵⁴.

La sentenza n. 242 del 2019 si pone quindi a chiusura di un procedimento, che individua una «nuova tecnica decisoria»⁵⁵, che però non ha mancato di sollevare dubbi nella dottrina, la quale si interroga sulla possibilità di reperire un legame fra la prima e la seconda pronuncia. In particolare, se parte della dottrina ne sostiene l'inscindibilità, ritenendo che esse costituiscano il corpo di un'unica decisione⁵⁶, altra parte sostiene invece la tesi contraria, ritenendo che tale rapporto non esista, poiché solo la seconda pronuncia è dotata di valore vincolante ed efficacia generale⁵⁷.

La tesi che vede nelle due pronunce un legame quasi identitario assimila la nuova tecnica decisoria alle sentenze di incompatibilità presenti nell'ordinamento tedesco (*Unvereinbarkeitserklärung*), le quali si caratterizzano per differire gli effetti della declaratoria di incostituzionalità in un momento futuro, al fine di consentire al legislatore di intervenire, sulla disciplina esistente in modo da renderla conforme alla Legge Fondamentale, entro il termine (*Frist*) indicato nella stessa sentenza.

In effetti, le ragioni per le quali l'ordinamento tedesco ha scelto una tale "graduazione" dell'impatto della declaratoria di incostituzionalità sembrano le stesse che hanno animato la Corte nella ord. n. 207 del 2018 e cioè, da un lato, l'esigenza di rispettare la discrezionalità del legislatore, al quale viene data la possibilità di intervenire per porre rimedio alla sua omissione, dall'altro evitare che dalla

⁵⁴ L'inciso è presente nella ordinanza n. 207 del 2019 al punto 11 cons. dir. Cfr. concorde A. RUGGERI, *op. cit.*, 574. *Contra* M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 19 novembre 2018, par. 4, il quale rilevava l'autorevolezza sostanziale delle decisioni della Corte, che, anche in un caso unico e incerto, è comunque capace di orientare gli operatori del diritto al di là della forma degli atti nei quali tali decisioni si sostanziano.

⁵⁵ Si esprimeva così N. FIANO, *L'ordinanza n. 207 del 2018: un nuovo modello decisionale all'orizzonte?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2019, 577 ss. e oggi anche M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2020, 5 ss. Cfr. anche A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo l'ord. 207 del 2018 su Cappato*, in forumcostituzionale.it, 2019; R. ROMBOLI, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, in forumcostituzionale.it, 2019; G. BRUNELLI, *Imparare dal passato: l'ord. n. 207/2018 (nel caso Cappato) e la sent. n. 27/1975 (in tema di aborto) a confronto*, in forumcostituzionale.it, 2019; F. DALCANTO, *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in forumcostituzionale.it, 2019 e E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2019, 531 ss.

⁵⁶ Così B. PEZZINI, *Dal caso Cappato al caso Fabiano Antoniani*, cit., 10. Pare aderire a tale tesi definendo ripetutamente la nuova tecnica decisoria come un "nuovo modulo monitorio", R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2020, 4 ss. L'A. (spec. 14), ritiene si tratti della evoluzione della tecnica della "doppia pronuncia", dal che conseguirebbe che per l'inedito modulo monitorio «si potrebbe quasi parlare di *stadio intermedio d'efficacia*», laddove «lo *stadio di efficacia ottimale* resterebbe) sempre [...] l'accoglimento *tout court*».

⁵⁷ M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale*, cit., 8 e C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2019, 7 ss.

dichiarazione di incostituzionalità *tout court* di una disposizione derivi un “caos” sul piano del diritto procedurale e/o sostanziale⁵⁸.

Bisogna però rilevare che, sebbene non esistano strumenti giuridici idonei a «obbligare il legislatore a conformarsi al dovere di intervenire sul piano legislativo»⁵⁹, in Germania questa tipologia di pronunce ha creato un circolo virtuoso fra Tribunale costituzionale e Legislatore, determinando con quasi assoluta certezza che il secondo si adegui ai moniti del primo nel termine fissato⁶⁰.

È infatti il Tribunale costituzionale, qualora il Parlamento ritardi nell’adempimento del dovere di riforma, a scegliere di volta in volta l’opzione giurisprudenziale più consona e opportuna in relazione al contesto in cui si è formato il vizio di incostituzionalità: in alcune sentenze evidenzia e specifica che il mancato rispetto del termine porterà inevitabilmente alla nullità della norma⁶¹, «quasi secondo un meccanismo automatico»⁶²; in altre “crea” una disciplina idonea a regolare la situazione o il rapporto disciplinati dalla norma incompatibile o incostituzionale⁶³; altre volte ancora i giudici decidono in senso conforme alla Costituzione, «in tal modo interrompendo la sospensione dei procedimenti in cui rilevi l’applicazione della norma dichiarata incompatibile»⁶⁴.

In questo modo, poiché il *Bundesverfassungsgericht* elabora autonomamente le conseguenze derivanti dall’inottemperanza e dall’inerzia del Legislatore, esso è in grado di esercitare su quest’ultimo una considerevole pressione, pur non esistendo vera e propria automaticità fra inottemperanza del Legislatore e successiva dichiarazione di incostituzionalità. Il “circolo virtuoso”, instauratosi in Germania fra Tribunale costituzionale e Parlamento, difficilmente però pare replicabile in Italia, quanto meno perché la Corte non dispone della stessa pluralità di strumenti decisori.

L’“interlocutorio” accertamento di incostituzionalità presente nell’ordinanza n. 207 del 2018 e la successiva e definitiva dichiarazione di incostituzionalità presente nella sentenza n. 242 del 2019 non possono quindi, essere considerati un *unicum*, atteso che ciò che non è più contenuto nella seconda potrebbe essere ricavato dalla prima solo in via interpretativa. Ciò per il semplice rilievo che è nella sentenza n. 242 che il dispositivo corrisponde in tutto alla motivazione (mentre nell’ordinanza n. 207 del 2019 era evidente una discrasia fra il dispositivo e quanto invece argomentato nella parte motiva⁶⁵) ed

⁵⁸ 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, 3.

⁵⁹ N. FIANO, *Caso Cappato*, cit., 4 la quale ribadisce che il Tribunale costituzionale tedesco non può sostituirsi al Legislatore nell’opera di bilanciamento che spetta a quest’ultimo, se non violando il principio della separazione dei poteri. Al più sarebbe ipotizzabile una responsabilità del Parlamento ed un conseguente dovere di risarcimento dei danni causati. Sulla inesistenza di strumenti giuridici positivizzati per relativi alle conseguenze della inottemperanza del Legislatore tedesco anche J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. TARCHI, *La giustizia costituzionale nella Repubblica Federale di Germania, Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, 2000, 182

⁶⁰ M. D’AMICO, *op. cit.*, 9.

⁶¹ BVerfGE 130, 240 – Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz.

⁶² N. FIANO, *La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte Costituzionale tra dichiarazione di incostituzionalità e discrezionalità del Parlamento: uno sguardo alla giurisprudenza costituzionale tedesca*, in forumcostituzionale.it, 29 giugno 2016, 28. Si esprime in termini analoghi anche A. RUGGERI, *op. cit.*, 575.

⁶³ BVerfGE 97, 228 – Kurzberichterstattung.

⁶⁴ N. FIANO, *Caso Cappato*, cit., 4, la quale cita K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, 2018, 336.

⁶⁵ Sul punto si rinvia a M. E. BUCALO, G. GIAIMO, *op. cit.*, 182. Anche 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,

è solo in questa sentenza che la Corte dichiara l'incostituzionalità della disposizione impugnata con efficacia generale per tutto l'ordinamento (mentre nella prima nell'operare un rinvio ad altra udienza rivolgeva il suo monito esclusivamente al Legislatore)⁶⁶.

D'altro canto, se la stessa tesi che rimarca la ontologica connessione fra rinvio e accertamento dell'incostituzionalità, sostiene che in questo modo, la Corte abbia sostanzialmente voluto «vincolare sé medesima a quello specifico accertamento, per non riconsegnarne le sorti all'alea ordinamentale della riproposizione accertamento di incostituzionalità»⁶⁷, non è possibile non considerare il dato formale e ordinamentale, per il quale la Corte restava, all'esito del rinvio, padrona del proprio destino, nel caso in cui per esempio il legislatore avesse predisposto nel termine una disciplina non attenendosi ai canoni da essa imposti o comunque potendo nuovamente rinviare⁶⁸.

3.2. (segue) profili di merito: la “circoscritta (e puntellata) area” di incostituzionalità dell'art. 580 c.p.

Anche analizzando nel merito della sentenza n. 242 del 2019 è possibile confutare la tesi della connessione fra le due pronunce.

La pronuncia in commento si ascrive nella categoria delle sentenze interpretative di accoglimento e specificatamente alle sentenze additive, dichiarando essa la incostituzionalità dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità di chi commette la fattispecie in determinate condizioni⁶⁹ che di seguito si avrà modo di analizzare. Già la sua conformazione ci dice molto di più di quanto non ci si aspettasse dalla ordinanza n. 207 del 2018: vero è che «rimane identica la struttura di tutte le condizioni accertate ed evidenziate»⁷⁰ in quest'ultima e che faceva sostenere a parte della dottrina che la

definisce l'ordinanza n. 207 del 2018 come un'ordinanza *quoad formam*, ma in realtà una sentenza *quoad substantiam*.

⁶⁶ M. D'AMICO, *op.cit.*, 8.

⁶⁷ R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani*, cit., 11, la quale ritiene altresì che «proprio l'accertamento e la sospensione costituiscano l'endiadi su cui ragionatamente la Corte ha costruito – davanti a sé medesima – una specifica aspettativa di seguito: di rivalutazione dei termini della questione, da riallocare quindi opportunamente nella sfera di competenza del giudice a quo, nell'ipotesi di seguito legislativo declinato [...] o, in caso contrario, di risoluzione dell'incostituzionalità accertata mediante la rispettiva dichiarazione» (spec. p. 10). Analogamente G. REPETTO, *La Corte, il caso Cappato e la “parola che squadra da ogni lato”*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, 2, il quale ritiene che «pur nella libertà degli esiti decisionali possibili, la Corte (sia) tenuta *rebus sic stantibus* ad essere conseguente rispetto all'accertamento già operato». Concorde sul punto anche M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, 661.

⁶⁸ M. MASSA, *op. cit.*, 17 e M. BIGNAMI, *op. cit.*, par. 5.

⁶⁹ Corte cost. 22 novembre 2019, dichiara l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

⁷⁰ Così M. D'AMICO, *op. cit.*, 7.

Corte avrebbe emesso una additiva⁷¹, ma analogamente non si può negare che nella sentenza n. 242 del 2019 sia stato aggiunto un *quid pluris*, degli elementi strutturali e procedurali nuovi che nell’ordinanza interlocutoria non erano presenti⁷².

È infatti la stessa Corte, decorso il termine concesso al Legislatore, a palesare la necessità da un lato di porre rimedio al «*vulnus costituzionale*, non sanabile in via interpretativa –tanto più se attinente a diritti fondamentali–»; dall’altro di superare *horror vacui* discendente dalla pronuncia di incostituzionalità, per soddisfare «specifiche esigenze di disciplina, che, pur suscettibili di risposte differenziate da parte del legislatore, non possono comunque sia essere disattese».

In tal modo il Giudice delle Leggi ribadisce con forza il suo ruolo di “Giudice dei diritti”, evitando che «l’ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale: e ciò “specie negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l’esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte del legislatore”» e giustifica l’adozione del modello additivo, non potendosi in questi casi limitare all’accoglimento “secco” della questione di costituzionalità, ma dovendo ricavare «dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento»⁷³.

La Corte ritiene dunque di non ledere la “discrezionalità del Legislatore” più volte espressamente richiamata nell’ordinanza n. 207 del 2018, la quale ora potrebbe nuovamente riespandersi all’esito della pronuncia di accoglimento, poiché limitatissime sono le fattispecie alle quali il dispositivo della sentenza può applicarsi⁷⁴. Infatti ciò che rimane identico nelle due pronunce è l’individuazione, invero già molto stringente, della “circoscritta area” di incostituzionalità dell’art. 580 c.p. e dunque delle fattispecie in rapporto alle quali la indiscriminata applicazione della disposizione entra in frizione con i precetti costituzionali: «casi nei quali venga agevolata l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella trova intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli»⁷⁵. In queste situazioni, portate sotto la sfera applicativa dell’art. 580 c.p. dai progressi della scienza medica e della scienza che erano totalmente inimmaginabili in passato, può rivelarsi una sacca limitatissima di casi in cui la piena esplicazione dell’*autodeterminazione terapeutica* del malato (art. 32 co. 2 Cost.) potrà svolgersi solo attraverso l’assistenza di terzi nel porre fine alla propria vita, in quanto unico modo per sottrarsi a un mantenimento artificiale in vita non più voluto.

Analogamente identico rimane il riferimento alla necessità di mantenere nell’ordinamento una disposizione come quella impugnata, che vieta l’istigazione o l’aiuto al suicidio, la cui *ratio* è funzionale alla

⁷¹ Cfr. M. BIGNAMI, *op. cit.*, par. 5. *Contra* A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l’ircocervo*, cit., 575.

⁷² Concorda sul punto M. D’AMICO, *op. cit.*, 7.

⁷³ Tutti i virgolettati da Corte cost. 22 novembre 2019 n. 242 punto 4 cons. dir.

⁷⁴ *Contra* RUGGERI, *Rimosso senza indugio*, cit., 1-2 il quale stigmatizza la pronuncia in commento, ritenendo che essa sancisca la fine del «confine sicuro ed invalicabile entro il quale la volontà del legislatore [...] potrà affermarsi e farsi valere: sarà, di contro, la Consulta a stabilire d’ora innanzi fin dove far espandere e dove invece contrarre la sfera rimessa alla regolazione da parte delle Camere, fino ad azzerarne del tutto il campo materiale da essa ricoperto».

⁷⁵ Corte cost. 22 novembre 2019 n. 242, 5 capoverso 1 e 2.3 cons. dir.

tutela del diritto alla vita delle persone più deboli e vulnerabili, al fine di scongiurare il pericolo che nel porre in essere scelte estreme siano da altri influenzati o aiutati, magari per un tornaconto personale⁷⁶. Qui però si fermano i punti di contatto con l'ordinanza n. 207, perché è proprio quest'ultimo inciso che serve alla Corte per affermare che per scongiurare un siffatto pericolo, oltre alla valutazione delle fattispecie concrete operata *case by case*, sarà necessario il rispetto di «specifiche cautele, volte a garantire – nelle more dell'intervento del legislatore – un controllo preventivo sull'effettiva esistenza delle condizioni che rendono lecita la condotta»⁷⁷.

Si tratta della prima vera grande innovazione apportata dalla pronuncia in commento, perché il giudice costituzionale pare voler rafforzare ulteriormente la propria decisione con “puntelli” di natura regolatoria e di natura procedimentale, attraverso i quali individuare le “condizioni di legittimità” della scriminante penale e controllarne la sussistenza⁷⁸.

Quanto ai primi, il Giudice delle Leggi individua nel *principio del consenso informato*, come declinato dalla legge n. 219 del 2017, e in quello della *autodeterminazione terapeutica*, i punti di riferimento cui ispirarsi, già presenti nell'ordinamento, e l'art. 1 co. 5 della medesima legge diventa quindi il “modello” cui attingere per il procedimento di verifica dell'attualità del consenso e della «sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto»⁷⁹.

Inoltre la Corte si rifà all'art. 2 della stessa legge, per quanto concerne la garanzia per il paziente, che richiede l'aiuto al suicidio, di accedere alle cure palliative diverse dalla sedazione profonda ove idonee a eliminare la sofferenza, perché tale prospettiva «spesso si presta a rimuovere le cause di volontà del paziente di congedarsi dalla vita» (non era questo il caso di Fabiano Antoniani, il cui intento suicidario permaneva anche avanti alla prospettiva di tali terapie).

Quanto ai secondi, la Corte aggiunge al procedimento individuato dal citato art. 1 co. 4 e 5 della legge n. 219 del 2017 due specifiche integrazioni, non individuate nella ordinanza n. 207.

La prima è determinata nell'affidamento in via esclusiva a strutture pubbliche del Servizio Sanitario Nazionale della verifica delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio, le quali dovranno altresì vigilare sulle modalità di esecuzione dello stesso per «evitare abusi in danno di persone vulnerabili (e per) garantire la dignità del paziente ed evitare al medesimo sofferenze»⁸⁰.

La seconda, in aggiunta alla prima e ancora più stringente, è la previsione dell'intervento nel procedimento suesposto «di un organo collegiale terzo, munito delle adeguate competenze, il quale possa garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità». La Corte individua questo organo nei

⁷⁶ Così Corte cost. 21 novembre 2018 n. 207, punto 6 cons. dir. ripreso peraltro nel punto 5 del cons. dir. di Corte cost. 22 novembre 2019 n. 242, capoversi 1 e 2.

⁷⁷ Corte cost. 22 novembre 2019 n. 242, punto 5 cons. dir. capoverso 2.

⁷⁸ R. PESCATORE, *op. cit.*, 17, nel riprendere una definizione che C. PANZERA, *L'ordinanza “una e trina”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 7 giugno 2019, 4 ss. assegnava alla ordinanza n. 207 del 2019, afferma che anche la sentenza n. 24 del 2019 possa definirsi “una e trina”, perché opera l'*addizione* di un *principio*, di una *regola* e di un *procedimento*, questi ultimi due *cedevoli* rispetto alla disciplina dettata, qualora lo facesse, dal Legislatore. L'A. puntualmente identifica la *addizione della regola* nella disciplina del consenso informato come disciplinato dalla legge n. 219 del 2017 e quella del *procedimento*, nel controllo affidato al medico. M. D'AMICO, *op. cit.*, 12 ss. parla di “paletti”.

⁷⁹ Corte cost. 22 novembre 2019 n. 242, punto 5 del cons. dir., capoverso 7. Così come peraltro aveva già anticipato nella ordinanza n. 207 del 2018 punto 10 cons. dir. capoverso 6.

⁸⁰ Corte cost. 22 novembre 2019 n. 242, punto 5 del cons. dir., capoverso 11.

Comitati Etici Territoriali, i quali sono attualmente «investiti di funzioni consultive intese a garantire la tutela dei diritti e dei valori della persona in confronto alle sperimentazioni cliniche di medicinali o, *amplius*, all’uso di questi ultimi e dei dispositivi medici», ma che posso estendere tali funzioni anche alle procedure in esame, atteso che si tratta di «funzioni che coinvolgono specificamente la salvaguardia di soggetti vulnerabili e che si estendono anche al cosiddetto uso compassionevole di medicinali nei confronti di pazienti affetti da patologie per le quali non siano disponibili valide alternative terapeutiche»⁸¹.

Istituiti con decreto del Ministro della Salute del 8 febbraio 2013 in attuazione dell’art. 12 commi 10 e 11 del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, recante Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più livello di tutela della salute, i Comitati Etici Territoriali hanno sede nei territori regionali e normalmente a livello provinciale presso le strutture sanitarie pubbliche o ad esse equiparate, ivi compresi gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico. Nella loro articolata composizione, che per lo più prevede la presenza di medici, clinici, rappresentanti delle professioni sanitarie e delle associazioni di volontariato, il decreto ministeriale prevede la necessaria presenza di un esperto di bioetica e di un esperto in materie giuridiche e assicurative, il quale però è sostituibile con un medico legale⁸².

Molteplici sono le ragioni che consentono di concordare con quella dottrina che ha subito espresso dubbi nell’affidamento riposto dalla Corte sull’inserimento di tali Comitati nel procedimento di valutazione dei requisiti di legittimità, affinché il paziente che lo richieda possa accedere al suicidio assistito⁸³. In primo luogo, deve ricordarsi che i membri di tali Comitati sono nominati dai direttori sanitari degli istituti di cura presso i quali sono incardinati. Ciò determina non infondati dubbi sulla loro terzietà e indipendenza, poiché potrebbero essere in qualche modo legati agli indirizzi politici regionali e orientare in un senso o in un altro le decisioni dei Comitati stessi⁸⁴.

A questo si aggiungano i dubbi sulla reale competenza di questi organi a svolgere la procedura che la Corte affida loro, nonché quelli relativi alla loro composizione. Quanto ai primi non si può non

⁸¹ Corte cost. 22 novembre 2019 n. 242, punto 5 del cons. dir., capoverso 12.

⁸² Art. 2 del Decr. Min. Sal. 8 febbraio 2013 dispone quanto alla composizione dei Comitati Etici Territoriali che «[i] componenti dei comitati etici devono essere in possesso di una documentata conoscenza e esperienza nelle sperimentazioni cliniche dei medicinali e dei dispositivi medici e nelle altre materie di competenza del comitato etico. A tal fine i comitati etici devono comprendere almeno: a) tre clinici; b) un medico di medicina generale territoriale; c) un pediatra; d) un biostatistico; e) un farmacologo; f) un farmacista del servizio sanitario regionale; g) in relazione agli studi svolti nella propria sede, il direttore sanitario o un suo sostituto permanente e, nel caso degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, il direttore scientifico della istituzione sede della sperimentazione; h) un esperto in materia giuridica e assicurativa o un medico legale; i) un esperto di bioetica; l) un rappresentante dell’area delle professioni sanitarie interessata alla sperimentazione; m) un rappresentante del volontariato o dell’associazionismo di tutela dei pazienti; n) un esperto in dispositivi medici; o) in relazione all’area medico-chirurgica oggetto dell’indagine con il dispositivo medico in studio, un ingegnere clinico o altra figura professionale qualificata; p) in relazione allo studio di prodotti alimentari sull’uomo, un esperto in nutrizione; q) in relazione allo studio di nuove procedure tecniche, diagnostiche e terapeutiche, invasive e semi invasive, un esperto clinico del settore; r) in relazione allo studio di genetica, un esperto in genetica». Al comma 8 lo stesso articolo dispone poi che il comitato etico resti in carica tre anni e che il mandato dei suoi componenti non possa essere rinnovato consecutivamente più di una volta.

⁸³ M. D’AMICO, *op. cit.*, 14.

⁸⁴ M. D’AMICO, *op. cit.*, 14-15.

sottolineare che i pareri fino ad oggi hanno avuto ad oggetto per lo più i settori della sperimentazione scientifica, medica e delle tecnologie applicate alla medicina, solo latamente incidenti sul tema del “fine vita”. Quanto ai secondi, è importante evidenziare che la componente maggioritaria dei Comitati Etici Territoriali è formata da professionisti non medici e che non è necessaria la presenza di un giurista, il quale, secondo le disposizioni del decreto ministeriale istitutivo, è sostituibile con un medico legale. Infine, bisogna rilevare con preoccupazione che l’attuazione delle citate disposizioni ministeriali a livello regionale risulta quanto meno frammentata e a macchia di leopardo, verificandosi, come sovente accade nel comparto del *welfare* in generale e ancor di più in quello sanitario, degli evidenti squilibri fra le Regioni.

È dunque condivisibile il timore, da taluni espresso, che, in assenza di apposite disposizioni legislative, quest’ultimo “puntello” individuato dalla Corte possa rendere davvero difficile l’attuazione dei principi di diritto che la sentenza in commento veicola e che, nella attesa del parere del Comitato Etico competente, la procedura diventi troppo lunga e farraginoso a danno di pazienti in condizioni di reale sofferenza⁸⁵.

Infine, la Corte non manca di ricordare che in situazioni giuridiche di tal sorta la relazione medico-paziente è di natura bilaterale. Vero è che in certi limitatissimi casi il paziente potrà chiedere l’aiuto al suicidio e che il medico, che tale condotta porrà in essere, non subirà l’incriminazione di cui all’art. 580 c.p., ma è vero anche che, poiché l’altro capo della relazione è occupata dal professionista sanitario, a costui deve essere garantita la possibilità di scegliere se procedere col trattamento richiesto o meno. Per questo in tema di “obiezione di coscienza” nei casi di richieste di aiuto al suicidio, la Corte, seguendo il *thema decidendum* della questione, ribadisce che la pronuncia «si limita a escludere la punibilità dell’aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici»⁸⁶, lasciando affidato alla coscienza del professionista sanitario se esaudire le richieste del malato.

Anche in tale assunto, il Giudice delle Leggi pare utilizzare come canone interpretativo la legge n. 219 del 2017 per desumere dalla stessa un principio applicabile al caso di specie. Infatti, pur essendo imperniata su una lettura della relazione medico-paziente, che esalta il principio del consenso informato e l’autodeterminazione terapeutica, la disciplina sulle DAT non manca di tutelare anche le scelte etiche e di coscienza del terapeuta. Per il legislatore del 2017, infatti, la relazione di cura ha una natura bilaterale, che può desumersi dalla lettura in combinato disposto dei commi 6 e 9 dell’art. 1: se infatti il medico può, ritenendolo contrario alla propria deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali, rifiutarsi di dare esecuzione alle disposizioni anticipate di trattamento rese dal paziente (co. 6), è comunque compito della struttura sanitaria pubblica o privata garantire con le proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla legge medesima (co. 9)⁸⁷. Per

⁸⁵ M. D’AMICO, *op. cit.*, 299 la quale mette a paragone tale previsione con quella che in materia di diritto alla diagnosi preimpianto la Corte aveva reso nella sentenza n. 96 del 2015, rinviando a strutture pubbliche che ancora non la prevedevano e richiedendo anche la predisposizione di un elenco di malattie geneticamente trasmissibili.

⁸⁶ Corte cost. 22 novembre 2019 n. 242 punto 6 cons. dir.

⁸⁷ Molto critica M. D’AMICO, *op. cit.*, 15-16, la quale vi legge un ulteriore limite alla applicabilità del “procedimento di aiuto al suicidio”, che in questo modo resterebbe rimesso alla sola “coscienza” del medico, che dunque prevarrebbe in assoluto sulla volontà del paziente. Da qui deriva la declinazione dell’A. del diritto individuato dalla

analogia dunque può desumersi che sarà compito delle strutture sanitarie, dopo aver controllato la sussistenza dei requisiti di legittimità delle richieste di aiuto al suicidio, garantirne la corretta attuazione.

D’altro canto è possibile reperire un’altra chiave di lettura della citata argomentazione della Corte, nella semplice constatazione che con la pronuncia in commento la Corte non declina il “diritto al suicidio assistito”⁸⁸ del malato, ma si limita soltanto ad individuare le condizioni in presenza delle quali è esclusa la punibilità dell’aiuto al suicidio. Ne consegue che non esistendo il “diritto”, non esiste alcun “obbligo di cura” (i.e. «alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici») da parte del medico, né quindi il “diritto del medico alla obiezione di coscienza”⁸⁹.

Infine, la Corte “puntella” propria decisione anche sotto il profilo temporale, modulandone gli effetti nel tempo, e così, poiché le condizioni e i requisiti procedurali che consentono la non punibilità dell’aiuto al suicidio sono enucleati in sentenza, essa non potrà che produrre effetti solo *pro futuro*, poiché rispetto alle vicende pregresse, che dovrebbero essere travolte dal giudicato costituzionale di accoglimento, le condizioni in parola non sarebbero mai puntualmente soddisfatte. Salva comunque la possibilità del giudice di potere verificare anche per le situazioni giuridiche pregresse la sussistenza dei summenzionati requisiti richiesti⁹⁰.

Corte nella sentenza in commento come di «diritto fondamentale subordinato alla “coscienza” del medico [...] che avrà potere sul diritto di una persona, che, oltretutto, si trova in una condizione di estrema fragilità».

⁸⁸ Concorda sull’inesistenza del “diritto al suicidio assistito” B. LIBERALI, *L’aiuto al suicidio “a una svolta”, fra le condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?*, in *Diritti comparati*, 9 dicembre 2019.

⁸⁹ A *contrario* si consideri invece che in tema di aborto, la legge n. 194 del 1978 all’art. 4 espressamente definisce il diritto alla interruzione volontaria di gravidanza entro novanta giorni alla donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito. Conseguentemente all’art. 9 viene disciplinato il diritto del medico alla obiezione di coscienza. Analogamente per le dichiarazioni anticipate di trattamento, avanti il diritto del paziente di rifiutare qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario o di rinunciare agli stessi (art. 1 co. 2 e 5 l. n. 219 del 2017), il legislatore tutela autonomia decisionale e professionale del medico e la possibilità di sottrarsi alle richieste del paziente quando risultino contrastanti con il suo convincimento clinico (art. 1 co. 6 l. n. 219 del 2017). Bisogna segnalare che parte della dottrina commentando l’art. 1 co. 6 della legge n. 219 del 2017 ha ritenuto che esso non disciplini implicitamente l’obiezione di coscienza, sebbene il richiamo in esso presente alla deontologia medica rinvii all’art. 22 del codice deontologico. Secondo tale orientamento «la lettera e lo spirito del comma 6 dell’articolo 1 della legge n. 219 sono improntati a salvaguardare lo spazio di autonomia decisionale del medico sotto il profilo dell’appropriatezza della prestazione richiesta, della sua aderenza ai canoni scientifici e alle buone pratiche cliniche e della valutazione oggettiva del professionista della salute coinvolto» (così L. BUSATTA, *A un anno dalla legge n. 219 del 2017: la sostenibilità costituzionale della relazione di cura*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, 66). V. analogamente D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l’obiezione di coscienza del medico*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2018, 31-35, spec. 33; R. GRISTINA, *Considerazioni in merito ai commi 5, 6 e 7 dell’articolo 1 della legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento*, *ibidem*, 32, sostiene però che nel comma 6 del citato art. 1 della l. n. 219, proprio per il suo richiamo alla deontologia professionale e dunque all’art. 22 del codice deontologico, consenta il persistere all’interno della legge di «un nucleo di ambiguità tra la pretesa di una vincolatività dei suoi dettami e la possibilità che viene offerta, in una lettura “pro-life”, di rifugiarsi nell’obiezione di coscienza».

⁹⁰ Corte cost. 22 novembre 2019, n. 242 punto 7 cons. dir.

Tentando quindi di reperire un *fil rouge* che leghi insieme i molteplici spunti di riflessione indotti dall'analisi della sentenza n. 242 del 2019, essa costituisce l'ultima tessera di un *puzzle*⁹¹ che la Corte ha voluto completare non senza difficoltà e può iscriversi in quel movimento che caratterizza la tutela dei diritti in Italia e che, su più versanti, vede sovente il Legislatore inerte, a fronte di esigenze sempre più pressanti delle persone. Emerge da questo quadro, di conseguenza, un attivismo dei giudici, che alla citata inerzia legislativa fa da contraltare e che integra ciò che la legge non dispone e non disciplina in modo esplicito⁹².

Vero è che la dinamica inerzia del legislatore/supplenza giurisdizionale è tipica dello Stato costituzionale, ma in casi come quelli che si è avuto modo di esaminare e che coinvolgono i diritti di ciascuno, l'assenza della politica, o peggio la sua noncuranza, rispetto a tematiche che coinvolgono le esigenze della persona umana sono capaci di creare, nel medio-lungo periodo, danni agli equilibri costituzionali fra i poteri difficilmente sanabili⁹³.

D'altro canto, sebbene si tratti di vicende giudiziarie, che pur partendo da fattispecie singolari e del tutto particolari, hanno la forza di mobilitare la pubblica opinione, l'esito delle iniziative giudiziarie, spesso oggetto di strumentalizzazioni, non è mai scontato o univoco e lascia sullo sfondo la necessità dell'intervento di un Legislatore illuminato.

Prova ne è stata l'inedita ordinanza n. 207 del 2018, con la quale espressamente la Corte ha voluto interrogare il Parlamento, ma anche la successiva sentenza n. 242 del 2019, emessa allo scadere del termine concesso al Legislatore.

In essa il Giudice delle Leggi, muovendosi nel terreno accidentato di ciò che il Legislatore non dispone, non ha istituito il "diritto al suicidio assistito", né tanto meno il "diritto a morire" o il "diritto a morire per mano di altri", che peraltro, come sopra si è avuto modo di analizzare, il nostro ordinamento non contempla. Pur utilizzando uno strumento di potenziale "valenza creativa", come la sentenza additiva, ha circoscritto al massimo la sua discrezionalità, rinviando piuttosto a quella del Parlamento.

Così i frequenti richiami alla discrezionalità legislativa, espressi nella ordinanza n. 207 del 2019, sono stati sostituiti nella sentenza n. 242 del 2019 da quelli relativi alla *cedevolezza* delle addizioni operate,

⁹¹ Così definita anche nel contributo presente in questa rivista cui si rinvia M.E. BUCALO, G. GIAIMO, *op. cit.*, 173.

⁹² In particolare, quanto al macroinsieme "fine vita", le situazioni giuridiche non disciplinate dalla legge n. 219 del 2017 e che sono state attualmente sottoposte alla cognizione dei giudici sono, oltre a quella esaminata nelle pagine precedenti, quelle in cui il degente oramai privo delle proprie facoltà intellettive non abbia espresso in precedenza alcuna volontà che in qualche modo possa essere d'ausilio alle scelte terapeutiche che altri dovranno prendere al suo posto. Quanto a quest'ultima fattispecie, deve segnalarsi il recente decreto del Giudice tutelare di Roma del 23 settembre 2019, che applica il principio di diritto di cui alla cd. "sentenza Englaro" (Cass. 16 ottobre 2007 n. 21748). Il Giudice infatti ha dichiarato il "non luogo a provvedere" in merito all'istanza di autorizzazione al distacco dai presidi di idratazione e nutrizione artificiali di una paziente in stato vegetativo permanente dal dicembre 2017, promossa dall'amministratore di sostegno. Poiché infatti «l'amministratore di sostegno (ha) la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario della persona amministrata, il consenso informato, in assenza di contrasti, è espresso esclusivamente dall'amministratore medesimo», con la conseguenza che egli, anche in assenza di DAT, «accertata la volontà della persona amministrata (anche in via presuntiva, alla luce delle dichiarazioni rese in passato dall'amministrata, anche alla presenza dello stesso amministratore) in merito alle terapie sanitarie in questione, è pienamente abilitato a rifiutare le cure proposte». L'intervento del giudice tutelare sarà dunque necessario solo se vi fosse opposizione da parte del medico a procedere.

⁹³ Sul punto anche M. D'AMICO, *op. cit.*, 1. Le riflessioni della stessa A. in modo più esteso si trovano in M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, 2016.

invero altrettanto numerosi, quasi a voler nuovamente investire il Parlamento di una disciplina ad alto tasso di politicità⁹⁴.

Il *self-restraint* della Corte si esprime anche attraverso l’individuazione dei “puntelli” che sostengono la pronuncia e ne limitano la “creatività”, nel senso di non disciplinare il suicidio assistito, ma solo di individuare le condizioni, il procedimento e i termini la cui presenza consente la non punibilità di colui che aiuti altri a darsi la morte⁹⁵; analogamente vanno interpretati i richiami, meno pressanti che nella ordinanza interlocutoria, alla legge n. 219 del 2017, non più individuata come possibile “contenitore”⁹⁶ della nuova disciplina sul suicidio assistito, ma utilizzata solo come “canovaccio” per l’individuazione di un metodo che assicuri un adeguato controllo sulla sussistenza delle summenzionate condizioni.

La Corte dunque nella pronuncia esaminata, sebbene non si sottragga alla decisione, appare evidentemente costretta fra due opposte polarità: da un lato, decidendo di emettere una sentenza additiva, pare voler negare allo Stato la “competenza esclusiva” sulla disciplina in tema di aiuto al suicidio, dall’altro mantiene il suo *self restraint* rispettoso della discrezionalità del Legislatore, il quale invece sembra ancora non volersi occupare della questione e soprassedere⁹⁷.

⁹⁴ *Contra* A. RUGGERI, *op. cit.*, 1.

⁹⁵ Anche il maggiore “impatto creativo” determinato dall’inserimento nel menzionato procedimento di controllo dei presupposti dell’intervento dei Comitati Etici è volutamente limitato nel tempo dalla Corte nelle «more dell’intervento del Legislatore» (punto 5 cons. dir. capoverso 12).

⁹⁶ Così si era definita la legge n. 219 del 2017 in M. E. BUCALO, G. GIAIMO, *op. cit.*, 185.

⁹⁷ Sulle iniziative legislative pendenti in Parlamento in tema di trattamenti eutanasci G. GIAIMO, *Considerazioni sparse, in chiave comparatistica, sulle proposte di legge in materia di eutanasia e suicidio medicalmente assistito*, in questa rivista, 3, 2019, 27 ss. Si segnala altresì che il 23 gennaio 2019 è ricominciato in Senato l’esame del DDL S. 131 “Disposizioni per rafforzare l’assistenza dei pazienti in stato vegetativo o di minima coscienza cronici”, sospeso nel giugno 2018 nell’attesa della decisione della Corte ed oggi nuovamente interrotto.

Quello che la legge non dice. L'interruzione delle terapie di sostegno vitale in assenza di una volontà espressa dall'infermo

Giuseppe Giaimo*

WHAT THE LAW DOESN'T SAY. THE WITHDRAWAL OF LIFE-SUSTAINING TREATMENTS IN THE ABSENCE OF A WILL EXPRESSED BY THE PATIENT

ABSTRACT: The essay deals with the withdrawal of life-sustaining treatment from an adult in permanent vegetative state or in a minimally conscious state, in the absence of a will expressed by the patient. The Italian l. n. 219/2017 has not changed matters, because it does not explain how, in this case, autonomy and human dignity can be properly safeguarded. Under a comparative point of view, the essay deals with the French and the English statutory framework governing the scrutiny of any decision to withdraw clinically assisted nutrition and hydration.

KEYWORDS: Human dignity; vegetative state; substituted judgement; best interest

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La soluzione italiana: la volontà ricostruita – 3. La normativa francese: il ruolo del medico – 4. La giurisprudenza inglese: il criterio del *best interest* – 5. Brevi note conclusive

1. Introduzione

La recente legge n. 219/2017 ha posto al centro della relazione sanitaria tra medico e paziente la volontà di quest'ultimo il quale, come risulta dalla complessiva architettura normativa, ha la facoltà di poter assumere ogni decisione – purché frutto di una piena consapevolezza delle sue conseguenze ed entro i limiti di cui al sesto comma dell'art. 1 – in rapporto alle scelte terapeutiche e ai trattamenti sanitari che lo riguardano. In breve sintesi, quindi, il consenso dell'infermo costituisce l'elemento decisivo per la somministrazione (o la cessazione) delle terapie, anche a fronte di una possibile opinione contraria dei professionisti sanitari fondata sulle loro conoscenze e competenze scientifiche¹.

Le deliberazioni in ordine alla propria salute, inoltre, possono essere assunte quando è necessario fornire le cure; così come in relazione ad uno stato patologico non ancora in atto al momento della decisione (attraverso la predisposizione delle disposizioni anticipate di trattamento, di cui all'art. 4 della legge citata); ovvero, ancora, mediante una pianificazione condivisa del percorso terapeutico, rispetto al possibile evolversi di una malattia già diagnosticata e dall'esito invalidante, per il tempo in cui il paziente non dovesse più esser in grado di autodeterminarsi (cfr. art. 5 della stessa legge).

* Professore ordinario di Diritto Privato Comparato nell'Università degli Studi di Palermo. Mail: giuseppe.giaimo@unipa.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Cfr. art. 1, comma 6 l. n. 219/2017.

La disciplina messa a punto dalla recente normativa ha già costituito oggetto di numerosi commenti² e non è il caso, adesso, di indugiare sul suo contenuto. Ciò che, invece, appare ora di maggiore interesse è il soffermarsi su quelle fattispecie che non rientrano tra le eventualità che la legge prevede e regola. Il riferimento, in particolare, è a due diverse circostanze: in primo luogo, il richiamo è a quei casi in cui una persona voglia porre fine alla propria esistenza caratterizzata da penose sofferenze e, per far questo, abbia necessità di ricorrere all'aiuto di terzi; in secondo luogo, all'ipotesi in cui il degente versi in una condizione vegetativa permanente, senza avere espresso in precedenza alcuna volontà che, in qualche modo, possa fungere da guida per orientare le scelte di chi deve decidere, in sua vece, circa l'opportunità di mantenere quei supporti di sostegno vitale che consentono un'esistenza altrimenti impossibile.

Posto, allora, che la questione dell'assistenza al suicidio ha già trovato una – seppur parziale – regolamentazione attraverso l'intervento della Corte costituzionale³, in supplenza di un legislatore inerte e

² Senza alcuna speranza di completezza e a titolo meramente indicativo, è possibile rinviare a 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 *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2018, 8 ss.; G. FERRANDO, *Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella recente legge*, in *Rivista Critica di Diritto Privato*, 2018, 49 ss.; R. MASONI, *Rifiuto di trattamento medico e scelte di fine vita nella l. n. 219/2017: l'ultima tappa di un lungo percorso*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2018, 1139 ss.; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2018, 247 ss.; M. AZZALINI, *Il diritto alla rinuncia e al rifiuto di cure necessarie alla propria sopravvivenza nella l. n. 219/17: questioni aperte e nuove prospettive di tutela dell'integrità della persona*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2019, 102 ss.; L. BUSATTA, *A un anno dalla legge 219 del 2017: la sostenibilità costituzionale della relazione di cura*, in *Rivista dell'Associazione Italiana Costituzionalisti*, 2019, 95 ss.; L. DI COSTANZO, *La tutela del diritto alla salute del minore. Riflessioni a margine della legge n. 219/2017*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 299 ss.; M. FOGLIA, *Verso (e non oltre) la morte: le DAT nella pianificazione delle cure*, in *Studium Iuris*, 4, 2019, 423 ss.; M. GRAZIADEI, *Dal consenso alla consensualità nella relazione di cura*, in *Responsabilità Medica*, 2019, 37 ss.; T. PASQUINO, *Sul contenuto delle DAT tra autodeterminazione del paziente e decisioni di altri: profili civilistici*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 283 ss.; L. E. PERRIELLO, *Prime note a margine della legge sulle disposizioni anticipate, con uno sguardo alla Spagna*, in *Annuario di Diritto Comparato e Studi Legislativi*, 2019, 993 ss.; O. SPATARO, *La legge n. 219 del 2017 e la disciplina del fine-vita tra principi costituzionali e problemi aperti. Spunti di riflessione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, 199 ss.; P. ZATTI, *Le nuove disposizioni in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento (l. 22 dicembre 2017, n. 219). Brevi note sull'interpretazione della legge*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2019, 3 ss.

³ La questione è stata oggetto di una recentissima sentenza (la n. 242/2019), con la quale la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 [...], agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente». Questa decisione è intervenuta a distanza di un anno dalla precedente ordinanza di rinvio n. 207 del 24 ottobre 2018, con la quale la Corte ha sollecitato il Parlamento a intervenire attraverso una regolamentazione organica del suicidio assistito senza, tuttavia, che l'invito stesso fosse accolto. Anche in questa circostanza, la vicenda è stata oggetto di numerosissimi commenti dottrinari tra i quali – sempre soltanto in misura approssimativa – si rinvia a S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, 153 ss.; G. GIAIMO, *La volontà e il corpo*, Torino, 2019, 115 ss.; R. BIN, *La Corte, i giudici e la dignità umana*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, 1 ss.; M.E. BUCALO, G. GIAIMO, *Le sollecitazioni delle Corti e l'inerzia del*

distratto⁴, è opportuno concentrare il fuoco dell'attenzione sull'ultimo dei due argomenti sopra richiamati, anche attraverso il rinvio a contesti sociali e giuridici differenti dal nostro, al fine di esaminare se le soluzioni ivi adottate possano essere di qualche utilità nello sciogliere i garbugli rimasti irrisolti in Italia.

2. La soluzione italiana: la volontà ricostruita

Si osservava, poco sopra, che la legge n. 219/2017 non disciplina in modo puntuale le norme di condotta da seguire nel caso in cui occorra decidere la sorte (*rectius*: se porre termine o proseguire l'alimentazione e l'idratazione artificiale) di un soggetto che versi in stato vegetativo o di minima coscienza, senza che questi abbia in precedenza espresso alcuna volontà in tal senso. In maniera abbastanza generica, infatti, il comma 3 dell'art. 3 della legge stessa dispone che «il consenso informato della persona interdetta [...] è espresso o rifiutato dal tutore [...], avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità». Prosegue il successivo comma 5 del medesimo articolo disponendo che «nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta [...] rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare». In sintesi, quindi, manca una opportuna indicazione dei precisi parametri sulla base dei quali può essere assunta una decisione di ablazione degli apparecchi di sostegno vitale nelle ipotesi – di particolare complessità – in cui manchi ogni avvertenza proveniente dall'infermo e (inoltre) esistano opinioni discordanti sul da farsi.

Al fine di tentare di venire a capo della questione occorre, allora, provare a ricomporre un quadro d'insieme coerente, rifacendosi ai principi che costituiscono il fondamento stesso della recente normativa, in modo da impiegarli come strumenti utili a dirigere – e, successivamente, a controllare – l'opera della giurisprudenza chiamata a risolvere quelle contingenze in cui, per l'asperità del tema e per i coinvolgimenti di natura emotiva, non è semplice districarsi.

La premessa dell'indagine risiede nel richiamo al postulato relativo all'autodeterminazione della persona che, come si diceva, costituisce la pietra di volta che sorregge l'intelaiatura complessiva del provvedimento legislativo. In altri termini, quindi, già attraverso una rapida lettura del testo⁵ è facile arguire

legislatore in tema di suicidio assistito. Un confronto tra Italia e Inghilterra, in BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, 2, 2019, 171 ss.; M. CECCHETTI, Appunti diagnostici e prognostici in vista della definizione del giudizio costituzionale sul "Caso Cappato", in Federalismi.it, 17, 2019; D. DE LUNGO, Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull'uso dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale recente, a partire dal caso Cappato, in Federalismi.it, 17, 2019; F.G. PIZZETTI, L'ordinanza n. 201/2018 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, in BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, 2, 2019, 151 ss.; R. POTENZANO, Brevi note comparatistiche in tema di suicidio assistito, in Diritto di Famiglia e delle Persone, 2019, 1822 ss.

⁴ In ordine ai progetti di legge attualmente in sede di esame in Commissione alla Camera dei Deputati, ci si consenta di rinviare a G. GIAIMO, *Considerazioni sparse, in chiave comparatistica, sulle proposte di legge in materia di eutanasia e di suicidio medicalmente assistito*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, 27 ss.

⁵ In particolare, nel rispetto dell'autonomia decisionale dell'individuo, la legge dispone la promozione e la valorizzazione di una relazione di cura tra medico e paziente (art. 1, comma 2), destinata a fare in modo che quest'ultimo possa assumere ogni decisione relativa al proprio stato patologico in maniera condivisa con il personale sanitario e, soprattutto, fondata su una preventiva corretta informazione che consenta una scelta consapevole. Il corollario di questo assunto è rinvenibile nel fatto che la legge stessa, in più occasioni, opera un chiaro

come la *mens legis* sia indiscutibilmente orientata ad assegnare un peso determinante alla volontà dell'individuo, manifestata in maniera chiara e priva di incertezze interpretative, in relazione alle decisioni che attengono ai trattamenti sanitari cui dover essere sottoposto adesso o per l'avvenire.

Potrebbe accadere, tuttavia, che le circostanze impediscano a un soggetto di esprimere il proprio intendimento in relazione alle cure alle quali dover essere sottoposto, nell'ipotesi di un suo futuro e impreveduto stato di incoscienza permanente e irreversibile. In questo caso, dunque, il personale medico si troverebbe ad agire in una situazione di assoluta difficoltà, dovuta alla necessità di attuare quei trattamenti di sostegno vitale resi indispensabili dalla condizione patologica dell'infermo senza, al contempo, esser certi che la decisione assunta sia conforme ai desideri di quest'ultimo che, al contrario, potrebbero – in tesi – essere orientati verso l'interruzione dei trattamenti medesimi.

A tal proposito, torna senz'altro utile richiamare il modo in cui la Cassazione⁶ ha risolto – prima dell'entrata in vigore dell'attuale disciplina – una vicenda come quella rappresentata, in modo da verificare se la soluzione allora adottata (che ha costituito una assoluta novità nel contesto italiano) sia in qualche modo ancora congrua alla situazione odierna.

I termini della questione – per la imponente eco mediatica che essa ha avuto – sono ben noti. Una ragazza (Eluana Englaro), in seguito ad un incidente stradale, si trovava da oltre tre lustri in stato vegetativo permanente e irreversibile, tenuta in vita soltanto attraverso lo svolgersi di un insieme di attività sanitarie. Le terapie, tuttavia, erano somministrate in assenza di una volontà dell'inferma, con l'unica utilità di permetterle il mantenimento in vita, senza che da queste sortisse anche solo una speranza di miglioramento delle condizioni cliniche. Il padre della ragazza, convinto della necessità di far cessare quel simulacro di esistenza, cercò di ottenere un'autorizzazione giudiziale che gli consentisse di esprimere il volere della degente in ordine alle cure, ricostruito attraverso una accurata analisi ricognitiva della complessiva personalità di costei, del suo stile di vita e delle sue inclinazioni, in modo

riferimento a una volontà espressa dell'infermo, sia quando essa è sottostante al consenso informato al trattamento sanitario (art. 1, comma 4); sia quando si manifesta nelle forme di rifiuto del trattamento medesimo (art. 1, commi 5 e 6); sia, infine, quando il volere è destinato ad una pianificazione concertata delle cure, alla quale i professionisti dovranno attenersi qualora il paziente dovesse trovarsi in una condizione tale da non poter manifestare un consenso coevo alle terapie (art. 5, comma 4).

⁶ Cass. n. 21748 del 16 ottobre 2007. La pronuncia, com'è noto, ha dato luogo ad una vasta letteratura tra cui, senza alcuna pretesa di completezza, si segnalano M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, II, 311 ss.; F. D. BUSNELLI, *Il caso Englaro in Cassazione, in Famiglia, persone e successioni*, 2008, 966 ss.; G. FERRANDO, *Il diritto di rifiutare le cure e le direttive anticipate*, in *Bioetica Rivista Interdisciplinare*, 2008, 329 ss.; F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2008, 107 ss.; G. IADECOLA, *Il caso "Englaro" e la (problematica) via al testamento biologico*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2008, 2504 ss.; G. U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 2 Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Diritto Pubblico*, 2008, 85 ss.; A. SANTOSUOSSO, *La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2008, 1 ss.; L. NIVARRA, *Autonomia biogiuridica e tutela della persona*, in *Europa e Diritto Privato*, 2009, 733 ss.; A. NICOLUSSI, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010, 269 ss.; C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e Diritto Privato*, 2010, 1037 ss.; G. GIAIMO, *Il diritto di morire naturalmente nel confronto tra la giurisprudenza inglese ed italiana*, in *Annuario di Diritto Comparato e Studi Legislativi*, 2015, 615 ss.

che, finalmente, si potesse giungere all'auspicata interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali della figlia.

Il percorso giudiziario della vicenda fu particolarmente accidentato⁷, sia per la singolarità del tema sia, soprattutto, per i nodi di natura non soltanto giuridica che dovevano essere sciolti. Il procedimento argomentativo adottato dalla Corte di Cassazione prese inizio, quindi, dalla preliminare necessità di inquadrare la decisione in una robusta cornice normativa, in modo da lasciare uno spazio pressoché nullo a considerazioni ultronee. A questo fine, il punto di partenza fu l'affermare che – in adesione al combinato disposto degli articoli 2 e 32 della Costituzione – l'indispensabile presupposto di qualsiasi intervento medico è il consenso informato del paziente, in assenza del quale l'intervento stesso, anche se condotto nell'interesse del soggetto, assume profili di illiceità⁸. L'occorrenza indefettibile di questa approvazione dell'infermo, quindi, «ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla»⁹.

Una volta accertato il diritto del paziente di revocare il consenso – inteso quale presupposto che legittima le cure – la Corte applicò il principio al caso specifico in cui il paziente stesso non sia in grado, proprio a causa del suo permanere in uno stato vegetativo, di esprimere alcun volere circa l'opportunità di proseguire nell'applicazione di quei presidi sanitari che gli consentono il permanere per un tempo indefinito, senza alcuna possibilità di miglioramento, in quella condizione. La Cassazione, a tal fine, individuò nel tutore il soggetto idoneo a «prestare il consenso informato [e, per quanto detto, anche la revoca come suo opposto] al trattamento medico avente come destinatario la persona in stato di incapacità»¹⁰ e, al contempo, sottomise questa possibilità al simultaneo ricorrere di una serie di presupposti. Il primo, di natura oggettiva, è che la condizione di stato vegetativo irreversibile sia accertata sulla base di un rigoroso apprezzamento clinico. Il secondo consiste nel fatto che il rappresentante dell'incapace agisca sempre nell'esclusivo interesse di quest'ultimo, soggettivamente determinato «ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche»¹¹. Il terzo, infine, è che la scelta

⁷ La questione – quasi a dimostrazione della complessità dei temi coinvolti – è stata oggetto di una serie di pronunce, sia del giudice civile che amministrativo. In particolare, la Cassazione è intervenuta con le sentenze n. 8291 del 24 aprile 2005, n. 21748 del 16 ottobre 2007 e n. 27145 del 13 novembre 2008. Nella presente trattazione ci si riferisce soltanto alla decisione del 2007, in quanto è quella che ha specificamente trattato la questione relativa all'inquadramento giuridico della decisione di interrompere la nutrizione e l'idratazione artificiali, in assenza di direttive da parte dell'infermo.

⁸ Cass. n. 21748/2007, par. 6.

⁹ Cass. n. 21748/2007, par. 6.1. La libera revocabilità del consenso all'aver praticata una determinata terapia è bene spiegata da C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 1053, secondo il quale «nella materia dei trattamenti sanitari esso è tecnicamente un assenso, cioè un atto di volontà che rimane caratterizzato dalla sua unilateralità e che dunque non va mai a coniugarsi con un'altra volontà in un accordo. Per tale ragione esso non crea un vincolo ma costituisce soltanto un'autorizzazione di cui il medico [...] ha bisogno per potere agire sul paziente; onde la revoca, che è possibile in ogni momento, priva il medico [...] di ogni potere di azione».

¹⁰ Cass. n. 21748/2007, par. 7.3.

¹¹ Cass. n. 21748/2007, par. 7.3.

del tutore di interrompere i trattamenti di sostentamento vitale sia «espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire [...] l'idea stessa di dignità della persona»¹². In ogni caso, comunque, il procedimento deliberativo deve essere sempre sottoposto al controllo da parte dell'Autorità giudiziaria, alla quale tocca il compito di accertare e di valutare, attraverso una idonea attività istruttoria, tutti quegli elementi utili a ricostruire una volontà in realtà mai concretamente espressa.

Il ragionamento svolto dalla Cassazione propone numerosi spunti di riflessione¹³ che, una volta sviluppati, offrono una visione in chiaroscuro della soluzione data.

Come si è visto, il ruolo dell'autodeterminazione non viene meno – secondo quanto statuito dalla Corte – a causa di un eventuale stato di incapacità volitiva del soggetto, atteso che «l'istanza personalistica alla base del principio del consenso informato ed il principio di parità di trattamento tra gli individui, a prescindere dal loro stato di capacità, impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico [...] e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati»¹⁴. La soluzione adottata dai giudici è stata, allora, nel senso di mantenere centrale la volontà dell'infermo in stato vegetativo mediante il richiamo a un suo volere inespresso ma, al contempo, ricostruito attraverso indizi che rimandano alla complessiva personalità del soggetto e, infine, dichiarato dal tutore del degente, quale titolare del dovere di cura nei confronti di quest'ultimo.

Se, comunque, quel presupposto ideale evidenziato dalla sentenza è perfettamente rispettoso – in astratto – dell'autonomia dell'incapace (posto che a essa si ricorre per orientare la scelta circa la prosecuzione dei trattamenti di sostegno vitale), la modalità concreta di ricognizione di quel volere mai effettivamente palesato prefigurata dalla Corte non è altrettanto convincente, atteso che è stato assegnato al tutore medesimo il compito «di completare questa identità complessiva della vita del paziente, ricostruendo la decisione ipotetica che egli avrebbe assunto ove fosse stato capace»¹⁵. In tal modo, allora, il Collegio per un verso ha scorto il pericolo che il rappresentante surrogati con la propria volontà quella insostituibile del rappresentato e, per tale ragione, ha subordinato la decisione del tutore ad una verifica di aderenza – che deve compiersi ad opera di un giudice – con il presunto volere dell'infermo. Per altro verso, tuttavia, ha assegnato al rappresentante stesso il compito di “completare” e, addirittura, di “ricostruire” l'ipotetica determinazione del rappresentato, quasi non tenendo conto che, nello svolgere una siffatta ricomposizione, non potrà essere evitata una commistione (nella migliore delle ipotesi) tra i sentimenti e i desideri del tutore e le opinioni del paziente, magari espresse

¹² Cass. n. 21748/2007, par. 10.

¹³ Tra essi, alcuni sono collegati al contesto giuridico del tempo – nel quale non esisteva ancora una normativa specifica a governo delle scelte di fine vita – e, dunque, risultano ormai superati dall'entrata in vigore della legge n. 219/2017. A titolo di esempio, è possibile richiamare il lungo ragionamento compiuto dalla Corte, al fine di giustificare la possibilità per un soggetto di compiere delle scelte consistenti nel rifiuto di quei trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza. Questo principio adesso – anche grazie a quella decisione – è stato espressamente enunciato dal Legislatore italiano, al quinto comma dell'art. 1 della legge n. 219/2017.

¹⁴ Cass. n. 21748/2007, par. 7.2.

¹⁵ Cass. n. 21748/2007, par. 7.5.

in contesti e circostanze tanto differenti da non essere adattabili alla situazione specifica¹⁶. In sintesi, quindi, la Cassazione in maniera surrettizia ha attribuito al rappresentante l'incombenza di effettuare delle scelte che investono la stessa permanenza in vita del rappresentato, conferendogli il compito di integrare, ripristinare e, finalmente, manifestare una volontà (nella realtà dei fatti) mai veramente esistita. A queste condizioni, allora, non è ragionevole discorrere di autodeterminazione del soggetto in stato vegetativo, semplicemente perché manca ogni certezza sia sull'esistenza stessa del volere rapportato alle concrete contingenze, sia circa la consapevolezza del paziente degli effetti di una decisione tanto grave, qual è quella di interrompere l'alimentazione e l'idratazione artificiali.

Le considerazioni appena svolte conducono, dunque, verso un esito ben preciso. Se, infatti, il già citato art. 3, comma 3 della l. n. 219/2017 dispone che le decisioni sanitarie assunte – per conto dell'infermo incapace di esprimere un proprio volere – da chi legalmente lo rappresenta devono essere pienamente rispettose della *dignità* di quest'ultimo, di certo la dignità stessa non può coincidere con il principio di autodeterminazione, atteso che ci si trova al cospetto non di una volontà manifestata dal soggetto interessato quanto, piuttosto, ricavata in maniera induttiva attraverso una successiva artificiosa ricostruzione fondata su frammenti di personalità del paziente. Ciò che occorre, allora, è rintracciare un significato diverso e ulteriore da assegnare a quel concetto di *dignità* richiamato dalla legge, utile a guidare l'azione di chi si trovi a dover gestire situazioni tanto complesse.

3. La normativa francese: il ruolo del medico

La fattispecie relativa alle decisioni di natura sanitaria da assumere in luogo di un soggetto in stato vegetativo permanente (o di chi, per qualsiasi ragione, non sia nelle condizioni di avere una volontà consapevole e informata) conduce l'interprete ad allontanarsi dal dogma dell'autodeterminazione del paziente come elemento a fondamento di ogni scelta di cura. Nonostante, infatti, sia del tutto apprezzabile un riferimento all'autonomia volitiva del degente quale massima espressione della sua dignità, con ogni probabilità – nel caso specifico – è più opportuno abbandonare una visione soggettiva della dignità stessa, per non correre il rischio di inseguire una intenzione ipotetica del malato attraverso elementi privi di verifica empirica, magari tralasciando opzioni, dal carattere oggettivo, ben più aderenti al suo migliore interesse. La ricerca del diverso canone ermeneutico è bene, allora, che sia condotta attraverso l'aggancio delle possibili declamazioni teoriche a riscontri pratici, in modo da valutare la concreta attendibilità delle potenziali soluzioni. A questo fine, è senz'altro utile operare un rimando anche a esperienze straniere, in modo da cercare in queste spunti che consentano di pervenire a conclusioni soddisfacenti in seno al nostro ordinamento.

Il richiamo più prossimo – data la similarità di fattispecie e la contiguità temporale dell'evento – è ad una vicenda accaduta in Francia a riguardo di un uomo (Vincent Lambert) il quale, a seguito di un incidente, subì delle gravi lesioni cerebrali che gli provocarono il permanere in una condizione vegetativa,

¹⁶ La Cassazione, al fine di ricostruire l'ipotetico volere dell'infermo, fa riferimento ad "elementi di prova chiari, concordanti e convincenti" (Cass. n. 21748/2007, par. 8). Come ha correttamente rilevato F. GAZZONI, *op. cit.*, 117, «in tal modo si evoca bensì il disposto dell'art. 2729 c.c., per cui i fatti devono essere gravi, precisi e concordanti per rilevare quali presunzioni semplici, ma si dà al contempo l'idea di una (doverosa) ricerca di una volontà vera, piuttosto che [...] presunta».

privo della possibilità di esprimere una volontà in ordine alle terapie e ai trattamenti di alimentazione e idratazione artificiali dai quali dipendeva la sua stessa vita, praticatigli senza che vi fosse speranza di migliorare una situazione clinica irrimediabilmente compromessa. Dopo che trascorsero alcuni anni in assenza di segnali di ripresa, il medico che aveva in cura il paziente avviò la procedura prevista dalla legge francese – sulla quale si tornerà a breve – al fine di procedere all'interruzione del sostegno vitale (ormai reputato, dalla struttura ospedaliera e dal medico stesso, come irragionevole ostinazione), in modo che si giungesse ad un esito esiziale sino a quel momento impedito dagli apprestamenti sanitari. Con ciò, tuttavia, si innescò una insanabile controversia che oppose i genitori e la consorte dell'infermo (ciascuna parte supportata da altri parenti, tra i quali fratelli e nipoti del degente), dato che i primi – al contrario della seconda – erano sfavorevoli ad assecondare l'opinione dei medici. Questo contrasto diede luogo a una lunga sequela di provvedimenti giudiziari resi da una molteplicità di uffici¹⁷, culminata con la decisione – assunta con la sentenza del *Conseil d'État* n. 428117 del 24/4/2019¹⁸ – di porre fine a quelle procedure mediche prive di efficacia curativa consentendo, così, la morte naturale del degente, vista come termine di un'esistenza solo artificialmente possibile.

Siffatta deliberazione – a differenza di quanto accaduto in Italia con il caso Englaro e di ciò che potrebbe ancora verificarsi, in seno al nostro ordinamento, in assenza di una regolamentazione specifica che disciplini simili fattispecie – è inserita in (ed è frutto di) una ben precisa cornice normativa, di cui occorre dar conto al fine di verificare, in chiave comparatistica, se essa contiene elementi utili a risolvere i dubbi (di cui è detto poco sopra) posti dalla sentenza di Cassazione n. 21748/2007; la quale, ancora oggi, costituisce il principale riferimento in Italia per quelle fattispecie in cui non esiste un intendimento esplicito del malato in ordine alle decisioni di cura.

Il *Code de la santé publique*, all'art. L.1110-5-1, dispone che qualsiasi trattamento di natura sanitaria non deve essere iniziato o proseguito nel caso in cui esso si traduca in una irragionevole ostinazione; dunque – continua la norma – quando i trattamenti stessi appaiono inutili, sproporzionati o privi di effetti ulteriori rispetto al mero mantenimento del paziente in una vita artificiale¹⁹, essi possono essere interrotti in conformità alla volontà del degente o, nell'ipotesi in cui questi non sia in grado di esprimere un volere, ad esito di una *procédure collégiale* disciplinata dal codice deontologico della

¹⁷ Si tratta delle decisioni del *Tribunal administratif* di Châlons-en-Champagne del 16/1/2014; del *Conseil d'État* del 24/6/2014; della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 5/6/2015; del *Tribunal administratif* di Châlons-en-Champagne del 9/10/2015; della *Cour Administrative d'Appel* di Nancy del 16/6/2016; del *Conseil d'État* del 19/7/2017; delle ordinanze del *Tribunal administratif* di Châlons-en-Champagne del 20/4/2018, del 2/7/2018 e del 31/1/2019; della sentenza del *Conseil d'État* del 24/4/2019; dell'ordinanza del *Tribunal administratif* di Parigi del 20/4/2018 e, infine, della sentenza della *Cour de Cassation* n. 647 del 28/6/2019.

¹⁸ Le successive statuizioni del *Tribunal administratif* di Parigi del 20/4/2018 e della *Cour de Cassation* del 28/6/2019 ebbero riguardo ad un ennesimo tentativo, condotto dai genitori di Vincent Lambert, di bloccare l'operatività della decisione di interrompere le terapie di sostegno vitale, attraverso un ricorso al Comitato per i diritti delle persone con disabilità dell'ONU, il cui esame non è di alcun interesse ai fini del presente scritto.

¹⁹ La norma francese è di differente tenore rispetto a quanto disposto dall'art. 2 della l. n. 219/2017, il quale stabilisce che il medico deve astenersi da ogni irragionevole ostinazione nella somministrazione delle cure o dal ricorso a trattamenti inutili, soltanto quando si tratti di pazienti con prognosi infausta a breve termine o nell'imminenza della morte. Per il *Code de la santé publique*, invece, perché si inneschi la *procédure collégiale* è sufficiente che le terapie siano prive di benefici addizionali rispetto al mero mantenimento in vita dell'infermo, senza alcuna speranza di ottenere miglioramenti dello stato patologico irreversibile.

professione medica²⁰. Se, quindi, chi ha in cura il soggetto dovesse ritenere che non esiste alcuna speranza di miglioramento dello stato vegetativo in cui versa il proprio assistito – prima di procedere alla cessazione dei sostentamenti vitali, utili soltanto a prolungare un'esistenza altrimenti impossibile – ha il dovere di consultare almeno un altro medico (con il quale non intrattenga alcun rapporto di natura gerarchica) e di ascoltare l'opinione di chi abbia la responsabilità legale dell'incapace: dopo, allora, che da questa concertazione sia scaturita la motivata decisione di arrestare ogni attività destinata ad allungare la vita dell'infermo, di ciò dovranno essere informati la *personne de confiance* in precedenza nominata dall'infermo stesso o, in sua assenza, i familiari di quest'ultimo. Nell'ipotesi in cui, infine, non sia possibile raggiungere un accordo sul proseguire o meno gli apprestamenti sanitari (a seguito di scelte di differente tenore tra i medici e i familiari o, come nel caso *Lambert*, in seno a questi ultimi) è necessario il ricorso all'autorità giurisdizionale, la quale ha il compito di verificare se le condizioni previste dalla legge siano state rispettate.

Una volta esposte le regole a governo della particolare questione descritta, è opportuno svolgere alcune osservazioni esegetiche della disciplina francese, invece che soffermarsi sull'analisi dell'episodio specifico appena richiamato – assunto soltanto quale paradigma della fattispecie – e delle relative numerose pronunce alle quali questo ha dato luogo, già ampiamente commentate²¹.

La prima notazione (forse anche la più evidente) è che quanto statuito nel *Code de la santé publique* non contempla in alcun modo la ricerca di una volontà inespressa del paziente quale criterio atto a

²⁰ L'art. R4127-37-2 del *Code de la santé publique* (nella parte in cui quest'ultimo contiene il codice deontologico) stabilisce che «Cette procédure collégiale prend la forme d'une concertation avec les membres présents de l'équipe de soins, si elle existe, et de l'avis motivé d'au moins un médecin, appelé en qualité de consultant. Il ne doit exister aucun lien de nature hiérarchique entre le médecin en charge du patient et le consultant. L'avis motivé d'un deuxième consultant est recueilli par ces médecins si l'un d'eux l'estime utile.

Lorsque la décision de limitation ou d'arrêt de traitement concerne un mineur ou un majeur protégé, le médecin recueille en outre l'avis des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur, selon les cas, hormis les situations où l'urgence rend impossible cette consultation.

La décision de limitation ou d'arrêt de traitement est motivée. La personne de confiance, ou, à défaut, la famille, ou l'un des proches du patient est informé de la nature et des motifs de la décision de limitation ou d'arrêt de traitement. La volonté de limitation ou d'arrêt de traitement exprimée dans les directives anticipées ou, à défaut, le témoignage de la personne de confiance, ou de la famille ou de l'un des proches de la volonté exprimée par le patient, les avis recueillis et les motifs de la décision sont inscrits dans le dossier du patient».

²¹ A titolo soltanto indicativo, si rinvia a B. BARBISAN, *The case of Vincent Lambert: who will be able to unravel the knot?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2014, 217 ss.; C. CASONATO, *Un diritto difficile. Il caso Lambert fra necessità e rischi*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2015, 489 ss.; G. PUPPINCK, C. DE LA HOUQUE, *L'effrayant arrêt Lambert*, in *Revue générale de Droit Médical*, 56, 2015, 19 ss.; G. RAZZANO, *Accanimento terapeutico o eutanasia per abbandono del paziente? Il caso Lambert e la Corte di Strasburgo*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2015, 169 ss.; S. H. VAUCHEZ, *Pourquoi l'affaire Lambert n'en finit pas*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2015, 151 ss.; V. ZAMBRANO, *La questione del "fine vita" e il ruolo del giudice europeo: riflessioni a margine del caso Lambert c. Francia*, in *Federalismi.it*, 1, 2016, 2 ss.; M. BÉNÉJAT, *L'affaire Lambert devant le juge pénal: un petit tour et puis s'en va*, in *RSC*, 2019, 446 ss.; X. BIOY, *Mort à jamais? Qui peut le dire?*, in *AJDA*, 2019, 1168 ss.; E. CARPANELLI, *Di corti e comitati...L'epilogo del "caso Lambert" nella prospettiva del diritto internazionale dei diritti umani*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, 9 ss.; A. CHEYNET de Beaupré, *Chronique d'une mort dénoncée*, in *Recueil Dalloz*, 26, 2019, 1458 ss.; X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Affaire Vincent Lambert: la danse macabre continue*, in *AJDA*, 2019, 1202 ss.; M-C. DE MONTECLER, *Affaire Lambert: le Conseil d'État confirme la nouvelle décision d'arrêt des traitements*, in *AJDA*, 2019, 906; J. ROUX, *Affaire Vincent Lambert: la Cour de Cassation aurait pu retenir la voie de fait*, in *Recueil Dalloz*, 25, 2019, 1400 ss.

stabilire se proseguire, o meno, i trattamenti di sostegno vitale. L'intera disposizione normativa, infatti, è strutturata in maniera tale che «è compito del medico, che ha in cura il degente incapace di determinarsi, decidere di interrompere quelle procedure sanitarie che sembrano inutili, sproporzionate o prive di qualunque altro effetto rispetto al mero mantenimento in vita»²², coadiuvato dal parere conforme di almeno un altro professionista in posizione di piena indipendenza dal primo e senza, inoltre, essere vincolato da possibili opinioni contrarie espresse dai familiari dell'infermo: questi ultimi, infatti, devono essere ascoltati nell'ambito della *procédure collégiale* ma non hanno, comunque, alcun potere ostativo capace di inibire la decisione dei medici²³.

La seconda considerazione si pone in rapporto di diretta consequenzialità rispetto a quanto appena osservato. La deliberazione dei professionisti sanitari, in ordine all'interruzione dei protocolli di sostegno vitale, potrebbe essere di segno differente dal volere della *personne de confiance* del paziente o dei familiari di quest'ultimo e, al ricorrere di siffatta eventualità, la controversia insorta non può che trovare una soluzione giurisdizionale. Il giudice, allora, deve fondare il proprio convincimento soltanto sulla verifica obiettiva che tutte le condizioni previste dalla legge siano state rispettate: che, cioè, sia stato interpellato almeno un medico differente – e in posizione di autonomia – rispetto a chi è incaricato delle cure; che l'esito di questo consulto sia stato unanime nel giudicare irreversibile lo stato del paziente e che, di conseguenza, ogni possibile trattamento sia privo di utilità terapeutica; che, infine, siano stati sentiti i familiari del malato. In definitiva, dunque, non sembra che la legge lasci alcuno spazio di discrezionalità all'opera della magistratura, atteso che la struttura normativa è congegnata in maniera tale da non richiedere valutazioni della fattispecie diverse da quelle – di natura tecnica – compiute dai professionisti sanitari, il cui operato è soggetto al controllo del giudice esclusivamente nel senso di considerarne l'aderenza ai criteri stabiliti dalla legge²⁴.

Le circostanze appena dedotte consentono di registrare una profonda differenza – in merito al tema delle decisioni di cura da assumere in luogo di un soggetto che si trovi in una permanente e irreversibile situazione di incoscienza – tra i criteri stabiliti dalla Cassazione nel caso *Englaro* e la disciplina apprestata dal *Code de la santé publique*: in Francia, infatti, «è il medico a decidere, sentito il parere delle persone più adatte a rappresentare la volontà del malato; in Italia sono queste ultime a decidere, a seguito di dovuta informazione da parte del medico sui profili sanitari della scelta»²⁵. In altre parole,

²² *Conseil d'État* n. 428117 del 24/4/2019, par. 8.

²³ C. CASONATO, *op. cit.*, 491, rileva, in maniera opportuna e puntuale, come «se quindi la procedura francese riconosce un ruolo decisivo al medico [...], la sua natura collegiale non legittima scelte arbitrarie da parte del professionista né lo colloca in una posizione di isolamento, mettendolo piuttosto nella condizione di confrontarsi con la globalità delle istanze coinvolte e di agire in modo complessivamente bilanciato e ragionevole».

²⁴ X. BIOY, *op. cit.*, 1170, in maniera critica, rileva l'ambiguità della normativa francese sul tema controverso. Questa, infatti, si fonda sul rispetto della volontà individuale del paziente ma, in concreto, l'autodeterminazione pare che funzioni soltanto «quando il soggetto è capace di esprimere un volere attuale o questo è consacrato, in anticipo, attraverso le direttive anticipate. Quando invece, come nel caso *Lambert*, si tratta di un paziente che non ha lasciato alcuna determinazione espressa, il medico si trova in una posizione di *deus ex machina*. Di certo, il potere di quest'ultimo assume valore relativo quando la famiglia dell'infermo è unanime nel decidere la condotta da tenere, ma è l'esatto contrario di una scelta condivisa quando i familiari stessi si contrappongono sul da farsi».

²⁵ D. PARIS, *Interruzione delle cure salvavita in paziente non in grado di esprimere la propria volontà: il Conseil constitutionnel conferma il suo self-restraint in materia di bioetica*, in *Corti supreme e salute*, 2018, 1, 99.

dunque, la soluzione adottata dalla giurisprudenza italiana si prefigge di tutelare il volere dell'infermo, anche quando di esso non vi sia traccia effettiva, sino al punto di tentarne una ricostruzione fittizia basata su elementi indiziari ricavati dai ricordi e dalle testimonianze delle persone che gli furono più vicine, con l'effetto evidente di valorizzare la personalità del soggetto non nei suoi contorni reali, ma attraverso le lenti della memoria che altri hanno di questa. La legge francese, per converso, pare tenere in non cale la volontà del paziente, se non quando essa si concretizzi in maniera espressa e immediatamente riferibile al paziente medesimo.

La conseguenza di ciò è, allora, di semplice decodificazione: in nessuno dei due ordinamenti a confronto il concetto di dignità di colui che versa in uno stato di perenne incoscienza – inteso quale guida nei comportamenti che riguardano le scelte sanitarie relative a quest'ultimo – coincide, in realtà, con il principio di autodeterminazione. In Italia, infatti, la decisione di interrompere i trattamenti di sostegno vitale, in mancanza di un atto volitivo espresso dell'infermo, è subordinata all'artificiosa rappresentazione di una volontà in concreto mai esistita; in Francia – sempre nel caso di assenza di un volere manifestato in precedenza dal soggetto adesso incapace – la scelta è di competenza dei professionisti sanitari, i quali agiranno sulla scorta di una motivata valutazione, fondata su dati obiettivi, in ordine all'irreversibilità dello stato clinico e alla conseguente inutilità delle terapie apprestate anche, se del caso, in antitesi all'eventuale opinione contraria dei familiari del malato.

Ciò che occorre adesso è, allora, una ulteriore riflessione destinata a valutare se il procedimento – di natura eminentemente oggettiva – previsto dalla normativa francese, quale presupposto delle decisioni sanitarie a riguardo di un incapace, sia comunque idoneo a rispettare la specifica individualità dell'infermo privo della possibilità di autodeterminarsi.

La lettura delle regole poste dal *Code de la santé publique* potrebbe condurre a ritenere che queste non tutelano la personalità del paziente in stato vegetativo, dato che esse affidano la scelta se interrompere, o meno, i trattamenti di sostegno vitale all'esclusiva competenza del medico – con una sorta di reviviscenza di quel paternalismo sanitario che ha il sapore di un anacronismo – il quale, quindi, può decidere della vita o della morte del proprio assistito; ciò, in particolare, senza che le statuizioni del professionista siano soggette a un controllo giudiziario che verifichi (oltre che esse vengano assunte nel rispetto dei formali requisiti di legge²⁶) se le determinazioni stesse riflettano nel concreto le effettive esigenze del soggetto a cui si riferiscono. Un rischio, questo, ben presente alla giurisprudenza transalpina che, nell'opera di adeguamento della norma astratta al fatto specifico, ha opportunamente sottolineato come «il medico che ha in cura l'infermo deve decidere se proseguire o cessare la nutrizione e l'idratazione artificiali fondando il proprio intendimento su un insieme di elementi, al contempo di natura sanitaria e non sanitaria, il cui rispettivo peso non può essere predeterminato in quanto dipende dalle circostanze particolari che riguardano ciascun paziente, le quali conducono a considerare ogni situazione nella sua specificità. Oltre, quindi, che alle questioni di natura medica [...] il professionista deve accordare una particolare rilevanza alla volontà che l'infermo potrebbe avere in precedenza espresso in qualsiasi forma [...]. Il medico, inoltre, deve tener conto del parere della *personne de*

²⁶ La verifica riguarda l'accertamento che sia stata attivata la *procédure collégiale*; che, a seguito di questa, i medici siano concordi nel ritenere irreversibile la condizione vegetativa del paziente e i trattamenti sanitari incapaci di apportare miglioramenti della situazione clinica; che siano stati correttamente informati della decisione la *personne de confiance* del malato e la sua famiglia e che siano state raccolte le opinioni di costoro.

confiance del malato – ove sia avvenuta la relativa designazione – o, in assenza di questi, della famiglia o delle persone vicine al malato stesso, sforzandosi di raggiungere una soluzione condivisa. Il medico, allora, nell'esaminare la situazione specifica del proprio assistito, deve agire guidato dalla preoccupazione di perseguire *la plus grande bienfaisance à son égard*²⁷.

L'opera interpretativa compiuta dal giudice francese suggerisce, dunque, un modello definitorio del principio di dignità dell'infermo che, per un verso, si sottrae ai difetti di natura logica propri del cercare a tutti i costi i segni di un'autodeterminazione del paziente (sino al punto di costruirne le sembianze sulla base di ricordi altrui), nei casi in cui sia del tutto assente una volontà ascrivibile a quest'ultimo. Per altro verso, una volta svincolato dal dogma soggettivistico, il principio stesso si identifica nel perseguimento del miglior interesse dell'individuo al quale è riferito, fondato su una obiettiva valutazione (temperata da un necessario aggancio al caso concreto) dei fatti e delle circostanze che caratterizzano – a volte per parecchi anni – una sopravvivenza resa possibile soltanto attraverso il costante ricorso a interventi di natura sanitaria che, lungi dall'arrecare benefici terapeutici, hanno il solo effetto di impedire artificialmente una morte altrimenti inevitabile. Il rispetto della dignità del paziente, allora, consiste non nella ricerca spasmodica di una falsa autodeterminazione ascrivibile a quest'ultimo quanto, invece, nel consentire che gli apprestamenti di sostegno vitale siano somministrati in modo (e sino al punto) che sia sempre preservata l'*umanità* dell'infermo, protetta contro un persistente ricorso alle tecniche sanitarie che – secondo il giudizio obiettivo dei medici, misurato sulla fattispecie – potrebbe mutare la sua natura di beneficio in quella di irragionevole ostinazione.

4. La giurisprudenza inglese: il criterio del *best interest*

L'art. L.1110-5-1 del *Code de la santé publique* demanda, come si è visto, alla competenza professionale dei medici la decisione se continuare o interrompere i protocolli di sostegno vitale su di un paziente incapace di autodeterminarsi; giudizio questo – così come statuito, nel caso *Lambert*, dal *Conseil d'État* con la sentenza n. 428117/2019 – che deve essere reso, oltre che su elementi obiettivi, pure tenendo conto della specifica individualità dell'infermo e della particolarità delle condizioni in cui questi versa.

La stessa materia ha ricevuto una regolamentazione legislativa e giurisprudenziale anche in Inghilterra, con risultati del tutto simili alla soluzione adottata in Francia. A questo punto, allora, è opportuno un richiamo alla disciplina inglese, in modo da evidenziare possibili ulteriori elementi a sostegno del principio del "miglior interesse" come criterio utile a definire il concetto di dignità del malato incosciente, in base al cui rispetto devono essere orientate le scelte di natura sanitaria che lo riguardano. Ciò allo scopo, da ultimo, di valutare la coerenza di una siffatta interpretazione del termine con quanto stabilito, nel contesto italiano, dal terzo comma dell'art. 3 della l. n. 219/2017 in merito al criterio (il rispetto della dignità dell'interdetto) che deve guidare le statuizioni di cura inerenti a chi non è in grado di disporre per sé stesso.

La *section 1* del *Mental Capacity Act* del 2005 indica, tra i principi di ordine generale stabiliti dalla legge, quello per cui ogni atto o decisione che attenga a un soggetto incapace deve tener conto del suo migliore interesse. Nell'ipotesi in cui, inoltre, le determinazioni da assumere siano relative alla

²⁷ *Conseil d'État* n. 428117 del 24/4/2019, par. 16.

somministrazione di trattamenti terapeutici, la *section 5.8* del *Mental Capacity Act Code of Practice* del 2007 stabilisce che il potere di decidere quale sia il *best interest* appartiene ai professionisti sanitari, a ragione della loro capacità tecnica di scegliere la soluzione più consona al caso specifico.

La questione diventa, tuttavia, ben più complessa nel momento in cui occorre decidere se interrompere o proseguire i trattamenti di sostegno vitale praticati a un infermo in stato di incoscienza, senza che questi abbia in precedenza lasciato alcuna direttiva in proposito. Al ricorrere di questa ipotesi, infatti, si pone il quesito se ricercare brandelli di una volontà inespressa del paziente, che possano fungere da guida nel decidere in merito all'interruzione o alla prosecuzione delle cure (criterio soggettivo); ovvero se, a tale scopo, è sufficiente una (etero)determinazione del miglior interesse dell'infermo sulla base delle sue condizioni cliniche, senza alcuna necessità di ricostruire un volere mai effettivamente manifestato (criterio oggettivo). Il tema è stato affrontato dalla *Supreme Court* la quale, nel caso *NHS Trust v. Y*²⁸, ha reso una decisione che, in superficie, definisce il ruolo delle Corti nel processo decisionale riferito all'interruzione delle terapie su un soggetto incapace, ma nel cui sotto-testo è possibile rinvenire una indubbia presa di posizione in favore di uno dei due metodi operativi adesso descritti.

Il giudizio ha tratto spunto dalla vicenda di un uomo che, in seguito ad un arresto cardiaco, subì delle gravi lesioni cerebrali dalle quali conseguì il venir meno dello stato di coscienza, senza alcuna prognosi favorevole in ordine alle possibilità di recupero. Sulla scorta dei vari e concordi pareri professionali circa l'irreversibilità delle condizioni, la consorte ed i figli dell'infermo condivisero l'opinione dei sanitari per cui le cure prestate non avevano altra funzione se non quella di prolungare una situazione ormai irrimediabilmente compromessa: dunque, in quanto del tutto prive di benefici effettivi, la loro interruzione sarebbe stata confacente all'interesse stesso del paziente. Il passo successivo fu, quindi, quello di rivolgersi alla *High Court*, al fine di ottenere una sentenza che dichiarasse come non fosse necessario conseguire una autorizzazione giudiziale per l'interruzione della nutrizione e dell'idratazione artificiale, quando vi fosse piena consonanza sul punto – come nel caso che li riguardava – tra i medici e i familiari del degente.

Il giudice adito, in maniera conforme alla richiesta degli istanti, statuì che «non è obbligatorio portare all'attenzione della Corte l'arresto delle terapie di sostentamento dell'infermo in condizioni di perdurante incoscienza, qualora l'insieme dei sanitari che lo hanno in cura e la sua famiglia siano concordi nel ritenere che non è corrispondente al suo miglior interesse continuare a ricevere quei trattamenti»²⁹. Al contempo, comunque, ammise la richiesta di appello da parte dell'*Official Solicitor*, ritenendo il caso idoneo per essere esaminato direttamente dalla *Supreme Court*³⁰.

Il gravame fu fondato su una ben precisa considerazione che può essere letta su due differenti piani, dei quali il più superficiale è espressamente enunciato, mentre quello più profondo rimane legato al sottinteso. In particolare, l'appellante sostenne che soltanto all'interno di un giudizio è possibile dare

²⁸ *NHS Trust v. Y (by his litigation friend, the Official Solicitor)*, 2018, UKSC, 46.

²⁹ *NHS Trust v. Y (by his litigation friend, the Official Solicitor)*, [2017], EWHC, 2866 (QB), par. 54.

³⁰ La portata della questione dibattuta è stata perfettamente colta dalla *Supreme Court*, tanto che la sopravvenuta morte dell'infermo non interrompe l'iter decisionale della Corte, secondo la quale «nonostante il processo non svolga più alcuna funzione pratica per l'interessato deceduto e la sua famiglia, l'appello deve proseguire a causa dell'importanza di carattere generale che hanno le questioni in esso dibattute» (*NHS Trust v. Y (by his litigation friend, the Official Solicitor)*, [2018], UKSC, par. 8).

la giusta rilevanza alla “voce del paziente” nell’assumere quelle decisioni che lo riguardino, in modo da tutelare il valore insito all’esistenza umana e alla dignità della persona, attraverso il ruolo di garanzia svolto dall’*Official Solicitor*, le cui funzioni sarebbero impossibili da esercitarsi al di fuori di un procedimento giudiziario; la mera consulenza sanitaria, per contro, non costituirebbe una valida tutela per l’infermo a causa della complessità dei temi coinvolti.

Il significato non esplicitato di questa affermazione rinvia, in maniera abbastanza semplice da decodificare, al criterio che – secondo l’appellante – dovrebbe fungere da guida nel determinare se interrompere o proseguire il trattamento di sostegno vitale di chi si trova in uno stato di permanente incoscienza. Il valore sotteso all’umana dignità comporta, infatti, che ogni risoluzione in merito alla salute di un individuo debba essere assunta tenendo conto del principio di autodeterminazione, con la conseguenza che occorre sempre far riferimento alla volontà dell’interessato la quale, se non manifestata in modo esplicito, deve essere ricavata attraverso una indagine della sua complessiva personalità.

A questo punto è ben chiaro, allora, qual è la questione su cui la *Supreme Court* è stata chiamata a pronunciarsi, anche se di questa non vi è esplicita menzione nel testo della sentenza. Se, infatti, dovesse prevalere l’ipotesi circa l’autosufficienza dell’accordo tra personale sanitario e parenti dell’infermo, quale presupposto legittimante l’interruzione del sostegno vitale, ciò comporterebbe una completa oggettivazione del *best interest*, la cui determinazione sarebbe lasciata al parere dei clinici – condiviso con i familiari – sulla presenza, o sull’assenza, di utilità terapeutica degli apprestamenti sanitari. Al contrario, invece, l’instaurazione di un giudizio – con il necessario coinvolgimento in esso dell’*Official Solicitor* – esigerebbe giocoforza una approfondita analisi di ogni elemento utile alla decisione, tra i quali assume una posizione di spicco l’indagine sulla volontà inespressa del paziente, mediante l’esame della sua indole e del suo carattere, al fine di tutelarne sino in fondo l’autodeterminazione.

La Corte, nello svolgere il proprio ragionamento, operò una attenta ricostruzione del panorama normativo – attraverso il richiamo ai precedenti giurisprudenziali in materia³¹ e alle disposizioni del *Mental Capacity Act* del 2005 – al termine della quale giunse alla conclusione unanime per cui non esiste, nell’ordinamento inglese, alcuna regola che imponga un necessario ricorso al giudice al fine di determinare quale sia il miglior interesse di un paziente in stato vegetativo permanente, in ordine all’interruzione dei trattamenti che ne consentono il sostentamento vitale, senza che questi abbiano alcuna contemporanea efficacia curativa: in questo senso, infatti, è sufficiente un argomentato parere clinico, al quale aderiscano coloro che con l’infermo sono in una situazione di prossimità affettiva. Nell’ipotesi, invece, in cui esista disaccordo tra i medici, ovvero tra costoro e i parenti dell’infermo (così come in eventuali altre circostanze specifiche), l’intervento del giudice diventa indispensabile al fine di consentire l’esposizione delle rispettive ragioni e, sulla scorta di esse, verificare quale sia il concreto *best interest* del degente³², anche attraverso l’accertamento di una volontà riferibile a quest’ultimo con un alto grado di certezza³³. In altri termini, quindi, la *Supreme Court* – richiamata l’assenza di una regola

³¹ *Airedale NHS Trust v. Bland*, [1993], AC, 789; *In re M (Incapacitated Person Withdrawal of Treatment)*, [2017], EWCOP, 18.

³² *NHS Trust v. Y (by his litigation friend, the Official Solicitor)*, [2018], UKSC, par. 126.

³³ La *section 4* del *Mental Capacity Act* statuisce che il *best interest* debba essere ricavato anche attraverso un riferimento ai desideri e ai sentimenti, così come alle credenze ed ai valori del malato precisando, tuttavia, che quel richiamo alla complessiva personalità del soggetto opera soltanto «nella misura in cui essa sia ragionevolmente accertabile» (*Mental Capacity Act*, 2005, *section 4*[6]): ciò significa, quindi, che non sono ammesse

specifica che vincoli a una decisione giudiziaria l'interruzione dell'idratazione e dell'alimentazione artificiali di una persona in stato vegetativo – ha deciso nel senso dell'autosufficienza dell'intesa tra professionisti e congiunti dell'infermo, in quanto soggetti idonei a determinare (sulla scorta di parametri oggettivi) quale sia il concreto interesse dell'incapace. Soltanto in subordine – quando, cioè, non esista unanimità d'intendimenti – è necessario ricorrere a un giudice, in modo che si possa accertare in dibattimento la soluzione più idonea alle esigenze dell'infermo, anche tenendo conto (tra i vari parametri di giudizio e senza alcuna posizione di privilegio) della specifica personalità di quest'ultimo ricavata attraverso elementi attendibili e non, invece, semplicemente ricostruita attraverso frammenti di ricordi altrui³⁴.

5. Brevi note conclusive

La *Supreme Court* – come si è appena osservato – ha ritenuto non sussistere la necessità di una autorizzazione giudiziaria, quando i medici e i parenti del degente in stato vegetativo siano d'accordo circa l'opportunità di interrompere i trattamenti di sostegno vitale a quest'ultimo. La Corte, infatti, ha demandato a soggetti terzi (medici e familiari, per l'appunto) il compito di stabilire, su evidenze obiettive, quale sia il miglior interesse dell'infermo nel particolare stato di fatto, riservandosi il compito di dirimere una eventuale divergenza di opinioni tra i soggetti interessati, attraverso il ricorso a elementi di giudizio – tra i quali un'indagine, fondata su dati certi, sulla complessiva personalità dell'incapace – utili a pervenire a una decisione rispettosa della dignità di quest'ultimo.

La medesima conclusione, tornando al contesto italiano, sembra essere stata raggiunta dal Giudice Tutelare di Roma³⁵, secondo il quale – nell'ipotesi in cui non vi sia contrasto tra il volere del rappresentante legale della persona incapace e il parere del medico – la decisione di interrompere le terapie di sostegno vitale cui è sottoposto l'incapace stesso non è soggetta a scrutinio giudiziario. A norma, infatti, di quanto statuito dal quinto comma dell'art. 3 della l. n. 219/2017, l'intervento decisorio del giudice tutelare è necessario soltanto se chi cura gli interessi dell'infermo «rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie»³⁶.

interpretazioni della volontà della persona non supportate da dati difficilmente controvertibili, tanto che la norma contiene un esplicito riferimento ad eventuali fonti scritte come elemento dal quale trarre un convincimento (*Mental Capacity Act, 2005, section 4[6][a]*).

³⁴ In sintesi, quindi, «il *best interest* inglese viene letto dalle Corti non nell'ottica personalistica americana del *substituted judgement* che diversamente dà rilevanza dirimente alla volontà dell'individuo/paziente, ma nel rispetto della valutazione medica che assurge così ad elemento fondante per la stessa decisione giudiziaria» (L. SCAFFARDI, *Decisioni di fine-vita in Inghilterra e Galles. Le più recenti policies in materia di assistenza al suicidio*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita*, Napoli, 2012, 676).

³⁵ Tribunale Civile di Roma, Ufficio del Giudice Tutelare, ordinanza del 23/9/2019.

³⁶ La norma citata nulla dispone, invece, per il caso in cui la decisione di interrompere le cure sia del medico quando, ad esempio, ritenga l'eventuale prosecuzione delle terapie inutile e sproporzionata rispetto ai benefici attesi, a fronte di una volontà di segno contrario manifestata dal rappresentante legale dell'incapace o dai suoi familiari. Un'interpretazione logica e teleologica della disposizione conduce a ritenere, tuttavia, che al ricorrere di questa evenienza sia sempre necessario un ricorso al giudice tutelare, in modo che questi possa dirimere il conflitto sulla scorta di ogni elemento utile a una corretta deliberazione. Se così non fosse, infatti, il personale sanitario sarebbe del tutto libero di decidere la sorte del paziente, senza alcun contraddittorio con gli eventuali controinteressati; al contrario – ove dovesse ritenersi l'opinione dei medici da sé sola insufficiente a disporre

In apparenza, quindi, il provvedimento in questione si uniforma al principio – già presente nel contesto inglese – per cui, in assenza di disposizioni esplicite lasciate da chi versa in stato vegetativo, le scelte inerenti all'applicazione (o all'interruzione) dei protocolli terapeutici sono affidate all'altrui deliberazione, fondata su parametri obiettivi in base ai quali valutare il miglior interesse dell'infermo; con la conseguenza di un deciso allontanamento dal criterio stabilito dalla Cassazione nel caso *Englaro*, relativo alla necessità di ricercare e ricostruire – in maniera evidentemente fittizia – i segnali di un'autodeterminazione del paziente in ordine ai trattamenti sanitari ai quali essere (o non essere) sottoposto. Una lettura più approfondita del provvedimento mostra, tuttavia, che l'intendimento sottostante all'ordinanza è parecchio distante da quello adesso descritto. Secondo il giudice tutelare, infatti, «l'amministratore di sostegno, accertata la volontà della persona amministrata (anche in via presuntiva, alla luce delle dichiarazioni rese in passato dall'amministrata, anche alla presenza dello stesso amministratore) in merito al trattamento sanitario [...] è pienamente abilitato a rifiutare le cure proposte». In sintesi allora – volendo accedere all'interpretazione del quinto comma dell'art. 3 della l. n. 219/2017 resa con l'ordinanza in commento – il legale rappresentante del soggetto incapace avrebbe il potere di rifiutare che a quest'ultimo siano somministrate le terapie necessarie a mantenerlo in vita, soltanto attestando l'esistenza di un presunto volere riferibile al soggetto stesso. Se tale decisione dovesse essere condivisa dal medico, l'interruzione dei trattamenti potrà essere compiuta senza alcun preventivo controllo giudiziario; nel caso in cui, invece, il professionista dovesse ritenere le cure appropriate e necessarie, la controversia sarà risolta dal giudice sulla scorta del criterio soggettivo (la ricostruzione di una volontà inespressa, attraverso il riferimento alla complessiva personalità del malato risultante dalle allegazioni del suo stesso rappresentante e dai ricordi di chi gli fu vicino) elaborato dalla Cassazione a riguardo della vicenda di Eluana Englaro. In definitiva, allora, scompare dall'orizzonte qualsiasi rimando a ciò che è il bene effettivo dell'infermo – nella situazione in cui si trova in concreto – in cambio di un ingiustificato favore accordato a un'autodeterminazione dell'individuo incosciente soltanto declamata, quale principio assoluto in base al quale orientare le scelte che lo riguardano. Le osservazioni svolte in merito agli ordinamenti francese e inglese conducono a una semplice constatazione, utile al fine di una possibile interpretazione del terzo comma dell'art. 3 della l. n. 219/2017³⁷ probabilmente più aderente allo spirito sotteso all'intero provvedimento normativo. Il concetto di *dignità*, quando è declinato nel senso ampio di rispetto per la persona, può essere inteso in *chiave soggettiva* (autodeterminazione) o – quando non è possibile riferirsi a questa – in *chiave oggettiva*, intesa come situazione di miglior interesse dell'individuo, determinato secondo i parametri della scienza medica e relativo alla funzione svolta in concreto dalle terapie, agli eventuali benefici da queste attesi o alla loro inutilità curativa³⁸. Quest'ultima accezione, dunque, sembra essere la più idonea nel caso

l'interruzione delle terapie – sarebbe eccessivo il potere di veto conferito ai familiari del degente, con il rischio di far sconfinare i trattamenti sanitari apprestati nell'ambito dello sterile accanimento.

³⁷ Il riferimento è alle decisioni di cura prese in luogo dell'incapace, le quali devono essere assunte avendo come scopo il pieno rispetto della dignità del soggetto interessato.

³⁸ D. WILKINSON e J. SAVULESCU (*Current controversies and irresolvable disagreement: the case of Vincent Lambert and the role of "dissensus"*, in *Journal of Medical Ethics*, 2019, 633) spiegano come le decisioni relative all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, praticati a pazienti in stato vegetativo permanente, possano essere determinate anche da considerazioni di natura economica, relativa all'allocazione delle risorse disponibili per il sistema sanitario.

specifico quando occorra decidere circa la prosecuzione o l'interruzione degli apprestamenti di sostegno vitale in relazione a un soggetto incapace di esprimere una propria volontà, nell'ipotesi in cui non sia possibile risalire – con un elevato grado di certezza – a un volere dell'infermo ricavato attraverso il richiamo a dati concreti e non, invece, ricostruito sulla base dei ricordi (necessariamente mediati e, dunque, spesso trasformati in opinioni personali) di chi si professa testimone (o, più correttamente, interprete) della personalità dell'incapace.

Non si tratta, quindi, di un ritorno surrettizio del paternalismo sanitario ormai desueto quanto, invece, di porre ancora una volta al centro della scena il malato, la cui dignità trova tutela – in un'alleanza terapeutica intesa in senso ampio – attraverso il riconoscere quale miglior interesse dell'infermo non il condurre una vita priva di canoni di umanità, ma una morte che ponga fine a un'esistenza resa possibile soltanto da apprestamenti artificiali.

Focus on



Eutanasia e donazione di organi. Alcune riflessioni etico-giuridiche su nuove emergenti criticità

Lorena Forni*

EUTHANASIA AND ORGAN DONATION. SOME ETHICAL-LEGAL REFLECTIONS ON NEW EMERGING CRITICITIES

ABSTRACT: This paper presents and critically discusses some profiles that connected the issues of euthanasia and organ donation in recent international debate. The contexts in which new forms of donation, linked to euthanasia, are being discussed, are in particular those in which there is already legislation allowing the practice of euthanasia. However, since these are interesting topics, a critical analysis is proposed, also referring to a possible scenario, which could also concern, in the future, the Italian reality.

KEYWORDS: Euthanasia; organ donation; law; ethics; bioethics

SOMMARIO: 1. Eutanasia e donazione di organi come questioni etico-giuridiche connesse. Quali sono gli intrecci problematici? – 2. Possibili scenari e scelte normative per la donazione di organi a fronte di una richiesta eutanasica – 3. Dalla donazione post eutanasia alla messa in discussione della “*dead donor rule*” – 4. La controversa ipotesi dell’eutanasia mediante donazione – 4.1. Le ragioni sostenute a favore dell’eutanasia mediante donazione – 4.2. Argomenti contro la donazione post eutanasia e contro l’eutanasia mediante donazione – 4.3. Le criticità dell’eutanasia mediante donazione – 5. Eutanasia e donazione di organi. Nuovi problemi a confronto con la realtà italiana. Osservazioni conclusive

1. Eutanasia e donazione di organi come questioni etico-giuridiche connesse. Quali sono gli intrecci problematici?

I temi dell’eutanasia e della donazione di organi sono oggetto di dibattito e di interessanti e profili, in Italia e nei contesti di riflessione etico-giuridica e bioetica occidentale.

Per quanto riguarda la donazione nel nostro Paese¹, ad esempio, sono stati compiuti significativi interventi, negli ultimi anni, per migliorare le prassi normate (*ex mortuo*, *inter vivos*, samaritana etc.)²

* Ricercatrice confermata di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Milano – Bicocca. Mail: lorena.forni@unimib.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Sul punto, si rinvia alla legge n. 91/1999, *Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti*, consultabile all’indirizzo: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/99091.htm> (ultimo accesso 20/01/2020). Per una ricostruzione dei numerosi interventi legislativi riguardo alle diverse forme di donazione disciplinate in Italia, cfr. L. FORNI, *Il trapianto di organi. Aspetti etici e giuridici*, in A. CAGNAZZO (a cura di), *Trattato di Diritto e Bioetica*, Napoli, 2017, 321-344.

² Cfr. L. FORNI, *Il corpo come risorsa? Donazione samaritana e mercato degli organi tra Carta di Nizza e Costituzione*, in *Sociologia del Diritto*, 1, 2012, 7-36.

e non si è affatto sopita la discussione volta ad eliminare aree di opacità sul reperimento di organi³, soprattutto a livello internazionale extraeuropeo. Le stime pubblicate recentemente dal Ministero della salute italiano hanno inoltre dato conto di importanti novità. Si può registrare, a livello nazionale, un lieve incremento, nell'ultimo biennio, non solo delle donazioni *ex mortuo*, ma anche di quelle *inter vivos*⁴, anche se i dati risultano ancora al di sotto della media europea. Un ulteriore elemento è stato portato all'attenzione del pubblico: negli ultimi mesi si è infatti superata la controindicazione assoluta di trapiantare un soggetto affetto da HIV, grazie all'efficacia delle terapie antiretrovirali più innovative e, grazie ad un programma sperimentale in vigore dal 2017, si sono effettuati espianti, e relativi connessi trapianti, tra donatori e riceventi con HIV⁵.

In riferimento, invece, al tema dell'eutanasia⁶, stiamo attraversando un momento di intensa attività istituzionale, specialmente dopo la pronuncia n. 242 della Corte costituzionale del 25 novembre 2019⁷, in relazione al c.d. "caso Cappato" che, in attesa di un intervento del legislatore, ha individuato entro quali limiti sia consentito, anche nel nostro ordinamento, il suicidio medicalmente assistito. Non è possibile in questa sede dare conto esaustivamente delle questioni etico-giuridiche sollevate in tema di aiuto medico a morire⁸, né è questa l'occasione per un'analisi delle ragioni argomentate dalla Corte. Si può però osservare che, nel nostro contesto, si sta superando l'idea diffusa che parlare di eutanasia come di una prassi da normare sia un tabù e, allo stesso tempo, si sono ampliati i profili di discussione etica e giuridica riguardo alle scelte in spinose situazioni alla fine della vita. Se da una parte assistiamo ad un incremento dell'attenzione, accademica, istituzionale e scientifica, sulle questioni più delicate del fine – vita, dall'altra parte dovremmo chiederci se tali problemi riguardino sia i trapianti, e la donazione nello specifico, sia l'eutanasia.

I temi della donazione di organi a scopo di trapianto e dell'eutanasia, in effetti, sono stati considerati ambiti di studio e di ricerca distinti, rispetto ai quali solo alcune questioni, tangenziali, apparivano

³ Cfr., in relazione al tema della predazione di organi e del commercio illegale di organi, F. PORCIANI, P. BORSELLINO, *Vite a perdere. I nuovi scenari del traffico d'organi*, Milano, 2018.

⁴ Cfr. i dati presenti nel documento *Attività di donazione e trapianto – Report 2017* del Ministero della Salute italiano, consultabili al seguente indirizzo: <http://www.trapianti.salute.gov.it/trapianti/archivioDatiCnt.jsp> (ultimo accesso 10/12/2019).

⁵ Il dettaglio del protocollo sperimentale, esteso a livello nazionale con decreto ministeriale dell'8 marzo 2018, è consultabile al seguente indirizzo: <http://www.trapianti.salute.gov.it/trapianti/dettaglioComunicatiNotizieCnt.jsp?lingua=italiano&area=cnt&menu=media&sottomenu=news&id=525> (ultimo accesso 10/12/2019).

⁶ Cfr., sul punto, C. TRIPODINA, *Diritti alla fine della vita e costituzione*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, Special Issue 2, 2019, 405-418, in particolare 411 e ss.

⁷ Il testo della sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019 è consultabile al seguente indirizzo: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2019&numero=242> (ultimo accesso 05/12/2019).

⁸ Sul punto, si rinvia a AA.VV., *Aiuto medico a morire e diritto: per la costruzione di un dibattito pubblico plurale e consapevole*, documento di sintesi del Gruppo di lavoro in materia di aiuto medico a morire, aperto a sottoscrizioni, promosso e pubblicato da BioDiritto, BioLawJournal, Università di Trento, al seguente indirizzo <https://www.biodiritto.org> (ultimo accesso 07/01/2020) ed è stato inoltre diffuso e pubblicato anche da *Recenti Progressi in Medicina*, 110, 2019, 462-472, al seguente indirizzo: https://www.recentiproggressi.it/articoli.php?archivio=yes&vol_id=3246&id=32161 (ultimo accesso 07/01/2020).

comuni, come ad esempio, il tema delle scelte autonome sul corpo e il connesso problematico profilo, ampio e generale, della disponibilità della vita⁹.

Va pertanto chiarito il motivo per il quale sono proposti, in questo saggio, come argomenti tra loro collegati. La connessione è spiegata in riferimento al fatto che, negli ultimi mesi, eutanasia e donazione di organi sono stati posti all'attenzione internazionale come temi strettamente intrecciati, con particolare riguardo ai contesti in cui è già presente una legislazione che consenta la pratica eutanascica¹⁰. Nel merito, si presenteranno e si tratteranno due questioni. La prima si riferisce alla possibilità di procedere alla donazione di organi di un soggetto dichiarato morto a seguito di procedura eutanascica. La seconda, invece, riguarda un'ipotesi più complessa e controversa. Si discuterà il caso di soggetti che chiedono di essere sottoposti ad eutanasia mediante la pratica di espanto dei loro organi, per effettuare, contestualmente, la donazione degli stessi (e del cuore, in particolare). Saranno presentati i quesiti sollevati da queste due "recenti" modalità di associare, tra loro, eutanasia e donazione di organi, nelle realtà in cui è possibile chiedere e ottenere un intervento eutanascico e si vaglieranno le realtà in cui si discute di questi temi. Infine, saranno proposte alcune osservazioni sulla opportunità o meno di introdurre nel dibattito italiano contemporaneo le connessioni tra eutanasia e donazione di organi.

Il collegamento, apparentemente controintuitivo, tra eutanasia e donazione di organi, è stato posto all'attenzione internazionale dalla bioeticista australiana Margaret Sommerville. «All'inizio degli anni '70, quando ero una studentessa, ho iniziato ad interessarmi a questioni etiche e giuridiche sollevate dall'avvento del trapianto di organi, [...] e ho avuto occasione di parlare con un'infermiera che era coinvolta nella procedura di espanto qui in Australia. Non ho mai dimenticato le sue parole: "Mi sentivo come in bilico, come se fossimo avvoltoi sull'uomo morente, in attesa di prendere i suoi organi". Trovo ancora orribile l'immagine che queste parole evocano. Riconosco pienamente gli immensi benefici del trapianto di organi, ma non dobbiamo permettere che questi benefici ci rendano ciechi ai danni che potremmo fare se non fossimo abbastanza attenti da assicurarci di agire sempre in modo etico»¹¹.

La preoccupazione di Sommerville non fa riferimento al timore di abusi nella pratica degli espanti ai fini di successivi trapianti di organi, né l'autrice è contraria alla pratica della donazione. Le sue parole

⁹ Cfr., ad esempio, D. CARUSI, *Eutanasia, trapianti, morte cerebrale: a proposito di un libro sulla fine della vita umana*, in *Politica del diritto, Rivista trimestrale di cultura giuridica fondata e diretta da Stefano Rodotà*, 3, 2004, 483-490, doi: 10.1437/16235; cfr. anche R. LA RUSSA ET AL., *La storia dei trapianti e "La Sapienza", l'evoluzione legislativa e il dibattito bioetico in Italia*, in *Medicina nei Secoli*, 1, 2019, 163-206.

¹⁰ Cfr., al riguardo, I.M. BALL, R. SIBBALD, R.D. TRUOG, *Voluntary Euthanasia. Implications for Organ Donation*, in *The New England Journal of Medicine*, 379, 2018, 909-911, doi: 10.1056/NEJMp1804276.

¹¹ Queste le parole della bioeticista australiana Margaret Sommerville: «In the early 1970s when, as a law student, I was researching legal and ethical issues raised by the advent of organ transplantation that we were witnessing, I spoke with a nurse who was involved in its being undertaken here in Australia. I have never forgotten her words: "I felt as if we were all hovering like vultures over the dying man waiting to take his organs." I still find horrible the image these words cause me to imagine to be. I fully acknowledge the immense benefits of organ transplantation, but we must not allow those benefits to blind us to the harms that we could do if we are not careful enough to ensure that we always act ethically». Cfr. M. SOMMERVILLE, *Does It Matter How We Die? Ethical and Legal Issues Raised by Combining Euthanasia and Organ Transplantation*, in *The Linacre Quarterly*, 86, 4, 2019, 359-365, in particolare 364, <https://doi.org/10.1177/0024363919872623>.

hanno avuto una certa risonanza nel contesto di riflessione bioetica riguardo al tema dei trapianti d'organo¹² perché, in Australia¹³, si sta discutendo di alcuni argomenti altamente problematici, che possono essere così riassunti. Se, negli ordinamenti giuridici in cui l'eutanasia è legalizzata, fosse consentito ottenere organi per trapianti da persone che, oltre ad essere esplicitamente donatori, chiedono di essere sottoposti (anche) ad una pratica eutanasica, gli organi devono essere prelevati solo dopo la morte (ad eutanasia già avvenuta), oppure sarebbe lecito ipotizzare anche ipotesi in cui l'eutanasia sia la procedura con cui si procura la morte del paziente, prelevando organi vitali? Scrive in proposito Sommerville: «Asked another way, if “Donation after Death” is practiced, why not “Death by Donation”»¹⁴?

Si profilano, dunque, due differenti ipotesi da vagliare. La prima riguarda la c.d. “donazione post eutanasia” (*Organ Donation after Euthanasia or after Death*) e si riferisce alla possibilità di procedere ad espianto degli organi dopo la dichiarazione di morte del soggetto che si è sottoposto ad eutanasia. La seconda, invece, viene qualificata come “eutanasia mediante donazione” (*Euthanasia by Donation*) e denota la situazione in cui la morte di un paziente, ritenuto idoneo all'eutanasia e di cui sia stata accertata (anche) la volontà di donare i propri organi, avviene proprio mediante una procedura di espianto, che è considerata la causa diretta della morte del soggetto.

2. Possibili scenari e scelte normative per la donazione di organi a fronte di una richiesta eutanasica

Sulla base delle preliminari considerazioni fin qui svolte, possiamo immaginare tre ipotetici, distinti, scenari.

Il primo si riferisce ad un contesto connotato da norme, etiche e giuridiche, che legittimano la pratica eutanasica¹⁵, ma che non legittimano la donazione di organi. Questo è, in effetti, un caso piuttosto

¹² Cfr., ad esempio, E.W. ELY, *Death by organ donation: euthanizing patients for their organs gains frightening traction*, in *Intensive Care Medicine*, 45, 2019, 1309-1311; cfr. inoltre B.C. WAINMAN, J. CORNWALL, *Body Donation after Medically Assisted Death: An Emerging Consideration for Donor Programs*, in *Anatomical Science Education*, 4, 2019, 417-424, <https://doi.org/10.1002/ase.1874>. Il tema è tornato al centro del dibattito bioetico, dopo che alcune prime riflessioni al riguardo erano state proposte, più di un decennio fa, ad esempio, da O. DETRY ET. AL., *Organ donation after physician-assisted death*, in *Transplant International*, 21, 9, 2008, 915.

¹³ In Australia, nello stato di Victoria, il 19 giugno 2019 è entrato definitivamente in vigore il *Voluntary Assisted Dying Act*, che consente ai malati terminali di ottenere, in presenza di particolari condizioni e qualora sia seguita una rigorosa procedura, sia il suicidio medicalmente assistito, sia, in determinati casi, la somministrazione di una sostanza letale da parte del medico stesso, vale a dire un trattamento specificamente eutanasico. Il testo del provvedimento legislativo è consultabile al seguente indirizzo: <http://www.rivistaresponsabilitamedica.it/wp-content/uploads/2017/12/581392bi1.pdf> (ultimo accesso 20/01/2020); Cfr., sul tema, B.P. WHITE ET. AL., *End of Life Law in Australia*, Australian Centre for Health Law Research, 2019.

¹⁴ Cfr. M. SOMMERVILLE, *Does It Matter How We Die? Ethical and Legal Issues Raised by Combining Euthanasia and Organ Transplantation*, cit., 359.

¹⁵ La definizione di eutanasia che si propone, e che sarà oggetto di analisi approfondite nei paragrafi successivi, si riferisce agli atti posti in essere intenzionalmente da un medico, per mettere fine alla vita di un soggetto, adulto e capace, che chieda in modo esplicito, reiterato, inequivoco, di essere aiutato a morire, poiché si trova in una condizione di sofferenza psico-fisica derivante da una malattia inguaribile, condizione valutata dal paziente stesso non più esistenzialmente tollerabile. Cfr., *infra*, paragrafo 4.3 e cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra “moralì” e diritto*, seconda edizione, cit., 439 e ss.

improbabile, perché è difficile immaginare che, laddove siano state introdotte regole per normare trattamenti medici di aiuto a morire, dato l'avanzamento delle conoscenze biomediche e chirurgiche oggi a disposizione, non sia stata regolamentata anche la pratica della donazione, specialmente *ex mortuo*. Inoltre, se a livello etico, bioetico e giuridico si legittima la disponibilità di sé al punto di ritenere ammissibile l'eutanasia, è davvero difficile pensare che una scelta donativa, con minori implicazioni bioetiche, morali e sociali, di stampo prettamente altruistico, non sia stata presa in esame e disciplinata. Ad ogni modo, anche ammettendo, per pura ipotesi, che un tale scenario sia possibile, si dovrebbe giungere alla conclusione che, se anche non vi fosse alcuna possibilità di donazione di organi, l'eutanasia sarebbe comunque praticata. In un tale contesto, qualora non vi fosse alcuna possibilità di considerare gli organi dei donatori morti come risorse per altri pazienti, si potrebbe sostenere che, in effetti, vi siano spazi per un ripensamento giuridico-istituzionale, per favorire una migliore e più efficiente giustizia allocativa di beni scarsi, come organi e tessuti.

Un secondo, differente scenario, riguarderebbe, invece, un contesto in cui è stata disciplinata la donazione di organi ma non la pratica eutanassica: rientra in questa ipotesi, almeno per il momento, il nostro Paese. Anche se non è possibile ottenere un intervento propriamente eutanassico, la donazione a fini di trapianto è una scelta possibile e, dove concretamente attuabile, viene messa in atto. Vanno in proposito evidenziati due elementi peculiari: il primo consiste nel fatto che la donazione è possibile solo dopo che sia stata accertata la morte del soggetto potenziale donatore e il secondo è che la morte del soggetto stesso deve essere accertata in seguito ad un evento patologico o traumatico gravissimo e irreversibile¹⁶, vale a dire che la morte deve essere dichiarata o per cessazione dell'attività cardio-polmonare o per cessazione totale delle funzioni cerebrali¹⁷. In questo scenario non sarebbe ancora possibile, però, legittimare la scelta donativa post eutanasia, tantomeno sarebbe possibile mettere in atto una eutanasia mediante donazione.

Da ultimo, è possibile considerare un contesto in cui, sia la pratica eutanassica, sia la donazione di organi, sono state disciplinate. In questo caso, la pratica eutanassica è possibile, a certe condizioni, indipendentemente dalla ulteriore volontà del soggetto richiedente di essere donatore di organi. I problemi ulteriori che si profilano riguardano, appunto, le questioni trattate in questo contributo: la possibilità di consentire la donazione post eutanasia, oltre all'ipotesi più dibattuta, vale a dire la possibilità di introdurre prassi che vengano qualificate come eutanasia mediante donazione.

¹⁶ Cfr., ad esempio, il documento *I criteri di accertamento della morte*, a cura del Comitato Nazionale per la Bioetica del 2010, consultabile al seguente indirizzo: <http://bioetica.governo.it/media/3434/7-pareri-2009-2010.pdf>, (ultimo accesso 20/02/2020); cfr., inoltre, il Position Paper *Determinazione di morte con criteri cardiaci. Prelievo di organi a scopo di trapianto da donatore in asistolia. Elementi informativi essenziali*, a cura del Centro Nazionale Trapianti del 2015, consultabile al seguente indirizzo: <http://www.trapianti.salute.gov.it/trapianti/archivioDocumentiCnt.jsp?lingua=italiano&tipologia=Position+paper&anno=2015&btnCerca=cerca>, (ultimo accesso 20/02/2020).

¹⁷ Cfr. la legge n. 578/1993, *Norme per l'accertamento e la certificazione di morte*, il cui testo è consultabile all'indirizzo: https://www.fnopi.it/archivio_news/leggi/255/L291293n578.pdf (ultimo accesso 20/01/2020).

Questi aspetti, in effetti, sono molto discussi non solo in Australia¹⁸, ma anche in Canada¹⁹, e lo sono altresì nei Paesi Bassi, in cui da quasi un ventennio sono state emanate norme che hanno disciplinato, depenalizzandola, l'eutanasia²⁰.

Proprio in Belgio e in Olanda, operatori del mondo biomedico e di quello giuridico si trovano di fronte ad uno scenario per certi aspetti nuovo e inaspettato. Si sta registrando, infatti, un incremento delle manifestazioni di volontà a favore della donazione di organi, associate a richiesta eutanasica. La particolarità di tale incremento riguarda prevalentemente coloro che chiedono di essere sottoposti a trattamento eutanasi ed esprimono la volontà di donare i propri organi, una volta che siano stati dichiarati morti²¹.

Questa forma di donazione *post mortem* risulterebbe ragionevole e giustificata da una scelta altruistica. Ad una prima e sommaria impressione, non vi sarebbero impedimenti giuridici o morali rispetto all'accoglimento della richiesta di destinare, ove possibile, i propri organi a scopo di trapianto terapeutico dopo la morte, sebbene quest'ultima sia avvenuta in conseguenza di una richiesta eutanasi.

Ad un'analisi più approfondita, tuttavia, si profilano problemi che riguardano differenti aspetti.

Ci si domanda, ad esempio, e come anticipato dalle riflessioni di Sommerville, se la donazione di organi a scopo di trapianto, in seguito ad una pratica eutanasi, avvenga (o meglio, possa o debba avvenire) sempre *dopo* la dichiarazione di morte.

Si è posto, inoltre, il problema, strettamente connesso al primo, delle conseguenze di un eventuale ripensamento della regola del c.d. "donatore morto" ("*dead donor rule*")²², vale a dire se è riaperta la questione della determinazione, tassativa o meno, di quali condizioni, cliniche e giuridiche, siano necessarie per poter procedere ad un espanto di organi a scopo di trapianto e, infine, ci si domanda se sia moralmente e giuridicamente accettabile rinunciare a molti organi, che rappresentano risorse preziose e scarse²³ ma imprescindibili, per la vita e la salute di migliaia di soggetti, qualora si ritenga

¹⁸ Cfr. *supra*, nota 12

¹⁹ In Canada, dal 17 giugno 2016, è in vigore il *Medical Assistance in Dying Act*. Si tratta di una legge che ha modificato il Codice penale e che ha legalizzato il suicidio assistito. Il testo della legge canadese è consultabile al seguente indirizzo: https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/2016_3.pdf (ultimo accesso 20/01/2020). Per un approfondimento sulla peculiarità a cui ha dato seguito, in Canada, l'introduzione della legge che ammette il suicidio medicalmente assistito, cfr. L. FORNI, *Temi e problemi alla fine della vita*, cit., 65-66; cfr. anche J. ALLARD, M.C FORTIN, *Organ donation after medical assistance in dying or cessation of life-sustaining treatment requested by conscious patients: the Canadian context*, in *Journal of Medical Ethics*, 43, 2017, 601-605, consultabile all'indirizzo: <http://dx.doi.org/10.1136/medethics-2016-103460> (ultimo accesso 19/02/2020).

²⁰ Il testo in italiano della legge olandese riguardo alla depenalizzazione dell'eutanasia, legge n. 137/2001, è consultabile al seguente indirizzo: http://www.fondazionepromozionesociale.it/PA_Index/136/136_la_legge_olandese.htm (ultimo accesso 09/01/2020); il testo della legge belga, del 28 maggio 2002, è consultabile al seguente indirizzo: http://www.fondazionepromozionesociale.it/PA_Index/144/144_testo_della_legge_belga.htm (ultimo accesso 09/01/2020).

²¹ Cfr. A.K.S. VAN WIJNGAARDENA, D.J. VAN WESTERLOOB, J. RINGERSA, *Organ Donation After Euthanasia in the Netherlands: A Case Report*, in *Transplantation Proceedings*, 48, 2016, 3061-3063, <http://dx.doi.org/10.1016/j.transproceed.2016.02.066> (ultimo accesso 09/01/2020).

²² Cfr., fra i molti articoli a disposizione, D. RODRIGUEZ-ARIAS, M.J. SMITH, N. LAZAR, *Donation After Circulatory Death: Burying the Dead Donor Rule*, in *The American journal of bioethics*, 11, 8, 2011, 36-43, doi10.1080/15265161.2011.583319.

²³ Sul punto, cfr. D.M. SHAW, *Organ Donation After Assisted Suicide: A Potential Solution to the Organ Scarcity Problem*, in *Transplantation*, 98, 3, 2014, 247-251, doi: 10.1097/TP.000000000000099.

inappropriato accostare tra loro ambiti di discussione etica e bioetica, e di impatto clinico e medico, così diversi, come la donazione di organi e la richiesta eutanasica, anche nel più controverso caso della eutanasia mediante donazione.

3. Dalla donazione post eutanasia alla messa in discussione della “dead donor rule”

Riguardo alla prima questione, relativa alla donazione di organi da un soggetto dichiarato morto in seguito ad eutanasia (donazione post eutanasia), la comunità scientifica, medica, bioetica e giuridica, dei Paesi Bassi, si è espressa prudentemente a favore²⁴. Non si è peraltro ritenuto di dover intervenire con modifiche alla legislazione esistente, ma sono state stilate e precisate le rigorose procedure che devono essere eseguite in questi casi²⁵.

Preso atto che, almeno in linea di massima, non vi sarebbero ostacoli all’espianto degli organi dopo la dichiarazione di morte di un soggetto, sia essa avvenuta in seguito a malattia, o per un gravissimo trauma o, nel caso che stiamo esaminando, in seguito a intervento eutanasi²⁶, la discussione maggiore riguarda le altre ipotesi problematiche poco sopra richiamate.

Non poche perplessità, ad esempio, ha suscitato, (anche) nel contesto belga e olandese²⁷, la messa in discussione della c.d. “dead donor rule”²⁸.

Questa ipotesi suggerisce di legittimare un prelievo di organi non necessariamente da donatore che sia stato dichiarato, clinicamente e giuridicamente, morto. Tale eventualità era già stata avanzata, negli anni scorsi, in ambito bioetico. Alcuni autori, come Wilkinson e Savulescu²⁹, non solo hanno argomentato a favore della possibilità di prelievo di organi da soggetti non cerebralmente morti, come i soggetti in stato vegetativo permanente, ma hanno altresì prospettato che possa ritenersi eticamente giustificato un prelievo (coatto) di organi in tutti quei soggetti che abbiano un supporto vitale, ma di cui non si possa predicare più un recupero cognitivo pieno³⁰. Questi pazienti sarebbero destinati, in ogni caso, a morte certa e, secondo gli Autori, tale condizione dovrebbe suggerire di procedere comunque con l’espianto di organi, anche se, così facendo, si cagiona – o si anticipa - la morte del paziente. A loro avviso, una pratica così connotata non dovrebbe rappresentare un problema bioetico o giuridico, perché, in fondo, si agirebbe con l’intento di allocare in modo più efficiente organi altrimenti non

²⁴ Cfr. di recente, G. VAN DIJK, R. VAN BRUCHEM-VISSER, I. DE BEAUFORT, *Organ donation after euthanasia, morally acceptable under strict procedural safeguards*, in *Clinical Transplantation*, 32, 2018, consultabile al seguente indirizzo: <https://doi.org/10.1111/ctr.13294> (ultimo accesso 20/01/2020).

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Cfr. D. YSEBAERT, *Organ Procurement After Euthanasia: Belgian Experience*, in *Transplantation Proceedings*, 41, 2, 2009, 585-586.

²⁷ Cfr. G. VAN DIJK, R. VAN BRUCHEM-VISSER, I. DE BEAUFORT, *Organ donation after euthanasia, morally acceptable under strict procedural safeguards*, cit., in particolare 1-2.

²⁸ Cfr., sul tema, N.T. NIKAS, D.C. BORDLEE, M. MOREIRA, *Determination of Death and the Dead Donor Rule: A Survey of the Current Law on Brain Death*, in *The Journal of Medicine and Philosophy: A Forum for Bioethics and Philosophy of Medicine*, 41, 3, 2016, 237-256, consultabile all’indirizzo: <https://doi.org/10.1093/jmp/jhw002> (ultimo accesso 09/01/2020).

²⁹ Cfr. D. WILKINSONS, J. SAVULESCU, *Should we allow organ donation euthanasia? Alternatives for maximizing the number and quality of organ for transplantation*, in *Bioethics*, 26, 1, 2012, 32-48, in particolare 34-35, doi:10.1111/j.1467-8519.2010.01811.x.

³⁰ *Ibidem*.

disponibili; infine, hanno sostenuto che questa eventualità possa essere presa seriamente in considerazione nei Paesi in cui l'aiuto medico a morire è già disciplinato.

Questa proposta, come sopra anticipato, è tornata al centro del dibattito nei Paesi Bassi³¹. Alcuni studiosi hanno però evidenziato che, se si accettassero ipotesi di legittimazione del prelievo di organi in soggetti di cui non si possa più predicare il recupero cerebrale e cognitivo, si andrebbe incontro a gravi e numerose criticità³². Si introdurrebbero eccezioni alla volontarietà dei trattamenti, anche dopo la sottoscrizione di disposizioni anticipate, con una forte limitazione del principio di autonomia, laddove si ipotizzasse un prelievo (coatto). Wilkinson e Savulescu hanno ritenuto che questo possa essere un caso limite, e purtuttavia accettabile, perché conforme al principio di giustizia distributiva nell'allocazione di risorse scarse e al principio di beneficenza verso terzi³³. A dire il vero, però, la maggior giustizia allocativa possibile in presenza di risorse scarse, perché non comporti sacrifici intollerabili per gli individui e affinché sia rispettosa del principio di uguaglianza, oltretutto del diritto alla salute, alla vita e all'integrità fisica dei soggetti stessi, non può essere disgiunta da una piena ed effettiva valorizzazione del principio di autonomia di chi ha in gioco il proprio corpo³⁴ (anche se è in stato vegetativo o non ha possibilità di pieno ripristino delle funzioni vitali).

Diversamente, ritenere legittimo il prelievo di organi a prescindere dal consenso del soggetto interessato, vale a dire, nei casi considerati, senza tener conto di volontà dichiarate in forma anticipata, pur con una finalità di una maggiore efficienza allocativa, darebbe attuazione ad una politica sanitaria *contra legem* e non certo ispirata primariamente ai principi dell'etica biomedica; al contrario, si darebbe spazio ad un'idea di scelte in tema di allocazione delle risorse considerate giuste solo sulla base dei criteri che consentono il contenimento o la sostenibilità dei costi dell'assistenza³⁵.

La proposta di ripensamento della "*dead donor rule*" avanzata da Wilkinson e Savulescu, non solo non ha trovato riscontro, al momento, in nessun ordinamento, ma presenta almeno due grossi limiti. Il primo è riferito alla subordinazione del principio di giustizia ad un non meglio precisato criterio di "interesse generale". Il principio di giustizia, anziché essere concorrente con quello di autonomia per le scelte orientate all'ottenimento di vantaggi³⁶, per i soggetti e per la società, sarebbe svuotato di significato e avrebbe un ruolo marginale, definito, oltretutto, in modo autoritario. Il secondo limite, invece, riguarda il fatto che si considera la giustizia delle scelte solo attraverso le possibili ricadute o conseguenze economiche, alla luce delle quali prendere decisioni per la distribuzione delle risorse in generale, e degli organi, in particolare. Una tale proposta risulta distorta, specie nei contesti di assistenza alle persone in stato vegetativo o con gravi compromissioni sistemiche, perché qualificherebbe come "giusto" solo ciò che è economicamente conveniente e l'assistenza a pazienti in stato vegetativo,

³¹ Cfr. G. VAN DIJK, R. VAN BRUCHEM-VISSER, I. DE BEAUFORT, *Organ donation after euthanasia, morally acceptable under strict procedural safeguards*, cit., in particolare 2-4.

³² *Ibidem*.

³³ Cfr. D. WILKINSONS, J. SAVULESCU, *Should we allow organ donation euthanasia?*, cit., 36-40.

³⁴ Cfr. L. FORNI, *La sfida della giustizia in sanità. Salute, equità, risorse*, Torino, 2016, in particolare il cap. 5, 165 e ss.

³⁵ Cfr. L. FORNI, *Scelte giuste anche alla fine della vita: analisi teorico-giuridica della legge n. 219/2017*, in *Giurisprudenza Penale*, 1-bis, 2019, 15-28, in particolare 21.

³⁶ Cfr. L. FORNI, *La sfida della giustizia in sanità*, cit., in particolare 137-163.

o a coloro che hanno le funzioni vitali vicariate, di certo, non è un esempio di convenienza economica³⁷, quantomeno nei contesti sanitari europei³⁸.

Oltretutto, ammettere il “prelievo forzoso” di organi costituirebbe una grave violazione delle regole, deontologiche e giuridiche, secondo le quali la relazione di cura tra pazienti e curanti deve essere libera da pressioni, ed è basata sulla fiducia, anche nel caso di pazienti incapaci, la cui volontà deve essere fatta rispettare dai c.d. fiduciari. Sarebbe difficile giustificare una intromissione di autorità mediche o politico-economiche, sulla base di presunte esigenze di sanità pubblica, ritenute prevalenti rispetto alle decisioni dei soggetti (curanti e destinatari dei trattamenti) riguardo all’appropriatezza o all’utilità degli interventi sul corpo³⁹. Infine, si rischierebbe una enorme confusione se, *de facto*, si considerassero assimilabili tra loro, pur in casi limitati ed eccezionali, le condizioni di soggetti ancora vivi con quelle di altri, già dichiarati legalmente morti, per poter procedere con l’espianto degli organi. Un conto, infatti, è procedere con la donazione *ex mortuo*, dopo che un soggetto è deceduto, eventualmente anche a seguito di un atto eutanasi; un conto molto diverso, invece, è considerare “legalmente morto” un paziente che sia sottoposto a trattamento di sostegno vitale e/o che versi in uno stato di grave compromissione fisica e cognitiva, allo scopo di utilizzarne organi e tessuti. In proposito, sorgerebbero molti problemi giuridici, come ad esempio la qualificazione da attribuire ad una simile violazione della libertà e dell’integrità fisica e, non da ultimo, si porrebbe la questione dell’esatta determinazione dell’evento “morte”, per procedere poi agli adempimenti successivi etc.⁴⁰.

Al di là delle ipotesi di donazione a scopo di trapianto da soggetti *non ancora* dichiarati morti, un ulteriore problema risulta particolarmente spinoso e complesso. Si vanno proponendo argomenti volti a legittimare alcune prassi, secondo le quali l’eutanasia potrebbe essere praticata non solo - o non più - con le usuali procedure, bensì a seguito dell’espianto degli organi. Questo sarebbe il caso della c.d. *dell’eutanasia mediante donazione*⁴¹.

4. La controversa ipotesi dell’eutanasia mediante donazione

Le criticità maggiori sono proprio legate alla paventata possibilità di ottenere una procedura eutanasi che, nella pratica, si traduca e si realizzi attraverso l’espianto di organi vitali⁴² (da soggetto ancora non morto, secondo il criterio cardiocentrico e secondo il criterio della morte cerebrale).

³⁷ Cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra “moralì” e diritto*, seconda edizione, Cortina, Milano, 2018, 407 e ss.; cfr. anche L. FORNI, *Scelte giuste anche alla fine della vita: analisi teorico-giuridica della legge n. 219/2017*, cit., 21-22.

³⁸ Per un approfondimento a proposito delle peculiarità che connotano i sistemi sanitari italiano ed europei rispetto, ad esempio, a quello americano, cfr. L. FORNI, *What is the referable Idea of Justice in Healthcare?*, in *Philosophy Study*, 9, 2, 2019, 86-100.

³⁹ Cfr. L.S. BAINES E R.M. JINDAL, *Organ Donation After Euthanasia: A Dutch Practical Manual*, in *American Journal of Transplantation*, 16, 7, 2016, 1967-1972.

⁴⁰ Cfr. L. FORNI, *Temi e problemi alla fine della vita. Breve rassegna di questioni di “end-of-life” discusse nel convegno UNESCO di Gerusalemme*, Bioethics, Medical Ethics and Health Law, in *Rivista Italiana di Cure Palliative*, 1, 2019, 64-66.

⁴¹ Cfr., sul punto, J.A.M. BOLLEN ET AL., *Euthanasia through living organ donation. Ethical, legal, and medical, challenges*, in *The Journal of Heart and Lung Transplantation*, 38, 2, 2019, 111-113, <https://doi.org/10.1016/j.healun.2018.07.014>.

⁴² Cfr. J.A.M. BOLLEN ET AL., *Euthanasia through living organ donation*, cit., in particolare 112-113.

Il caso considerato riguarderebbe un potenziale paziente, adulto e capace, che chiede l'eutanasia e, contestualmente, chiede che l'atto eutanasiaco sia effettuato mediante espianto di organi.

Nei Paesi Bassi, come poco sopra ricordato, combinare l'eutanasia e la successiva donazione di organi in una cosiddetta procedura di donazione post eutanasia è prassi che sta acquisendo sempre maggiore accettazione sociale ed etica⁴³ e si sta discutendo di questa eventuale possibilità anche in Canada e in Australia⁴⁴.

Nella circostanza in cui si effettui una donazione di organi dopo la pratica eutanasiaca, però, non si può procedere all'espianto del cuore (e dunque, a successivo trapianto), perché a seguito della somministrazione di un composto letale, si assiste alla cessazione dell'attività biologica e vitale dell'organo.

La particolarità dell'eutanasia mediante donazione, invece, riguarda una situazione differente. Un certo numero di pazienti chiede di essere sottoposto a eutanasia, esprimendo altresì una esplicita volontà di donare gli organi e, nello specifico, il cuore. Per far sì che tale volontà possa essere accolta, l'atto eutanasiaco dovrebbe avvenire non attraverso la procedura consueta, ma tramite una procedura che viene presentata come una forma "estrema di donazione". Infatti, affinché il cuore sia ancora "vitale", espiantabile per essere poi trapiantato su un potenziale soggetto ricevente, non sarebbe possibile somministrare un composto letale, che intaccherebbe la funzionalità del cuore stesso⁴⁵. Nei casi di *eutanasia mediante donazione* la morte sarebbe provocata proprio dell'espianto, praticato su un paziente che abbia chiesto questa modalità per porre fine alla propria vita.

4.1. Le ragioni sostenute a favore dell'eutanasia mediante donazione

La situazione considerata è particolarmente delicata. Il soggetto potenziale donatore, infatti, quando è sottoposto ad una procedura di espianto di organi vitali, come il cuore, è a tutti gli effetti ancora un "soggetto vivente", e pertanto non si può parlare né di morte per cessazione di attività cardio-polmonare, né di acclarata morte cerebrale totale. Allo stesso tempo, però, il soggetto di cui si tratta ha espressamente richiesto di essere sottoposto a trattamento eutanasiaco.

Chi ritiene che tale volontà debba essere accolta e assecondata, lo fa sulla base di alcuni argomenti. Si sostiene, ad esempio, che si tratterebbe di una forma estrema di rispetto delle scelte autonome del paziente⁴⁶. Inoltre, si darebbe rilievo e significato pieno alla sua scelta donativa, come ultima scelta che dà senso alla propria esistenza; dunque, presupponendo che tali ragioni sia sufficienti e soddisfacenti, si dovrebbe procedere a sedazione profonda del paziente, per effettuare poi una forma del tutto eccezionale di atto eutanasiaco⁴⁷. La morte, in questo caso, non sarebbe dovuta alla somministrazione di un composto letale, previa sedazione del soggetto ma, dopo aver indotto uno stato di incoscienza nel potenziale donatore, sarebbe l'espianto cardiaco a determinare il momento della morte. In questa

⁴³ Cfr. A.K.S. VAN WIJNGAARDEN, D.J. VAN WESTERLOO, J. RINGERS, *Organ Donation After Euthanasia in the Netherlands: A Case Report*, in *Transplantation Proceedings*, 48, 9, 2016, 3061-3063, <https://doi.org/10.1016/j.transproceed.2016.02.066>.

⁴⁴ Cfr. C. BARRAS, *Medical euthanasia brings new questions for researchers*, in *Nature Medicine*, 26, 2020, 152-154.

⁴⁵ Cfr. J.A.M. BOLLEN ET AL., *Euthanasia through living organ donation*, cit., in particolare 113.

⁴⁶ Cfr. M. SHAPIRO, *Euthanasia by Organ Donation*, in *Dalhousie Law Journal*, 41, 2018, 153-171, in particolare 159.

⁴⁷ Questa è, a ben guardare, la tesi sostenuta da Bollen. Cfr. J.A.M. BOLLEN ET AL., *Euthanasia through living organ donation. Ethical, legal, and medical challenges*, cit., 113.

ipotesi, la donazione sarebbe acconsentita da un paziente che soddisfa, allo stesso tempo, i requisiti per l'eutanasia e per l'espanto.

Questa ipotesi, per alcuni autori, una volta superato lo scoglio emotivo legato alla procedura chirurgica che si rende necessaria, dovrebbe essere presa seriamente in esame, per essere supportata specialmente in ambito etico e bioetico, e per ricevere poi adeguata legittimazione sotto il profilo giuridico⁴⁸. Dal punto di vista morale, la prospettiva della possibilità di donare i propri organi, e il cuore, nello specifico, attraverso l'eutanasia, potrebbe dare un senso alla morte del paziente richiedente e potrebbe quindi essere considerata come una forma di gratificazione esistenziale ultima, di fronte ad una condizione di grave sofferenza psico-fisica. Per alcuni autori, potrebbe essere considerata anche una forma estrema di rispetto dell'autonomia del paziente e della sua partecipazione ad una migliore giustizia allocativa⁴⁹: in una situazione di patologia inguaribile, che ha come unica prospettiva la morte, il paziente avrebbe la possibilità di ottenere un intervento eutanasi e, contestualmente, avrebbe la possibilità, *in extremis*, di donare qualcosa di sé – i propri organi - ad altri.

Se, per giunta, in un ordinamento è già possibile chiedere e ottenere un intervento eutanasi, con la *euthanasia by donation* si metterebbe in atto sempre una pratica eutanasi, ma attraverso una insolita modalità, vale a dire mediante il prelievo del cuore e di altri organi vitali e non mediante la somministrazione di un composto letale, previa anestesia e privazione della coscienza del soggetto.

Alcuni autori, commentando la recente legislazione canadese riguardo all'aiuto medico nel processo del morire, hanno sostenuto, in riferimento alla possibilità di ottenere una pratica eutanasi tramite procedura chirurgica volta all'espanto degli organi, che si tratta, in fondo, solo di accettare "finzioni morali"⁵⁰; vale a dire di accettare il fatto che non ci sarebbero, in realtà, evidenze scientifiche a sostegno dell'infallibilità dei criteri diagnostici di morte⁵¹, e che pertanto quello che conta è trovare un compromesso morale in una situazione complessa. Le finzioni rassicurerebbero gli operatori sanitari delle équipe di trapianti⁵², in modo che non si sentano direttamente responsabili della morte "dei loro donatori" e rassicurerebbero, altresì, i consociati e il largo pubblico⁵³. Si suggerisce, di conseguenza, di pensare ad un compromesso morale, da recepire quanto prima in una o più norme, quali casi d'eccezione. Tale compromesso consisterebbe nell'accettare e nel legittimare senz'altro la donazione come possibile conseguenza post- eutanasia, ma anche e soprattutto, nei pazienti che esprimessero al

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Cfr. M. SHAPIRO, *Euthanasia by Organ Donation*, cit., in particolare 168 e ss.

⁵¹ Questo è un argomento molto dibattuto, non da oggi. In particolare, si discute riguardo alla attendibilità del c.d. "criterio di morte cerebrale totale", che negli anni scorsi, nel confronto internazionale tra studiosi, ha portato a considerare tale criterio il migliore attualmente a disposizione, non tanto in relazione alla certezza delle analisi strumentali acquisite, ma quale criterio prognostico di morte imminente. Sul punto, cfr. C.A. DEFANTI, *Soglie. Medicina e fine della vita*, Torino, 2007; cfr. anche L. FORNI, *Il trapianto di organi. Aspetti etici e giuridici*, cit., in particolare 340 e ss.

⁵² Scrive così Shapiro: «The fictions help us deal with the cognitive dissonance that results from the conflict between our moral beliefs and our behaviors. [...] But they are fictions nonetheless», M. SHAPIRO, *Euthanasia by Organ Donation*, cit., in particolare 171. Sulla questione, cfr. anche J.M. DUBOIS, E. ANDERSON, *Attitudes toward death criteria and organ donation among healthcare personnel and the general public*, in *Progress in Transplantation*, 16, 1, 2006, 65-73, in particolare 67-69.

⁵³ Cfr. F. MILLER, R. TRUOG, D. BROCK, *Moral Fictions and Medical Ethics*, in *Bioethics*, 24, 9, 453.

riguardo una esplicita e autentica volontà, la pratica dell'eutanasia mediante donazione. Questo consentirebbe di dare il massimo rispetto per i pazienti e di portare molti benefici alla società⁵⁴, recuperando organi e tessuti, le cui reperibilità e disponibilità permangono, purtroppo, drammaticamente scarse.

4.2. Argomenti contro la donazione post eutanasia e contro l'eutanasia mediante donazione

Nel dibattito che si è generato, si sono levate voci molto critiche⁵⁵, espresse soprattutto da coloro che, essendo del tutto contrari a qualunque ipotesi di eutanasia in generale, hanno a maggior ragione argomentato contro la possibilità di procedere a donazione di organi una volta praticata l'eutanasia, vale a dire una volta che il soggetto, potenziale donatore, sia stato dichiarato morto a seguito di trattamento eutanasi. Allo stesso modo, sono stati avanzati argomenti del tutto contrari in relazione al caso ipotizzato di introdurre forme di eutanasia mediante donazione.

I sostenitori della contrarietà assoluta di qualunque forma di eutanasia giudicano inammissibile anche la richiesta di considerare donatore il paziente ormai morto, a seguito di trattamento eutanasi. Sul punto, gli argomenti adottati non sono nuovi, poiché si dichiara che, ferma restando la illiceità morale e la necessaria illiceità giuridica di ogni forma di eutanasia o di aiuto medico a morire, l'ipotesi di donazione dopo eutanasia deve essere considerata con sfavore, perché ammetterla anche nei contesti in cui è normato l'aiuto medico a morire, contribuirebbe a legittimare posizioni morali non accettabili, ritenendo tale pratica fortemente lesiva della dignità personale⁵⁶.

Si ritiene, inoltre, che legittimare la donazione post eutanasia porterebbe ad ignorare un conflitto eticamente e giuridicamente importante: si sostiene, cioè, che l'équipe di trapiantologi avrebbe tutto l'interesse a promuovere e a legittimare tale procedura, senza fare troppe questioni, a fronte della grave e continua carenza di organi e che, d'altro canto, tale situazione potrebbe rappresentare una indebita pressione sul team medico che debba valutare la richiesta eutanasi avanzata da un paziente⁵⁷. In poche parole, si aprirebbe la strada ad una prassi controversa, perché, fuori dalla retorica affermazione che "con la morte di un paziente se ne possono salvare molti altri", è considerato con preoccupazione il fatto che le domande eutanasiche finirebbero con l'essere avallate senza adeguati vagli, clinici e critici, allo scopo di recuperare risorse preziose (organi, ed in particolare il cuore), in un contesto di generale e drammatica scarsità.

Infine, l'ipotesi specifica di eutanasia mediante donazione, pur con la giustificazione di dare attuazione ad una "buona morte", se dal punto di vista morale è considerata inaccettabile⁵⁸, dal punto di vista giuridico dovrebbe essere qualificata sempre come omicidio, e, sebbene virtualmente giustificata sulla

⁵⁴ Cfr. A. TAQI, *Euthanasia: is it really a bad idea?*, in *Anaesthesia, Pain and Intensive Care*, 16, 3, 2012, 226-229.

⁵⁵ Cfr. M. SOMMERVILLE, *Does It Matter How We Die? Ethical and Legal Issues Raised by Combining Euthanasia and Organ Transplantation*, cit.; cfr. anche ID., *Death Talk: The Case against Euthanasia and Physician-Assisted Suicide*, 2nd ed., Montreal, 2006; cfr. infine L. KASS, *The Wisdom of Repugnance: Why We Should Ban the Cloning of Humans*, in *Valparaiso University Law Review*, 2, 1998, 679-705.

⁵⁶ Cfr. M. SOMMERVILLE, *Does It Matter How We Die? Ethical and Legal Issues Raised by Combining Euthanasia and Organ Transplantation*, cit., in particolare 357 e ss.

⁵⁷ Cfr. G.S. LEE ET AL., *Imminent Death Donation: Beyond Ethical Analysis and into Practice*, in *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 46, 2, 2018, 538-540, <https://doi.org/10.1177/1073110518782962>.

⁵⁸ Cfr. M. SOMMERVILLE, *Death Talk: The Case against Euthanasia and Physician-Assisted Suicide*, cit.

base del rispetto della volontà del paziente e della possibilità di disporre di risorse altrimenti non reperibili, per salvare vite di potenziali riceventi, è considerata contraria ad ogni forma di dignità della persona e delle cure alla fine della vita⁵⁹, ed altresì è ritenuta espressione di una pratica clinica ripugnante⁶⁰ e disumana⁶¹.

4.3. Le criticità dell'eutanasia mediante donazione

Dopo aver dato conto delle ragioni a favore e contro l'ipotesi di introdurre nella pratica procedure di eutanasia mediante donazione, qualche ulteriore rilievo etico - giuridico può essere analiticamente considerato.

In effetti, pur ammettendo in linea di principio che, laddove sia già presente un sistema giuridico in cui vi sia un insieme di regole volte alla disciplina del trattamento eutanascico, non si incontrino particolari problemi nella messa in atto della donazione di organi, dopo la pratica dell'eutanasia, su un soggetto richiedente, vale a dire nel caso di donazione dopo eutanasia, diverso è il caso dell'eutanasia mediante donazione.

Una definizione oggi condivisa di eutanasia riguarda gli atti posti in essere intenzionalmente da un medico, per mettere fine alla vita di un soggetto, adulto e capace, che chieda in modo esplicito, reiterato, inequivoco, di essere aiutato a morire poiché si trova in una condizione di sofferenza psico-fisica derivante da una malattia inguaribile, condizione valutata dal paziente stesso non più esistenzialmente tollerabile⁶².

Tale definizione opera un'importante delimitazione concettuale, volta ad escludere altri atti, la cui messa in pratica non è assimilabile all'aiuto a morire di tipo strettamente eutanascico. Tra questi, possiamo ricordare, ad esempio, «l'eliminazione di soggetti malformati o con turbe psichiche, [...] o l'eliminazione di individui per ridurre i costi dell'assistenza sanitaria [...]»⁶³ o l'eliminazione a fini solidaristici, vale a dire atti con la finalità di sopprimere un soggetto per salvarne uno o più altri⁶⁴.

Se si ammettesse la legittimazione, nella prassi, di forme di eutanasia mediante donazione, si finirebbe col procurare la morte di un soggetto primariamente per la finalità solidaristica di ottenere i suoi organi, (e il cuore nello specifico), non diversamente disponibili, a vantaggio di altri pazienti, sebbene tale pratica possa essere realizzata a fronte di una richiesta donativa del soggetto stesso, che intenderebbe, comunque, morire attraverso un trattamento eutanascico.

Dare seguito ad una richiesta eutanascica, rispetto alla quale il paziente abbia manifestato altresì l'esplicita volontà di donare organi come il cuore, significa fare in modo che gli organi dovranno essere prelevati quando ancora sono vitali; a tali condizioni, si arriverebbe alla messa in atto di una procedura secondo la quale si otterrebbe il risultato proprio della pratica eutanascica (la morte del soggetto),

⁵⁹ Cfr. M. SOMERVILLE, *Does It Matter How We Die? Ethical and Legal Issues Raised by Combining Euthanasia and Organ Transplantation*, cit., 364 e ss.; cfr. anche H.M. CHOCHINOV, *Dignity Therapy: Final Words for Final Days*, New York, 2012.

⁶⁰ Cfr. L. KASS, *The Wisdom of Repugnance*, cit., in particolare 685 e ss., citato anche in M. SOMMERVILLE, *Does It Matter How We Die?*, cit., 363.

⁶¹ Cfr. M. SOMERVILLE, *Does It Matter How We Die?*, cit., 364.

⁶² Cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, seconda edizione, cit., 439 e ss.

⁶³ Cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit., in particolare 441.

⁶⁴ *Ibidem*.

mediante però un intervento chirurgico, la cui modalità consiste nel praticare un espianto degli organi da un soggetto non (o non ancora) cerebralmente morto, e che solo a seguito dell'espianto è dichiarato morto.

L'espressione "eutanasia mediante donazione" risulta pertanto inappropriata e fuorviante, perché gli atti posti in essere non sono direttamente volti a liberare dalla sofferenza psico-fisica il paziente, ma avrebbero la finalità concorrente – se non prioritaria – di ottenere organi e tessuti, procurando la morte del soggetto in prima battuta per questo scopo, e solo in seconda battuta per rispondere anche alla richiesta di aiuto a morire.

Riguardo alle possibili ricadute nelle prassi, inoltre, si possono individuare altri elementi di criticità. Rispetto al tema della donazione di organi a scopo di trapianto *ex mortuo*, il denominatore etico-giuridico comune riguarda la c.d. "regola del donatore morto". Questo significa che la donazione è possibile, solo una volta che sia stata dichiarata legalmente la morte del soggetto, o per arresto del sistema cardio-circolatorio, o a seguito di dichiarazione di morte cerebrale totale. Qualora, invece, si avallasse la pratica dell'eutanasia mediante donazione, si consentirebbe sì l'espianto di organi, ma da soggetto ancora vivente; di fatto, si andrebbe a infrangere la regola del donatore morto, con gravi ripercussioni. Si arriverebbe, infatti, a capovolgere un assunto fondante l'etica della donazione e dei trapianti, vale a dire che non è la pratica di espianto (e la connessa donazione di organi) a determinare la morte del soggetto, bensì è la condizione, di gravissimo trauma o di situazione clinica irreversibile che si è determinata, ad essere la causa della compromissione cerebrale totale, o della cessazione delle funzioni cardiache, che qualifica il soggetto come "morto". Si rischierebbe, pertanto, di creare enorme confusione a livello teorico, e di reintrodurre sia nei contesti assistenziali, sia nelle opinioni dei consociati, pregiudizi, paure e un atteggiamento di sfavore riguardo alla donazione e al trapianto di organi, con la grave conseguenza di minare il paradigma etico-giuridico dei trapianti, che ha da sempre affermato l'imprescindibilità della previa dichiarazione di morte del soggetto donatore come premessa di liceità per procedere ad espianto e a successivo trapianto.

5. Eutanasia e donazione di organi. Nuovi problemi a confronto con la realtà italiana. Osservazioni conclusive

È stato dato conto del fatto che in Canada e in Australia, ma soprattutto nei Paesi Bassi, si stanno profilando questioni etiche e bioetiche, legate a nuove situazioni di aiuto medico a morire, che stanno considerando con ambiti connessi eutanasia e donazione di organi. Il primo tema discusso è quello della donazione post eutanasia, a cui è seguita la trattazione della più problematica ipotesi dell'eutanasia mediante donazione. Sono state analizzate le argomentazioni etico-giuridiche di chi ritiene che tali pratiche debbano sempre essere considerate immorali e giuridicamente vietate e gli argomenti che, al contrario, inducono a prudenti, ma possibili, aperture, (quantomeno per la donazione post eutanasia), senza tralasciare alcuni critici rilievi, di principio e di fatto, che riguardano l'eutanasia mediante donazione.

Se dovessimo calare questi nuovi temi nel nostro contesto, tuttavia, potremmo domandarci quale incidenza effettiva possano avere, vale a dire dovremmo discutere se siano ipotesi che, oggi, ha senso proporre nel dibattito sull'aiuto medico a morire. Le questioni prospettate, nel nostro Paese, se

considerate tematiche da proporre all'attenzione dell'agenda politica, fuori dal dibattito accademico, possono apparire surreali o addirittura impensabili.

In Italia, infatti, la donazione di organi e l'eutanasia non sono considerati l'una come un profilo rilevante dell'altra, anche se condividono la caratteristica di essere, per ragioni del tutto differenti e con altrettante diverse argomentazioni, temi d'attualità, molto dibattuti.

Per quanto riguarda la donazione, ad esempio, possiamo ricordare che solo da poco (e a più di venti anni dall'entrata in vigore della legge n. 91/1999, *Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti*), col Decreto ministeriale n. 130 del 2019, è stata finalmente regolamentata la procedura del Sistema informativo trapianti (SIT)⁶⁵. Questo intervento ha la finalità di coordinare la raccolta delle volontà espresse a favore della donazione e di rendere più efficiente l'allocazione di organi e tessuti, in attuazione di quanto previsto dall'articolo 7, comma 2, della legge n. 91 del 1999. Nonostante lo sforzo attuativo messo in campo e nonostante ogni anno sia fissata e celebrata la giornata nazionale del dono⁶⁶, i dati relativi al numero di trapianti effettuati, rispetto ai tempi medi di attesa, non sono incoraggianti⁶⁷. La cultura italiana pare ancora fortemente segnata dal tabù della morte⁶⁸, tema oggetto di rimozione sociale, oltre che psicologica, che impedisce che di morte e del morire si possa parlare senza generare scongiuri e senza incutere o alimentare paure e timori. Manca ancora il radicamento della cultura della donazione e, a livello istituzionale, sebbene vi siano sforzi per sensibilizzare la popolazione sulla questione, non si sono prodotti apprezzabili risultati. Ne è un esempio la disposizione che consente, in sede di rilascio o di rinnovo della carta di identità⁶⁹ nel proprio comune di residenza, di esprimere la volontà riguardo alla donazione *ex mortuo*. Apparentemente, questa è una disciplina appropriata, volta a registrare e a condividere, tra le varie amministrazioni interessate, dati importanti riguardo alla volontà di soggetti adulti e capaci in relazione all'opzione della donazione. Va tuttavia segnalato che, il più delle volte, sia nelle grandi città, ma anche nei piccoli comuni, il

⁶⁵ Cfr. testo del Decreto n. 130/2019, Regolamento recante disciplina degli obiettivi, delle funzioni e della struttura del Sistema informativo trapianti (SIT) e del Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, consultabile all'indirizzo: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/11/13/19G00138/sg> (ultimo accesso 17/01/2020).

⁶⁶ Nel 2019 la Giornata Nazionale Donazioni e Trapianti di Organi e Tessuti è stata celebrata il 14 aprile.

⁶⁷ Mediamente, in Italia, si stima un periodo di attesa per ottenere un trapianto dei principali organi (cuore, polmoni, reni, fegato) non inferiore ai dodici mesi. Per una rassegna analitica delle stime e degli ultimi aggiornamenti riportati sul sito del Ministero della Salute, cfr. I risultati, 20 anni in numeri, documento consultabile all'indirizzo: <http://www.trapianti.salute.gov.it/trapianti/dettaglioContenutiCnt.jsp?lingua=italiano&area=cnt&menu=cittadini&id=252> (ultimo accesso 15/01/2020).

⁶⁸ Cfr. A. CAVICCHIA SCALAMONTI, *Sulla morte e sul morire*, in *Rassegna Italiana di Sociologia, Rivista trimestrale fondata da Camillo Pellizzi*, 3, 2018, 607-612, doi: 10.1423/91089.

⁶⁹ Questa nuova opportunità di espressione della dichiarazione di volontà è stata disciplinata in alcuni recenti interventi normativi: cfr. l'art. 3, comma 8-bis della Legge 26 febbraio 2010 n. 25. il successivo art. 43 del Decreto-Legge 21 giugno 2013 n. 69, così come modificato dalla Legge di Conversione 9 agosto 2013 n. 98. Sul punto, cfr. anche: <http://www.trapianti.salute.gov.it/trapianti/menuContenutoCnt.jsp?lingua=italiano&area=cnt&menu=operatori&sottomenu=comuni> (ultimo accesso 16/01/2020).

personale addetto alla raccolta di tale volontà (es. gli ufficiali di stato civile), non è adeguatamente preparato per tale compito⁷⁰ e non sono presenti prassi uniformi sul territorio nazionale⁷¹.

Se la realtà italiana è frammentata e disomogenea, riguardo al tema della donazione di organi, altrettanto articolata complessa è la discussione riguardo ad un intervento legislativo che consenta l'eutanasia, intervento che in molti auspicano sia introdotta al più presto nel nostro Paese.

Nel clima etico, bioetico e giuridico italiano riguardo ai temi di fine vita, si stanno compiendo significativi passi avanti affinché le sofferenze estreme di quegli individui, adulti e capaci, che versano in condizioni di non guaribilità e che giudicano esistenzialmente insostenibile la propria situazione, possano trovare adeguate soluzioni, normative e operative, nel rispetto del diritto all'autodeterminazione circa le cure e gli interventi sul corpo.

Risulta tuttavia altamente problematico intrecciare o associare il tema della donazione con quello dell'eutanasia. La prima è considerata, tanto nell'etica diffusa, quanto nei contesti di etica critica, una scelta altruistica, solidaristica, se non addirittura supererogatoria⁷². Viceversa, l'opzione eutanasi è considerata dai detrattori una scelta egoistica, espressione di valori biasimevoli, perché darebbero vita, attraverso ad un concetto deformante di autodeterminazione degli individui, a scelte contrarie al diritto alla vita e alla dignità delle persone⁷³, negando la vocazione solidaristica a cui ciascuno sarebbe

⁷⁰ Spesso si riscontrano lacune riguardo alle competenze specifiche (etico-giuridiche) per rispondere alle domande dei cittadini utenti, o non sono state acquisite abilità informativo – comunicative tali per cui la richiesta di indicare (o meno) sulla carta di identità la volontà, positiva o negativa, riguardo alla donazione, non sia percepita come inopportuna o “sorprendente” dall'utenza; mancano strumenti informativi appropriati, che consentano di arrivare in sede di rilascio o rinnovo del documento personale già con un'idea precisa, ben ponderata e maturata adeguatamente (es. quando si prende appuntamento per il rinnovo/rilascio della carta di identità, non sarebbe poi così difficile preparare e mettere a disposizione anche opuscoli o brochure informative, in cui si illustrano modalità e implicazioni dell'indicare la propria volontà di donare gli organi *ex mortuo*, rimandando, nel caso, a siti istituzionali di approfondimento, a numeri verdi da chiamare, a persone dell'amministrazione che possano rispondere a domande specifiche e fornire a voce eventuali necessari chiarimenti etc.).

⁷¹ A differenza della Spagna, primo paese europeo, attualmente, per numero di soggetti potenziali donatori, nel quale si sono messe in atto, dal 2008 ad oggi, campagne efficaci di informazione, divulgazione e sensibilizzazione in Italia vi sono ancora molti pregiudizi e ignoranza riguardo alla scelta della donazione di organi. La legge di riferimento, la legge n. 91/1999, *Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti*, è stata un primo, importantissimo passo verso una più incisiva politica a favore della donazione; tuttavia, senza adeguate strategie di informazione e di divulgazione, senza una rete di concrete e concertate azioni sul territorio, la scelta a favore della donazione rimane ancora una scelta residuale, che riguarda pochi soggetti e che incontra ostacoli, culturali, burocratici e applicativi che la depotenziano. Per i dati del contesto spagnolo, cfr. quanto riportato sul *Global Observatory on Donation and Transplantation*, rapporto consultabile al sito: <http://ont.es/Pages/home.aspx> (ultimo accesso 12/01/2020).

⁷² Cfr. L. FORNI, *Il corpo come risorsa? Donazione samaritana e mercato degli organi tra Carta di Nizza e Costituzione*, cit., in particolare 8.

⁷³ Altri argomenti sostenuti contro la possibilità di un intervento normativo a favore della scelta eutanasi hanno riguardato, ad esempio, l'asserita indisponibilità della vita, la volontà non autentica del malato a prognosi infuata e in condizioni di terminalità. Per un'analisi specifica delle ragioni addotte contro qualunque legislazione che depenalizzi l'eutanasia, cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra “moralì” e diritto*, cit., 443-456. Per la confutazione dei molti argomenti sostenuti contro ogni forma di intervento normativo riguardo ad una scelta eutanasi; cfr., tra gli altri, G. MANIACI, *Esercizi di confutazione su eutanasia e suicidio assistito*, in *Ragion pratica*, 1, 2013, 241-262.

chiamato, anche alla fine della propria vita⁷⁴. Si è affermato che una normazione pro-eutanasi aprirebbe a situazioni riconducibili all'argomento della c.d. "china scivolosa"⁷⁵. Si è ritenuto, ad esempio, che si finirebbe col considerare il medico un dispensatore di morte, che non si porrebbe adeguata attenzione alle cure palliative o che si arriverebbe alla soppressione di individui che non abbiano chiesto di morire, ma la cui morte rappresenterebbe un vantaggio o una utilità, per i familiari, per l'assistenza sanitaria e, in senso lato, per la società⁷⁶.

Le ragioni addotte appaiono deboli, se si prende in esame la ridefinizione di eutanasia utilizzata oggi nel dibattito e richiamata in questo saggio, perché non consente un allargamento a situazioni diverse da quelle in cui il soggetto richiedente versi in precise condizioni ed esprima una volontà autonoma e accertata di voler porre fine alla propria vita. Risulta inoltre un argomento retorico evocare l'immagine del medico che, anziché essere latore di cura e di vita, dispenderebbe morte e allontanerebbe l'attenzione istituzionale dall'erogazione appropriata di cure palliative. Nella medicina contemporanea il ruolo del medico non è solo quello di *serbare vitam*⁷⁷, ma è inteso anche, e sempre più, a *sanare dolorem*⁷⁸, certamente attraverso tutti i presidi necessari e la opportuna messa in atto di cure palliative, ma ci si deve confrontare con una realtà assistenziale e di cura in cui esistono pazienti che soffrono una condizione di c.d. "dolore totale"⁷⁹ e che, pur assistiti con le migliori terapie a disposizione, ritengono la propria situazione connotata da una malattia inguaribile non più esistenzialmente sostenibile. La contrarietà, sia sul piano morale, sia soprattutto su quello giuridico, alla normazione di interventi eutanasi, è stata criticamente affrontata e superata da persuasivi controargomenti⁸⁰; ciononostante, resta il problema di associare una scelta dolorosissima, come quella eutanasi, a quella pro-donazione.

Prendendo in considerazione l'ipotesi dell'introduzione della donazione post eutanasia, è opportuno fornire qualche precisazione conclusiva. Ammettendo che siano tracciati i confini e stabiliti criteri e limiti per la legittimità giuridica di una scelta eutanasi, adeguata attenzione dovrebbe essere posta sull'effettivo esercizio di scelte autonome, in riferimento a coloro che, volendo sottoporsi a pratica eutanasi, decidessero altresì di donare i propri organi, una volta deceduti. I soggetti che chiedono l'eutanasia, cioè, non devono essere forzati, ovviamente, ad optare, poi, per la donazione *post mortem*, e tale eventuale opzione non deve essere considerata elemento preferenziale, che favorisca l'accoglimento della richiesta eutanasi.

⁷⁴ Cfr., ad esempio, E. DE SEPTIS, F. D'AGOSTINO, *Eutanasia: tra bioetica e diritto*, Roma, 2008; cfr. L. EUSEBI, voce *Eutanasia*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, Napoli, 2012, 1002-1022; cfr. anche A.R. VITALE, *L'eutanasia come problema biogiuridico*, Milano, 2017.

⁷⁵ Sul punto, cfr. R.G. FREY, *Il timore della "china scivolosa"*, in G. DWORKIN (a cura di), *Eutanasia e suicidio assistito, pro e contro*, Torino, 2001; cfr. anche G. NUCCI, *Eutanasia e stato di necessità*, in *Journal of Modern Science*, 3, 2016, 57-80.

⁷⁶ Cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit., 450.

⁷⁷ Cfr. F. BACONE, *Della dignità e del progresso delle scienze (1605)*, trad. it. in ID., *Opere filosofiche* (a cura di F. DE MAS), Roma-Bari, II, 1965, 214.

⁷⁸ *Ibidem*, citato anche da P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit., 484.

⁷⁹ Sul trattamento in cure palliative di una condizione c.d. di "dolore totale" cfr. A. TURRIZIANI, *Relazione di cura ed autonomia relazionale. Come rispondere al dolore totale e alla sofferenza: il modello proposto dalle cure palliative*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3, 2016, 229-239.

⁸⁰ Cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit., 450 e ss.

Nei Paesi Bassi, ad esempio, la scelta della donazione di organi dopo il decesso, avanzata da un paziente che chieda l'eutanasia, dovrà risultare chiaramente nella documentazione clinica⁸¹, a seguito di alcuni colloqui, effettuati con équipe diverse, e dopo essere stato sottoposto ad un attento esame psicologico. Tale scelta comporta, necessariamente, che l'eutanasia sia praticata in una struttura sanitaria⁸², in cui si possa poi procedere anche a successivo espianto/trapianto degli organi. Inoltre, viene sottolineato che la scelta di donare gli organi non deve essere considerata una sorta di "elemento prioritario o facilitante" per chiedere e ottenere una prestazione eutanasi.

Ancora più problematico sarebbe discutere di una disciplina dell'aiuto medico a morire che prevedesse, al contempo, ipotesi di eutanasia mediante donazione. Anche ammettendo che in Italia si arrivi ad un impianto normativo volto alla depenalizzazione dell'eutanasia, la pratica dell'"eutanasia mediante donazione", oltre ai problemi di ordine concettuale e alle criticità di ordine fattuale poco sopra menzionate, sarebbe altresì giuridicamente inammissibile. Infatti, se si prende sul serio la definizione di eutanasia proposta, vale a dire un atto intenzionale posto in essere da un medico, a seguito di esplicita, reiterata, inequivoca richiesta di un paziente affetto da malattia inguaribile, per porre fine alla vita del paziente stesso, perché da lui vissuta con grave sofferenza psico-fisica e ritenuta esistenzialmente insostenibile⁸³, ciò che viene denominato "eutanasia mediante donazione" non sarebbe una vera e propria eutanasia, bensì configurerebbe una ipotesi di omicidio, anche se realizzato a scopo solidaristico, o a scopo di successivo trapianto.

In generale, se si volesse, sul serio, in Italia, promuovere la cultura della donazione, bisognerebbe, principalmente, favorire campagne di sensibilizzazione⁸⁴, portando attenzione al valore della solidarietà e alla consapevolezza di poter contribuire a migliorare l'allocatione di risorse preziose e scarse. Riguardo all'eutanasia, invece, bisognerebbe portare a compimento sforzi adeguati per una normativa equilibrata in relazione all'aiuto medico a morire.

Pensare tuttavia di proporre la scelta donativa come una conseguenza altruistica della scelta eutanasi non appare, al momento, argomento convincente o giustificabile, che possa incentivare la cultura della donazione e, al tempo stesso, che possa promuovere l'introduzione di norme *de iure condendo* sull'eutanasia.

Questo non significa che si debba rinunciare ad analisi critiche, tantomeno che alcune situazioni peculiari, come la donazione post eutanasia, possano essere oggetto di vaglio normativo in futuro, può darsi anche in un futuro non molto lontano⁸⁵, ma una simile trattazione, nel dibattito etico-giuridico odierno, risulterebbe prematura e controproducente.

⁸¹ Cfr. L.S. BAINES E R.M. JINDAL, *Organ Donation After Euthanasia*, cit., in particolare 1968-1971.

⁸² Pertanto, non potranno essere accolte le richieste di eutanasia da praticarsi a domicilio, se poi si intende donare gli organi. La procedura dei Paesi Bassi pone come condizione imprescindibile per la donazione post eutanasia che il paziente richiedente accetti il ricovero in una struttura sanitaria.

⁸³ Cfr., *supra*, paragrafo 4.3, *Le criticità dell'eutanasia mediante donazione*.

⁸⁴ Cfr. F. RUTA, M. LUSIGNANI, L. RIZZATO, *Consenso: analisi descrittiva di una campagna di sensibilizzazione sul tema della donazione degli organi*, in *Trapianti*, 23, 1, 2019, 9-14; cfr. anche G. CASTELNUOVO, R. MENICI, M. FEDI, *La donazione in Italia. Situazione e prospettive della donazione di sangue, organi, tessuti, cellule e midollo osseo*, Milano, 2011; cfr., infine, M. ARAMINI, S. DI NAUTA, *Etica dei trapianti di organi. Per una cultura della donazione*, Milano, 1998.

⁸⁵ Del resto, sono qualche anno fa sembrava impensabile riuscire ad ottenere regole come quelle contenute nella legge n 219/2017, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*. Appariva

In conclusione, i temi della donazione di organi e dell'eutanasia presentano elementi di grande interesse, ma se si dovessero proiettare nella realtà politico-istituzionale italiana le questioni che stanno animando il confronto in Australia, Canada, Olanda e Belgio, si rischierebbe di inficiare i risultati ottenuti riguardo alla cultura della donazione e di condurre il dibattito sull'eutanasia in un vicolo cieco, vanificando gli apprezzabili risultati, faticosamente raggiunti⁸⁶.

altresì irrealistico ipotizzare che la Corte costituzionale potesse definire la cornice giuridica di ammissibilità (e che tracciasse le linee per un auspicato, futuro intervento del legislatore), dei casi di aiuto al suicidio di soggetti affetti da patologia inguaribile.

⁸⁶ Cfr. C. TRIPODINA, *Diritti alla fine della vita e costituzione*, cit., in particolare 416 e ss.

Introduzione al Forum: Le dimensioni della normatività. A proposito delle recenti pronunce della Corte costituzionale sul suicidio medicalmente assistito

Monica Toraldo di Francia*

All'inizio di settembre del 2019, la Sezione Toscana dell'Istituto Italiano di Bioetica, col patrocinio della Società della Ragione, ha organizzato a Firenze un seminario dal titolo *Riflessioni sulle dimensioni della normatività: etica, deontologia e diritto*. Il seminario – che ha preso spunto dal dibattito sul rapporto tra codice deontologico e norma giuridica, suscitato dalle posizioni espresse dalla FNOMCeO (Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici e degli Odontoiatri) in merito all'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale sul caso Cappato e sull'aiuto al suicidio medicalmente assistito – ha voluto offrire uno spazio di approfondimento, da differenti prospettive disciplinari, della connessione e dei possibili conflitti fra i differenti piani normativi. Due sono state le relazioni che hanno fatto da punto di riferimento per gli interventi della tavola rotonda in merito alle prospettive aperte dall'ordinanza della Consulta. Sia le relazioni che gli interventi, nella revisione in vista della pubblicazione, hanno tenuto conto anche della successiva sentenza della Corte (n. 242 del 2019) e, quando del caso, dell'integrazione del codice deontologico della FNOMCeO, che mitiga la posizione precedentemente espressa, riconoscendo la non punibilità disciplinare, da parte dell'Ordine (ma solo “*dopo attenta valutazione del singolo caso*”), del medico che liberamente scegliesse di agevolare il suicidio alle condizioni delineate dalla Consulta.

Entrando più nel merito, la prima relazione, *Dimensioni della normatività*, è finalizzata a impostare, da una prospettiva teorico-filosofica, i termini del possibile dissidio fra sfere normative della morale, del diritto e della deontologia, ognuna delle quali dà ragioni in grado di giustificare ciò che un agente fa, o sceglie di fare. Filippo Magni, dopo aver passato in rassegna le varie tipologie del conflitto pratico di rilevanza bioetica, evidenzia l'importanza del dissidio che può manifestarsi, anche all'interno di uno stesso ambito normativo, tra soggetti diversi che danno valutazioni differenti di un medesimo comportamento. È proprio quest'ultimo caso di disaccordo a diventare oggetto di una particolare attenzione in molti interventi del seminario, con riguardo alla cosiddetta “dottrina delle azioni e omissioni”, per il peso che tale dottrina continua ad avere nella valutazione delle controverse questioni di fine vita. Uno dei grandi problemi della riflessione normativa, che investe direttamente il tema dell'attribuzione di responsabilità, è infatti inerente alla domanda se “azioni” ed “omissioni” debbano o meno essere valutate nello stesso modo: a seconda che si abbracci la tesi della non equivalenza, oppure dell'equivalenza si avranno concezioni diverse della responsabilità morale e giuridica, che nel primo caso verrà a coincidere con la responsabilità causale diretta, mentre nel secondo verrà a dipendere da altri fattori, in genere, ma non sempre, dalle conseguenze dell'azione o omissione.

* *Filosofa politica, già Professore aggregato di Bioetica, Università di Firenze e già docente di Bioethics, Stanford University. Componente del Comitato Nazionale per la Bioetica. Mail: monica.toraldo@unifi.it.*

La seconda relazione, *Riflessioni sulle dimensioni della normatività nell'aiuto medico a morire: deontologia medica e diritto in prospettiva comparata*, prende invece le mosse, come dice il titolo stesso, da una prospettiva di diritto comparato. Elisabetta Pulice introduce il tema dei possibili conflitti fra dimensione giuridica e dimensione deontologica, ponendosi la domanda di quale possa (o debba) essere il ruolo della deontologia medica nella regolamentazione di questioni eticamente, professionalmente e giuridicamente sensibili. Dopo un'ampia disamina dei percorsi e dei modelli che hanno portato i codici deontologici di vari ordinamenti europei ad assumere natura di fonti giuridiche, Pulice conclude il suo contributo con alcune considerazioni sul ruolo e sui limiti formali e sostanziali del CDM italiano, evidenziando come l'assenza di un modello di rapporti tra diritto e deontologia che definisca compiutamente reciproci ruoli e sfere di competenza abbia pesato sull'incertezza del dibattito in materia. Tema questo poi ripreso dall'intervento di Serena Stacca, *Ancora sui rapporti tra norme dello stato e norme deontologiche: il caso del suicidio assistito*, che esamina i passaggi rilevanti del sopracitato parere della FNOMCeO per poi interrogarsi vuoi sulla sorte di una norma deontologica che entri in contrasto con una disposizione di legge, vuoi sulle modalità più idonee alla convivenza tra ordinamento generale e CDM e, segnatamente, sulla funzione del CDM di tutela dell'interesse pubblico alla salute individuale e collettiva.

Anche Antonio Panti, già Presidente dell'Ordine dei Medici di Firenze, sottolinea come il quadro dei rapporti fra deontologia e diritto manchi di chiarezza, per poi concludere con l'auspicio che, comunque, il rispetto della coscienza del medico, così importante per il CDM, non sia a senso unico, vale a dire che anche nel caso il medico scegliesse di aiutare il paziente competente a porre fine alla propria esistenza, alle condizioni previste dalla Consulta, la sua condotta non dovrebbe essere sanzionata disciplinarmente.

Venendo agli altri interventi della tavola rotonda, Matteo Galletti commenta il dettato della Corte, da una prospettiva di filosofia morale, riprendendo il tema dell'equivalenza/non equivalenza, morale e giuridica, fra "atti" e "omissioni". Nel suo contributo, *Recenti pronunce della Corte costituzionale sul suicidio medicalmente assistito*, Galletti, tuttavia, ritiene più corretto, rispetto al contesto dell'ordinanza e della sentenza, considerare come coppia rilevante per la discussione la distinzione fra "lasciare morire/uccidere", piuttosto che quella più generica fra "omissioni/atti". La sua tesi, ampiamente argomentata, è che proprio il peculiare modo con cui la Corte stabilisce una circoscritta simmetria valutativa tra lasciare morire e agevolare la morte condiziona la portata del riconoscimento di una non-punibilità dell'aiuto al suicidio, limitando fortemente la casistica dei pazienti a cui potrebbe esser permesso il ricorso a tale scelta estrema; con ciò lasciando sullo sfondo la declinazione, a tratti emergente anche nei due testi della Consulta, che collega la libertà individuale all'esigenza del paziente di morire secondo la propria idea di dignità personale.

Sul tema della simmetria fra "rifiuto di cure salvavita" e "suicidio assistito", torna anche Antonio Vallini nella sua analisi delle due pronunce, condotta, in questo caso, sotto il profilo del diritto penale. L'intento dell'intervento di Vallini è di avanzare un'originale proposta ermeneutica della lettura offerta dalla Corte dell'art. 580 c.p., che lo porta a chiedersi se non sia possibile individuare, dietro la problematicità di quella simmetria e ai risultati di "dubbia coerenza" cui conduce, un messaggio più alto che la Consulta ci comunica fra le righe: nei luoghi esistenziali estremi, in situazioni drammatiche come quella vissuta da Fabiano Antoniani e Marco Cappato, il diritto che deve regolamentare e garanti-



re non dovrebbe essere il diritto penale, bensì un diritto più duttile, capace di svilupparsi proceduralmente così da aderire alla peculiare situazione clinica e al vissuto di sofferenza del paziente concreto, a cui bisognerebbe sempre saper dare voce.

Il tema della continuità/discontinuità fra interruzione di trattamenti salvavita non voluti e suicidio medicalmente assistito è centrale anche nel contributo di Grazia Zuffa, *Paziente e medico, la relazione come incontro di soggettività*, ma con un ribaltamento dell'ottica con cui nel dibattito pubblico viene solitamente affrontata la questione del rapporto medico-paziente. A suo parere la tanto decantata alleanza terapeutica non può basarsi «sul rispetto degli specifici ruoli e sul riconoscimento dei rispettivi diritti», come si legge nel documento della FNOMCeO, ma deve piuttosto costruirsi ampliando la visuale alla soggettività del paziente, al suo vissuto, al sapere esistenziale su di sé che necessariamente precede il momento dell'autodeterminazione. Si dovrebbe, cioè, uscire dal chiuso del linguaggio dei diritti contrapposti per ridare un senso più umano e profondo alla centralità di questa peculiare relazione asimmetrica, di “cura e fiducia”, come recita il testo dell'ordinanza della Corte, recuperando la dimensione empatica del rapporto e riconoscendo il morire come parte della vita.

Il punto di vista del diritto costituzionale è rappresentato invece dall'intervento di Paolo Caretti – *La Corte costituzionale chiude il caso Cappato ma sottolinea ancora una volta l'esigenza di un intervento legislativo in materia di “fine vita”* – che ricostruisce le tappe della vicenda a partire dall'ordinanza della Corte di Assise di Milano. Di seguito Caretti, dopo aver delucidato le ragioni del dispositivo inedito adottato dalla Corte con l'ordinanza n. 207 del 2018, che rinvia ad altra udienza la decisione della questione, tratta il tema dei vuoti di disciplina dovuti all'inerzia del legislatore; vuoti che la Consulta, nella sentenza n. 242 del 2019, si prefigge di colmare, seppure parzialmente, mediante un'interpretazione sistematica dei dati normativi a disposizione e in particolare di quanto stabilito dalla legge n. 219 del 2017 “*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*”, ribadendo pertanto la propria concezione continuistica del rapporto fra rifiuto di cure salva vita, in condizioni estreme, e suicidio medicalmente assistito.

Infine Nicoletta Vettori, *Suicidio assistito e amministrazione sanitaria note a prima lettura sulle prospettive aperte dalla Corte costituzionale*, ritorna sul tema, già puntualizzato da Caretti, dell'importanza del ruolo affidato dalla Corte al SSN, alla cui struttura è rimessa la verifica delle condizioni per procedere legalmente al suicidio medicalmente assistito e il compito di fissarne le modalità di esecuzione, nel rispetto della dignità del paziente. Vettori mette in evidenza come la “doppia pronuncia” della Corte sia densa di implicazioni per l'amministrazione, poiché se da un lato in esse trova autorevole conferma il ruolo essenziale che svolge la dimensione organizzativa per la regolazione delle pratiche mediche eticamente sensibili e per l'effettiva garanzia dei diritti fondamentali coinvolti, dall'altro, specie dalla sentenza, si evince il riconoscimento dell'esistenza di un'amministrazione dei servizi biomedici quale sistema che già dispone di poteri e di strumenti adeguati a rispondere ai bisogni di tutela emergenti dalla società.

Dimensioni della normatività

Sergio Filippo Magni*

DIMENSIONS OF NORMATIVITY

ABSTRACT: This article deals with the normative dimensions of law and morals in the case of practical conflicts (dilemmas and disagreements) in the fields of bioethics and medical deontology. A special attention is paid to the evaluation of the “act and omission doctrine”, as a fundamental framework in the causally based conception of responsibility. An alternative, consequence-based, conception of responsibility will be defended as a part of a consequentialist approach to the problems of ethics.

KEYWORDS: Morals; law; bioethics; responsibility; consequentialism

SOMMARIO: 1. Sfere normative – 2. Deontologie – 3. Conflitti pratici – 4. Azioni e omissioni – 5. Il modello consequenziale

1. Sfere normative

Come è noto¹, la bioetica è nata a seguito dell’ingente sviluppo delle tecniche di cura e di intervento sulla vita umana. Ciò ha comportato un notevole progresso medico e terapeutico, ma ha anche messo in luce una serie di problemi morali e giuridici urgenti e spesso inediti, solo in parte affrontati dalla deontologia medica, interessata principalmente alle questioni connesse all’esercizio tradizionale della professione medica. Questioni quali la giustificazione della fecondazione assistita, dell’ingegneria genetica umana, del suicidio assistito e di forme di eutanasia, sono diventate argomento di discussione della opinione pubblica delle società democratiche, e la bioetica ha oltrepassato i confini più ristretti dell’etica medica, rivolta prevalentemente ai medici e al loro rapporto con i pazienti.

Ambito morale, ambito giuridico e deontologia professionale rappresentano tre sfere normative in grado di dare ragioni giustificanti nell’esercizio della cura e della professione medica, ma anche nella discussione pubblica che affronta le questioni bioetiche più generali.

Una sfera normativa dà ragioni in grado di giustificare ciò che un agente fa o sceglie di fare. Nelle società avanzate, il diritto e la morale rappresentano le due principali dimensioni normative, intendendo il termine “diritto” nel senso oggettivo di legge o legislazione (in inglese *law*), anziché nel senso in cui si parla di diritti soggettivi (in inglese *rights*). E la questione che si apre è quella del rapporto tra il diritto e la morale e del rapporto tra di esse e le varie deontologie professionali, in particolare, quella medica.

* *Docente di Bioetica e Storia delle dottrine morali, Dipartimento di Studi Umanistici, Università di Pavia. Mail: filippo.magni@unipv.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

¹ Il testo trae spunto dall’intervento presentato al convegno “Riflessioni sulle dimensioni della normatività: etica, deontologia e diritto”, Firenze 11 settembre 2019.

Morale e diritto hanno diversi elementi in comune: entrambi hanno a che fare con obblighi o doveri, i quali rimandano a loro volta a prescrizioni contenute in norme scritte o consuetudinarie (sebbene possano esistere anche prescrizioni senza obblighi, ad es. le istruzioni per il funzionamento di un oggetto); e rimandando a obblighi, entrambi rimandano, qualora questi obblighi non siano rispettati, a delle sanzioni (il biasimo morale, la pena giuridica e così via). Entrambe poi rimandano a *diritti* (nel senso di *rights*): diritti morali e diritti giuridici.

Secondo una definizione standard, un diritto è caratterizzabile come una relazione normativa fra almeno due soggetti, relazione che attribuisce ad uno dei due soggetti una pretesa (o un titolo) e all'altro soggetto un obbligo di rispettare tale pretesa (o tale titolo)². La nozione di diritto (*right*) è quindi in stretta correlazione con la nozione di obbligo: un diritto rimanda, analiticamente, a un obbligo.

Non vi è accordo, invece, sul fatto se valga anche l'inverso: che ogni obbligo rimandi sempre a un diritto. Chi lo sostiene afferma la cosiddetta tesi della correlatività tra diritto e obbligo e fa coincidere la sfera dell'obbligo con la sfera della giustizia (per definizione: dare a chi ha *diritto*), concependo ogni obbligo come un obbligo "perfetto". Chi lo nega sostiene, invece, che ci siano obblighi, sia giuridici sia morali, che non implicano correlativi diritti, ad esempio obblighi di beneficenza (come distinti da obblighi di giustizia), che non rimandano a un diritto di una qualche soggetto preciso, i cosiddetti obblighi "imperfetti"; oppure obblighi verso soggetti che non sembrano poter avere diritti, ad esempio obblighi verso opere d'arte o verso l'ambiente: è la cosiddetta tesi della non-correlatività tra diritto e obbligo³. Nonostante questi elementi in comune, morale e diritto possono tuttavia essere considerate sfere normative distinte: avere un obbligo morale non sempre comporta avere un obbligo giuridico e viceversa, così come avere un diritto morale (nel senso di *right*) non sempre comporta avere un diritto giuridico e viceversa; allo stesso modo, una sanzione morale (il biasimo, il rimprovero) non implica una sanzione giuridica (una multa, una pena) e ovviamente viceversa.

Tuttavia, l'individuazione di un criterio preciso e condiviso di distinzione fra le due sfere è un problema aperto, su cui non si registra ancora un consenso unanime⁴. Così, c'è chi ha rifiutato la distinzione stessa, riportando anche il diritto all'interno della sfera morale (una morale in grado di risolvere i conflitti perché oggettiva e universale: Ronald Dworkin), e chi ha sottolineato che, nonostante la distinzione, alla morale spetti comunque la preponderanza in caso di conflitto pratico col diritto (essendo per definizione la morale *overriding* rispetto alle altre sfere normative: Richard Marvin Hare), tanto per citare due tra le posizioni più provocatorie, e ottimistiche⁵.

2. Deontologie

Sia il diritto sia la morale, si potrebbe del resto replicare a queste semplificazioni, fanno parte di una più ampia dimensione normativo-valutativa, e possono essere concepite come due sottoinsiemi distinti, ma in parte sovrappontesi, di questo insieme più generale. Un insieme, del resto, più ampio

² W.N. HOHFELD, *Concetti giuridici fondamentali*, Torino, 1969.

³ Cfr. J.S. MILL, *L'utilitarismo*, Milano, 1991, 92 ss., e T. REGAN (a cura di), *Diritti animali, Obblighi umani*, Torino, 1987, 21 ss.

⁴ Cfr. L. FONNESU, *Dovere*, Firenze, 1998, pp. 48 ss.

⁵ Cfr. R.M., HARE, *Moral Thinking*, 1981; trad. it., *Il pensiero morale. Livelli, metodi, scopi*. Bologna, 1989; R. DWORKIN, *Objectivity and Truth: You'd Better Believe it*, in *Philosophy and Public Affairs*, 25, 1996, 87-139.

della stessa sommatoria di diritto e morale, e in grado di recepire al proprio interno anche gli altri ambiti collegati alla dimensione normativa e valutativa umana: l'etichetta, il costume, la politica, l'estetica, il gioco. L'insieme, cioè, della sfera normativo-valutativa collegata alla molteplicità delle *pratiche* umane (cioè delle varie attività cooperative che si definiscono intorno a fini e a regole per conseguirli). All'interno di questa generale sfera normativo-valutativa, e anzi al confine tra la morale e il diritto, rientrano le varie deontologie professionali, che regolano l'attività in ambiti circoscritti, come appunto la deontologia medica nel rapporto medico-paziente.

Sia all'interno della sfera morale sia all'interno della sfera giuridica, del resto, la dimensione deontica, che rimanda ai doveri e alle norme, è quella solitamente considerata come fondamentale: è dalle norme che seguono le valutazioni e non viceversa. Secondo questa tesi, il dovere ha priorità sul bene: le norme «rendono sensate le valutazioni dei nostri comportamenti e dei comportamenti altrui. È in virtù della norma “le promesse vanno mantenute” che acquista senso dire “è bene mantenere le promesse” [...]. L'esistenza delle norme è cioè una condizione necessaria per formulare giudizi ben formati intorno alla bontà, correttezza, adeguatezza, legalità, giustezza di un comportamento umano. [...] Nel caso tale norma non vi fosse, la condotta corrispondente non potrebbe dirsi né buona né cattiva, né corretta né scorretta, né adeguata né inadeguata, né legale né illegale, né giusta né ingiusta»⁶. La priorità della norma comporta l'esigenza di un rigoroso rispetto di essa e una sua assolutezza, che non può essere ridotta rifacendosi ad altre dimensioni normative, ma solo ad eventuali altre norme in conflitto (e che dunque sono valide solo *prima facie*) o ad una differente interpretazione della lettera della norma, interpretazione soggetta, come ogni prassi ermeneutica, al variare della cultura e della società. La priorità della dimensione deontica è un assunto però, almeno per la morale, tutt'altro che ovvio e tutt'altro che pacifico, ma anzi avversato da una buona metà delle teorie morali normative, per le quali l'assiologia precede la deontologia: prima ci sarebbero cioè i valori e i fini, e solo dopo le norme e i connessi obblighi e doveri. Questo rimando fondamentale ai valori consente di ridurre l'assolutezza della dimensione deontica e apre alla revisione storica e culturale delle norme. La deontologia e la codificazione normativa rappresentano un mezzo con il quale garantire la tutela di certi valori, mezzo di per sé soggetto a variazioni e trasformazioni in relazione al contesto storico e culturale. È l'aspetto fondamentale che caratterizza le teorie consequenzialistiche rispetto a quelle deontologiche; vi si tornerà più avanti.

3. Conflitti pratici

Morale, diritto e deontologie professionali sono sfere normative che possono essere dotate di ragioni giustificanti valide, ma anche, talvolta, in conflitto. Il conflitto pratico può essere inteso innanzitutto come conflitto tra sfere normative differenti, che danno all'agente ragioni in grado di giustificare ciò che un agente fa o sceglie di fare, in contrasto l'una con l'altra. Ad esempio: «accade che il diritto esiga un certo comportamento, o neghi una certa opportunità, ma questo appaia immorale, ingiusto, inaccettabile ai suoi destinatari perché in conflitto con le ragioni ultime che giustificano le loro azioni. In queste situazioni, il diritto diventa immorale»⁷. I casi della bioetica sono a questo riguardo illuminanti:

⁶ D. CANALE, *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Roma-Bari, 2018, 6.

⁷ *Ivi*, IX.

un'interpretazione prevalente della deontologia medica, o il richiamo a convinzioni morali private, ad esempio possono consentire al medico di non dare applicazione a una legge dello Stato (come è il caso dell'obiezione di coscienza in relazione all'aborto), o viceversa una differente interpretazione della deontologia medica, o il mutarsi delle convinzioni morali di una società, può consentire alla legge dello Stato di modificarsi in senso progressivo (come è il caso delle recenti posizioni espresse dalla Federazione nazionale dell'ordine dei medici chirurghi e odontoiatri in merito alle ordinanze della Corte costituzionale sui casi di assistenza al suicidio e alle proposte di legge sulle scelte di fine vita).

Ma il conflitto pratico può essere inteso anche come conflitto all'interno della stessa sfera normativa (della morale, del diritto, delle deontologie professionali), data la presenza di requisiti normativi in contrasto: principi morali che possono richiedere azioni diverse, disposizioni giuridiche contraddittorie, ecc. Anche in questo caso la bioetica può essere illuminante: il principio di beneficenza è spesso in contrasto col principio di autonomia, il rispetto della scelta del paziente (alla base del requisito del consenso informato) è spesso in contrasto col dovere del medico di fare il bene del paziente (alla base del paternalismo medico).

Il conflitto pratico, inoltre, ha diversi aspetti e tipologie. Esso può essere inteso come uno scontro interno al soggetto agente, che si trova scisso tra obblighi diversi, i quali in una data situazione si trovano a confliggere; è ciò che viene detto *dilemma* pratico, il dilemma di un soggetto che deve scegliere tra il seguire ragioni morali o il seguire ragioni giuridiche, o tra quali ragioni morali o quali ragioni giuridiche seguire: la «situazione nella quale due o più norme, incompatibili tra loro, esprimono la pretesa di guidare il comportamento del medesimo destinatario»⁸. Un dilemma *asimmetrico*, che sorge dall'applicazione nella medesima situazione di due norme contrastanti. Ma si può trattare anche di un dilemma *simmetrico*, che sorge dalla difficile applicazione di una stessa norma che può richiedere azioni in contrasto l'una con l'altra.

I dilemmi sono considerati apparenti o genuini a seconda del fatto che siano o meno possibili strade di risoluzione. Ma è risolvibile un dilemma pratico? Esistono, cioè, dilemmi pratici genuini? La risposta sembra dipendere dagli orizzonti normativi fondamentali consapevolmente assunti: è relativamente ad essi che un dilemma può esser giudicato in linea di principio risolvibile (ad esempio secondo le forme di consequenzialismo che ritengono possibile il calcolo della quantità di bene o male prodotta) o irrisolvibile (ad esempio secondo le forme di deontologismo che ammettono doveri in conflitto non ordinabili gerarchicamente).

Ma il conflitto pratico può essere inteso anche come uno scontro tra soggetti diversi, i quali danno valutazioni diverse della stessa cosa (di una stessa azione, di una stessa persona, di uno stesso stato del mondo, ecc.): è ciò che viene detto *disaccordo* pratico. Il disaccordo può riguardare non solo gli appartenenti a contesti sociali e culturali differenti (il liberale e il cannibale, l'occidentale e il talebano), ma anche gli appartenenti al medesimo contesto sociale e culturale. I casi della bioetica possono anzi essere visti come esempi manifesti di disaccordi di carattere intra-culturale: nei nostri stessi contesti sociali ci sono differenti valutazioni dell'aborto, dell'eutanasia, del matrimonio omosessuale, della pena di morte.

Come il dilemma, anche il disaccordo pratico può essere apparente o genuino a seconda del fatto che siano o meno possibili strade di risoluzione razionale. Un disaccordo apparente è un disaccordo

⁸ *Ivi*, 37.

razionalmente risolvibile; il disaccordo genuino è invece un disaccordo razionalmente non risolvibile. Sono stati individuati tre requisiti per il darsi di disaccordi genuini: «1) Che comportino attitudini genuinamente incompatibili (*contraddizione*); 2) che non sia necessario che qualcuno sia in errore o in difetto (*assenza di difetto*); 3) che le parti antagoniste possano, in maniera perfettamente razionale, rimanere nelle loro proprie rispettive concezioni anche dopo che il disaccordo venga alla luce e si imponga come intrattabile (*sostenibilità*)»⁹. Se nel caso di disaccordo apparente vi è un qualche errore cognitivo che può essere eliminato, nel caso di disaccordo genuino invece non vi è un errore di questo tipo: un disaccordo genuino non è dovuto a un difetto cognitivo di una delle due parti (*faultless disagreement*).

I disaccordi pratici più interessanti sono quelli che avvengono entro la stessa sfera normativo-valutativa, entro la morale o entro il diritto (disaccordo morale o disaccordo giuridico), mentre il tema del disaccordo pratico perde di rilevanza se viene esteso fino a comprendere il contrasto tra una valutazione giuridica sostenuta da un agente e una valutazione morale sostenuta da un altro agente. Un conflitto pratico anche questo, ma che andrebbe tenuto distinto dal disaccordo vero e proprio.

Infine, diversamente dal dilemma, la risoluzione di un disaccordo pratico fondamentale non può trovarsi nella riflessione normativa, poiché è escluso di principio che possa riscontrarsi un comune terreno normativo su cui convergere (non vi sarebbe altrimenti un disaccordo fondamentale), ma passa direttamente per considerazioni extra-normative e metaetiche. In questo caso la riflessione normativa non appare determinante, e assume tutta la sua centralità la dimensione meta-normativa; è un tema che si può solo accennare¹⁰.

4. Azioni e omissioni

Un caso interessante di disaccordo pratico è quello riguardante la cosiddetta “dottrina delle azioni e omissioni”, che tanto peso continua ad avere nella comune valutazione normativa (morale e giuridica) e nella deontologia professionale medica e infermieristica, ad esempio in relazione alle questioni concernenti la fine della vita umana: il suicidio assistito, l’interruzione di trattamenti non terapeutici, l’eutanasia. Una dottrina però avversata da una parte rilevante del dibattito.

Quando si parla di “azione” si intende comunemente la *commissione di azione*, cioè l’agire o il fare; quando si parla di omissione si intende comunemente la *omissione di azione*, cioè il non-agire o l’astenersi dal fare. L’azione in senso proprio è dunque l’oggetto di entrambe (*commissione* e *omissione*). La dottrina delle azioni e omissioni «afferma che, in certi contesti, l’astenersi dal fare un’azione, con certe prevedibili conseguenze cattive che derivano dall’astensione, è moralmente meno sbagliato del fare un’azione differente che ha le stesse identiche conseguenze. È peggio uccidere qualcuno che lasciarlo morire»¹¹.

⁹ C. WRIGHT, *Intuitionism, Realism, Relativism and Rhubarb*, in P. GREENOUGH, M.P. LYNCH (eds.), *Truth and Realism*, Oxford, 2006, 24.

¹⁰ Per un approfondimento mi permetto di rinviare a S.F. MAGNI, *La bioetica empirica, il disaccordo morale e il rapporto fatti-valori*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 1, 2018, 83 ss.

¹¹ J. GLOVER, *Causing Death and Saving Life*, Harmondsworth, 1977, 92.

Uno dei grandi problemi della riflessione normativa è se azioni e omissioni debbano essere valutate nello stesso modo, oppure se tra di esse ci debba essere una differenza di valutazione normativa (morale ma anche giuridica). È questo un tema centrale, che riguarda la discussione su quale sia l'*oggetto* delle attribuzioni di responsabilità: se si sia responsabili solo delle azioni compiute o da compiere o anche delle omissioni delle azioni, o, più limitatamente, se ci sia una differenza nell'attribuzione di responsabilità verso le azioni e verso le omissioni: più responsabili verso le azioni, meno responsabili verso le omissioni.

Secondo la dottrina delle azioni e omissioni una differenza c'è: la responsabilità verso le azioni è considerata maggiore rispetto a quella verso le omissioni. Ciò implica la cosiddetta "*tesi della non-equivalenza di valutazione*" tra azione e omissione. Tesi che riguarda non solo il caso di commissione e omissione della *stessa azione*, ad esempio la commissione o l'omissione dell'azione di "uccidere qualcuno" (come il premere o non premere il grilletto, il mettere o il non mettere del veleno nel caffè); ma anche casi di commissione e omissione di *azioni diverse*, ad esempio la commissione dell'azione di "uccidere qualcuno", e l'omissione dell'azione di "prestare soccorso", il lasciarlo morire: in bioetica, la somministrazione di una iniezione letale (la cosiddetta eutanasia attiva) e l'astensione dalla somministrazione di trattamenti di sostegno vitale (la cosiddetta eutanasia passiva). Non riguarda cioè solo il *fare a* o il *non-fare a*, ma anche il *fare a* e il *non-fare b*.

La premessa implicita nella tesi della non-equivalenza è che la responsabilità pratica (morale o giuridica) è strettamente connessa con la responsabilità causale diretta: essere responsabili di qualcosa equivale a essere causa di quel qualcosa, in quanto condizione sufficiente alla sua realizzazione, secondo la cosiddetta concezione della responsabilità su base causale (*causally based responsibility*), la quale fa dipendere l'attribuzione della responsabilità da un requisito empirico: l'essere causa di un effetto. Requisito fondamentale dell'attribuzione di responsabilità è, in questo senso, l'essere causa del risultato: la commissione di un'azione produce il risultato, rappresentando il fattore causale sufficiente alla sua realizzazione; l'omissione di azione lascia invece inalterate le connessioni causali esistenti, e non muta lo stato del mondo. Per questa ragione la commissione e l'omissione di azione debbono essere valutate diversamente; per questa ragione che la commissione appare più grave della omissione. In questo senso, l'uccidere è più grave di lasciar morire, l'eutanasia attiva più grave della eutanasia passiva: in un caso si interviene attivamente per modificare gli eventi, nell'altro si lascia che gli eventi facciano il loro corso.

Il rifiuto della dottrina dell'azione e dell'omissione comporta invece la *tesi della equivalenza di valutazione*. Essa sostiene che, a parità di condizioni, azione e omissione debbano essere valutate nello stesso modo: ciò che è rilevante non è il fatto di commettere e di omettere un'azione, ma che vengano soddisfatti altri requisiti fondamentali da cui dipende la valutazione morale. Se non ci sono differenze per quanto riguarda: il risultato realizzato, l'intenzione-proposito che ha guidato la commissione o l'omissione dell'azione, la motivazione che ha spinto ad agire o non agire, e gli effetti collaterali causati, azione e omissione debbono essere valutate in modo equivalente. Una volta rispettati questi requisiti, l'uccidere deve essere valutato come il lasciar morire, l'eutanasia attiva come quella passiva: in questi casi il *fare a* e il *non-fare b* si equivalgono.

La premessa implicita nella tesi della equivalenza è che la responsabilità pratica (morale o giuridica) è diversa dalla responsabilità causale diretta: essere responsabile di qualcosa è diverso dall'essere causa



di qualcosa. Secondo la tesi della equivalenza, dunque, fra i fattori rilevanti nell'attribuzione di responsabilità non va inserito il fatto che si sia effettivamente causa del realizzarsi del risultato. Potrebbe essere sufficiente che si sia in grado di evitare quel risultato qualora lo si avesse voluto: limitarsi cioè una interferenza causale potenziale e controfattuale, alla possibilità di evitare ciò che accade. È una discussione aperta, e c'è chi ha messo in dubbio anche questo requisito¹².

Nella riflessione normativa contemporanea, non vi è una risposta univoca alla questione di quale delle due tesi sia quella corretta. La scelta di una concezione rispetto all'altra dipende da altri presupposti normativi più generali e la questione si trasforma in quella di quale teoria normativa possa essere considerata più adeguata come modello fondamentale di valutazione. E il confronto diventa quello tra i grandi modelli teorici di giustificazione della condotta: il deontologismo e il consequenzialismo, nelle loro varie versioni e ibridazioni.

5. Il modello consequenziale

Non si ha ovviamente modo di entrare nel merito di questa discussione. Ci si limita a poche indicazioni conclusive. La prima è una indicazione di metodo. Entrambi questi modelli contrapposti sono modelli teorici astratti e schematici. Essi astraggono dalla molteplicità delle esperienze di vita, vanno in cerca di somiglianze e trascurano le differenze e le distinzioni tra le situazioni concrete, limitandosi alla individuazione di una teoria normativa generale e astratta (il deontologismo o il consequenzialismo, in una delle loro versioni) che viene applicata dall'alto (con una manovra *top-down*) all'esperienza concreta, in uno sforzo di razionalizzazione e di riduzione della molteplicità dei casi della vita.

Un'accusa frequente a questo modo di procedere nella riflessione normativa è che così si finisce per "semplificare", "impoverire" e "scarnificare" la varietà e la ricchezza delle esperienze vissute: «l'esito è una semplificazione dell'esperienza morale degli esseri umani e degli animali e, di conseguenza, un impoverimento delle possibilità della riflessività morale»¹³. Questa critica propone un differente approccio metodologico, quello riflessivo, che assume al proprio centro una riflessione dal basso, contestuale e parziale, a contatto con la concreta esperienza morale; metodo che ha portato allo sviluppo di un approccio all'etica e alla bioetica che parte dal racconto dei casi e dall'esperienza vissuta di medici e pazienti: l'approccio *narrativo*.

Tale impostazione metodologica si basa sull'assunto che nella riconduzione all'unicità della teoria, il procedimento astrattivo semplifichi la ricchezza del contenuto e lasci da parte aspetti rilevanti della sua concretezza particolare, secondo un modello di contrapposizione astrattezza-concretezza. Ma è un assunto sbagliato. Di contro, si può invece osservare che l'astrazione non riduce il contenuto referenziale, ma lo include e lo incrementa, in quanto estende il riferimento di un enunciato da un singolo caso particolare a più casi di una certa classe: l'estensione cresce tanto più cresce la generalità e l'astrattezza. Una teoria normativa è cioè tanto più ricca e dotata di contenuto, di estensione referenziale (tutti i casi che rientrano sotto una certa variabile), quanto più è astratta da un punto di vista intensionale, e all'opposto una teoria normativa è tanto più povera e meno dotata di contenuto, cioè

¹² Mi permetto di rinviare a S.F. MAGNI, *L'etica tra genetica e neuroscienze. Libero arbitrio, responsabilità, generazione*, Roma, 2019, 94 ss.

¹³ S. POLLO, *Umani e animali. Questioni di etica*, Roma, 2016, 74 ss.

di estensione referenziale, quanto più è concreta da un punto di vista intensionale. È un ribaltamento di prospettiva, dunque. Se una teoria etica normativa vuol essere di guida per l'azione, non può fare a meno di criteri di condotta generali e astratti, che includano il riferimento a una varietà di casi particolari accomunati sotto la stessa variabile.

La seconda considerazione è una indicazione di contenuto. Nell'ottica di una prospettiva che voglia essere riformatrice della morale corrente e socialmente costruttiva, un approccio normativo su base consequenziale può essere giudicato il più avanzato e progressivo. Il consequenzialismo è una morale dei risultati, e come tale richiede di concentrarsi sulla valutazione degli stati di cose. Alla sua base vi è una scelta normativa di fondo: la priorità dei valori e dei fini sulle norme e sui doveri. Vi è un dovere da rispettare se vi è un valore da tutelare, e non viceversa: «la giustizia delle azioni non ha alcun altro senso reale che quello di riflettere la bontà degli stati di cose»¹⁴.

In quest'ottica, l'uccidere deve essere considerato come il lasciar morire, l'eutanasia attiva come l'eutanasia passiva. Non è una conclusione di poco conto e ne risulta una morale esigente: quando le conseguenze sono le stesse, la distinzione nella valutazione dell'azione e dell'omissione è data dagli altri fattori in gioco nella valutazione (l'intenzione, la motivazione, gli effetti collaterali); quando anche essi sono gli stessi, vi è piena equivalenza di valutazione.

Un approccio di questo tipo sostituisce la concezione della responsabilità su base causale con una concezione della responsabilità basata sulle conseguenze. In essa, il legame tra responsabilità morale e causale risulta meno stretto di quanto venga comunemente sostenuto: l'essere causa diretta di qualcosa non è requisito necessario dell'attribuzione di responsabilità morale, e il non esserne causa non è necessariamente una condizione scusante o attenuante. Anche per un'etica basata sulle conseguenze, la valutazione morale risulta essere meno semplice di quanto venga talvolta sostenuto.

¹⁴ A. SEN, *Evaluator Relativity and Consequential Evaluation*, in *Philosophy and Public Affairs*, 12, 1983, 130.

Riflessioni sulle dimensioni della normatività: etica, deontologia e diritto. Il ruolo della deontologia in prospettiva comparata.

Elisabetta Pulice*

THE ROLE OF THE CODE OF MEDICAL ETHICS IN THE LEGAL PLURALISM AFFECTING MEDICAL ASSISTED DYING

ABSTRACT: The paper aims to analyse from a comparative perspective the role of codes of medical ethics (CME) in the interplay of rules concerning medical assisted dying. In Europe CMEs are gaining growing attention, due to their ability to regulate important aspects of professional conduct, including end of life issues. Professional rules can complement the legal framework but can also turn out to be in contrast with legal provisions and in these conflicts medical ethics can act either as a source of law fostering the protection of patients' rights or as a tool undermining it. After having analysed the legal value of CMEs from a comparative perspective, the essay sketches some of the most significant and multifaceted interactions between the law and the CMEs in the field of medical assisted dying in some European countries.

KEYWORDS: code of medical ethics; medical assisted dying; legal pluralism, comparative public law, sources of biolaw.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Deontologia medica e fonti del diritto – 3. Codici di deontologia medica e scelte normative – 4. La rilevanza dei possibili conflitti tra “dimensione deontologica” e “dimensione giuridica” – 5. Aiuto medico a morire e deontologia – 6. La scelta della categoria professionale italiana: gli indirizzi applicativi della FNOMCeO – 7. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

L'Ordine dei medici belga, nel Parere in materia di cure palliative, eutanasia e decisioni mediche di fine vita¹, pubblicato nel 2003 in risposta all'emanazione della legge sull'eutanasia, riconosce come «[non possa] essere negato che un buon numero di medici ritiene che nell'esercizio della loro professione i principi etici debbano prevalere sulla legislazione»². Ricorda inoltre che tale punto di vista è sostenuto da importanti organizzazioni mediche internazionali, che fondano la

*Assegnista di ricerca in diritto pubblico comparato, Università degli studi di Trento. Mail: elisabetta.pulice@unitn.it Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ ORDRE DES MÉDECINS BELGIQUE, *Avis relatif aux soins palliatifs, à l'euthanasie et à d'autres décisions médicales concernant la fin de vie*, 2003 (traduzioni a cura dell'autrice).

² Ibid.

loro posizione su esempi concreti³. «Tuttavia», prosegue il Parere, «alcune questioni etiche possono divenire oggetto di intervento legislativo»⁴, precisando innanzitutto che «qualora una legislazione di questo tipo venga stabilita in uno stato democratico e rispetti la libertà di coscienza di ciascun medico, la sua esistenza non può essere ignorata da un'istituzione di diritto pubblico come l'Ordine dei medici». In maniera ancora più specifica, il Parere afferma che «[c]onseguentemente, l'Ordine non può promuovere regole di condotta o adottare decisioni contrarie alle leggi adottate democraticamente nel nostro paese»⁵.

Da tali valutazioni della categoria medica a fronte della scelta del legislatore di depenalizzare, a determinate condizioni, l'eutanasia emergono chiaramente le diverse «dimensioni della normatività» che possono intersecarsi nella regolamentazione di questioni sensibili e complesse dal punto di vista etico, professionale e giuridico, oggetto del presente contributo⁶.

La scelta di porsi in dialogo con la fonte legislativa modificando il codice deontologico per evitare contrasti normativi, integrando così la disciplina adottata dalla legge con principi di etica medica, non trova però corrispondenza in tutti gli ordinamenti europei.

La distanza dalle scelte e valutazioni dell'Ordine belga emerge, ad esempio, dal potenziale contrasto tra legislazione e regole deontologiche derivante dalla scelta della categoria professionale tedesca di inserire, e mantenere dopo la modifica del codice penale, il divieto deontologico di assistenza medica al suicidio, con conseguente possibile responsabilità disciplinare del medico che presti l'aiuto anche in casi non rilevanti sul piano penale⁷.

La depenalizzazione dell'eutanasia e/o del suicidio assistito in alcuni ordinamenti europei ha portato le rispettive categorie professionali a interrogarsi sul proprio ruolo e sulle reazioni da concretizzare nei codici deontologici, seguendo modelli e forme di reciproca interazione con il diritto talvolta molto diversi tra loro. La delicata intersezione, nell'aiuto medico a morire, delle complessità del pluralismo valoriale, tra scelte del paziente e ruolo del medico, pone infatti interrogativi e difficoltà ulteriori, tanto al giurista quanto all'operatore sanitario, nel definire i rapporti tra diritto, esperienza tecnico-professionale e deontologia.

La crescente attenzione da parte del legislatore e della giurisprudenza nei confronti della deontologia è inoltre legata all'impatto che le scelte dei codici di deontologia medica (CDM) possono avere sulla

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ Il presente contributo si basa, approfondendola e aggiornandola, sulla relazione tenuta dall'autrice in occasione del seminario "Riflessioni sulle dimensioni della normatività: etica, deontologia e diritto" organizzato a Firenze, l'11 settembre 2019, dall'Istituto Italiano di Bioetica - Sezione toscana. È quindi partendo da come il concetto di "dimensione della normatività" è stato inteso nella prospettiva interdisciplinare del seminario – come insieme delle istituzioni che producono determinate norme (distinte utilizzando i concetti di "etica", "deontologia" e "diritto"), dei destinatari e delle funzioni di tali norme, nonché delle eventuali sanzioni – che tale terminologia è impiegata, con le precisazioni che si diranno, nel presente contributo in riferimento tanto alla deontologia quanto al diritto e alle loro interrelazioni. Il seminario, prendendo spunto «dal recente dibattito sul rapporto tra codice deontologico e norma giuridica innescato dalle posizioni espresse dalla FNOMCeO in merito all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Cappato e alle proposte di legge sulle scelte di fine vita presentate in Parlamento» si proponeva infatti di offrire «uno spazio per approfondire, da diverse prospettive disciplinari, il tema della relazione fra i differenti piani di normatività» (cfr. il sito dell'Istituto di Bioetica: <https://bit.ly/2VXoKNX>).

⁷ Cfr. *infra*.

pratica professionale, quindi sull'attuazione, nel concreto del rapporto medico-paziente, degli strumenti previsti dal diritto a tutela della libera scelta individuale. In tale ruolo, la dimensione deontologica può infatti rafforzare e promuovere la tutela dei diritti della persona assistita oppure diventare una fonte in grado di attivare, direttamente o indirettamente, meccanismi e comportamenti professionali che ne restringono la portata.

Considerato il primario rilievo costituzionale dei diritti sui quali incide l'attività medica, in particolare nelle scelte di fine vita, sono i possibili conflitti tra "dimensioni normative" a rivestire specifico interesse per tutti gli attori coinvolti.

In questo contesto, la scelta della categoria professionale italiana, espressa inizialmente in un parere del marzo 2019⁸ e mitigata nel febbraio 2020 con gli indirizzi applicativi all'articolo 17 del CDM⁹, presenta alcune caratteristiche peculiari sia per quanto attiene allo strumento impiegato sia per il contenuto della posizione adottata. Alla luce di tali profili e dei dibattiti sollevati nella realtà italiana, il presente contributo si propone quindi di svolgere alcune riflessioni, in prospettiva comparata, sui rapporti tra le "dimensioni normative" di deontologia e diritto in riferimento alla disciplina dell'aiuto medico a morire, anche al fine di contestualizzare il possibile ruolo degli indirizzi applicativi del CDM italiano nell'ancora incerto quadro giuridico risultante dalle pronunce della Corte costituzionale¹⁰.

2. Deontologia medica e fonti del diritto

I richiamati conflitti tra norma deontologica e norma legislativa sollevano la questione di quale possa (o debba) essere il ruolo della deontologia nella regolamentazione di questioni eticamente, professionalmente e giuridicamente sensibili.

Nel condurre tale analisi, uno dei primi elementi di complessità è rappresentato dall'esigenza di studiare in prospettiva comparata un fenomeno, quello deontologico, i cui contorni e la cui rilevanza per il diritto sfuggono a classificazioni omogenee¹¹.

Tale complessità deriva da diversi fattori. Alcuni sono intrinsecamente legati al fenomeno deontologico in generale¹², altri alle specificità della deontologia medica, altri ancora all'approccio del diritto e dei poteri statali nell'attribuire autonomia regolamentare e disciplinare alle istituzioni ordinistiche e nel definire la stessa natura degli ordini professionali e dei codici deontologici.

⁸ FNOMCeO Protocollo N. 4979/2019 del 22-03-2019. <https://bit.ly/2UoBMBf>.

⁹ Il comunicato stampa della FNOMCeO del 6 febbraio 2020 è reperibile al seguente link: <https://bit.ly/2vh27sQ>

¹⁰ Si tratta, com'è noto, dell'Ordinanza n. 207 del 2018 e della sentenza n. 242 del 2019, oggetto di commento nei contributi del Forum nel presente numero della Rivista.

¹¹ Molti profili di analisi comparata, le riflessioni terminologiche, il ruolo della pluralità di fattori richiamati si basano sulla tesi di dottorato italo-francese in corso di pubblicazione in E. PULICE, *Deontologia e diritto. Modelli comparati, criticità e prospettive in ambito biomedico*, Napoli, cui ci si permette di rinviare anche per ulteriore bibliografia di riferimento.

¹² Si tratta di profili discussi in molti ordinamenti e riferiti a varie forme di codificazione dell'etica che intervengono in numerosi settori. A titolo esemplificativo, si vedano, J. MORET-BAILLY, D. TRUCHET, *Droit des déontologies*, PUF, coll. Thémis, 2016; G. ALPA e P. ZATTI (a cura di), *Codici deontologici e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 2006; H. SIMONETTI, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, 2009; C. SARTEA, *L'emergenza deontologica, Contributo allo studio dei rapporti tra deontologia professionale, etica e diritto*, Roma, 2009; B.G. MATTARELLA in *Le regole dell'onestà, Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2008.

Prima di analizzare le relazioni, nella regolamentazione dell'aiuto medico a morire, tra diritto e deontologia è quindi essenziale precisare l'oggetto della presente indagine e cosa si intenda in questa sede per "deontologia". L'analisi non riguarderà, infatti, generici principi di etica medica, ma il ruolo che essi assumono nella loro codificazione nel codice di deontologia medica (CDM), quindi come regole di disciplina¹³, così come elaborate dalla categoria professionale, la cui violazione è fonte di responsabilità disciplinare¹⁴.

A partire dal secondo dopoguerra, i CDM e le istituzioni ordinistiche hanno infatti progressivamente consolidato il ruolo di guida, di indirizzo e di controllo della qualità dell'attività professionale. Quello che è stato definito il «passaggio significativo dalla mera individuazione dei problemi etici a un vero e proprio diritto deontologico»¹⁵ ha seguito però modelli diversi nei singoli ordinamenti europei.

Anche dal punto di vista linguistico, l'individuazione dei concetti da analizzare in prospettiva comparata mostra alcune complessità rispetto al significato di "deontologia" per come lo si conosce e utilizza nell'ordinamento italiano. In Germania, ad esempio, il termine *Deontologie* ha un'accezione prettamente filosofica e non è legato agli ambiti in cui esso si è sviluppato in altri ordinamenti, per i quali vengono invece utilizzati termini come *Berufsethos* (etica professionale), a *Berufsordnung* (regolamento professionale), *Standesethos* (etica dello "Stand", inteso attualmente come categoria professionale) o *Standesrecht* (diritto dello *Stand*). Tra questi concetti, che esprimono tutti il legame con la categoria professionale, *Berufsordnung*¹⁶ è quello utilizzato per definire l'autoregolamentazione professionale nell'equivalente funzionale di quello che in altri ordinamenti europei (ad esempio, italiano francese, belga, lussemburghese, spagnolo, ecc.) è il codice deontologico o il codice di condotta (scelta lessicale prevalente nei paesi anglosassoni e, tra quelli citati in questo articolo, nei Paesi Bassi).

Indipendentemente dalle differenze nei vari ordinamenti, un elemento comune agli oggetti della presente comparazione (definiti come codice deontologico, *code de déontologie médicale*, *Berufsordnung*, *code of medical conduct*, ecc. e in questa sede indicati genericamente con CDM) è quello di contenere regole di autoregolamentazione professionale vincolanti per gli iscritti alla categoria professionale di riferimento. Si tratta, quindi, di regole elaborate, codificate e sanzionate disciplinarmente

¹³ In base alla "Definizione" contenuta nel suo primo articolo, «il codice di deontologia medica [...] identifica le regole, ispirate ai principi di etica medica, che disciplinano l'esercizio professionale». Il testo del codice è reperibile sul sito della FNOMCeO: <https://portale.fnomceo.it/codice-deontologico/>

¹⁴ Si veda, per l'ordinamento italiano, l'art. 4 legge n.3 del 2018, cd. "legge Lorenzin" e l'art. 2 CDM. In prospettiva comparata, si vedano, ad esempio, il primo articolo del CDM francese; l'Arrêté royal n. 79 "relatif à l'Ordre des Médecins" nell'ordinamento belga; le norme in materia di "Berufsgerichtsbarkeit" nelle leggi professionali dei Länder tedeschi. Un caso peculiare è rappresentato dagli strumenti disciplinari per violazione del codice deontologico svizzero, attribuiti alle "commissioni di deontologia" della FMH (Federazione medica svizzera), delle associazioni mediche cantonali e di altre associazioni mediche (cfr. il capo VII del CDM).

¹⁵ R. DANOVÌ nel saggio introduttivo "Dalle regole alla codificazione" nel *Commentario al codice deontologico francese da lui curato*, II. ed., Milano, 2004, p. 4.

¹⁶ Nel diritto prodotto dalla categoria professionale tedesca rientrano però anche altre fonti, come ad esempio, le *Richtlinien* (direttive), che non saranno oggetto della presente analisi perché non riguardanti il tema dell'aiuto medico a morire. Con la stessa fonte della *Berufsordnung* (*Satzung*, cfr. *infra*), inoltre, vengono adottati dagli ordini professionali anche regolamenti su altre materie, come ad esempio la formazione continua e le tariffe. Benché alcuni principi relativi a tali ambiti siano contenuti nei CDM di altri ordinamenti, nel presente contributo ci si limiterà all'analisi della *Berufsordnung*, quale fonte che codifica i principi di etica medica rilevanti in questa sede e corrispondenti al nucleo di contenuto comune a tutti i CDM europei.

da tale categoria e, come tali, distinte sia dall'etica sia da altre forme di regolamentazione dell'attività medica derivanti da fonti del diritto elaborate da autorità statali o da altre forme di regolamentazione del sapere tecnico scientifico (come, ad esempio, le linee guida delle società scientifiche).

I CDM europei, inoltre, nonostante le differenze nei loro contenuti, hanno un nucleo essenziale comune che riguarda regole dell'esercizio dell'attività professionale, quindi l'imposizione di doveri che ne garantiscono la qualità; regole per i rapporti tra i professionisti e i destinatari della loro attività, quindi tanto i doveri di tutela della persona assistita quanto quelli rivolti alla società e alla dimensione collettiva della salute; regole relative ai rapporti tra colleghi e con le istituzioni. Nella maggioranza degli ordinamenti europei, infine, lo sviluppo scientifico e tecnologico in medicina e il mutamento culturale e giuridico hanno influenzato l'evoluzione dei CDM, portando, a partire dagli anni '60 e soprattutto dagli anni '90 in poi, le categorie professionali ad ampliare sia la tutela dei diritti fondamentali della persona assistita, in tendenziale sintonia con i principi costituzionali, sia gli ambiti di intervento delle regole deontologiche, prendendo posizione nei codici su un numero crescente di questioni bioetiche e biogiuridiche¹⁷. Da ciò discende la crescente attenzione accordata ai CDM, in particolare dalla giurisprudenza, e la possibilità, consolidatasi nel tempo, che il CDM sia considerato, pur nella varietà delle differenti esperienze statali, una fonte o quanto meno un formante¹⁸ del biodiritto in diversi settori dell'attività medica. Ciò acquisisce maggiore rilievo alla luce della peculiarità del ruolo del diritto in tali ambiti e della necessaria integrazione tra diversi saperi¹⁹.

Un ulteriore elemento che generalmente caratterizza i CDM negli ordinamenti analizzati è la duplice interazione tra ruolo della categoria professionale e autorità statali.

Da un lato, infatti, vi è il riconoscimento statale di forme di autonomia a organismi professionali a base associativa, cui è stato conferito, direttamente o indirettamente, il compito di elaborare regole deontologiche, garantirne il rispetto e, in generale, vegliare sulla qualità e il corretto esercizio della professione, anche attraverso poteri sanzionatori. Dall'altro lato, vi è una delimitazione legislativa e il

¹⁷ Su tale evoluzione cfr., tra i molti, P. BENCIOLINI, *La deontologia dai galatei ai codici deontologici*, in *La professione. Medicina scienza etica e società*, 2010; E. QUADRI, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2002, pp. 925-948; G. IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, in *Riv It Med Leg*, 2, 2007, p. 551; A. PATRONI GRIFFI, *Diritti della persona e dimensione normativa nel codice di deontologia medica*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, p. 248 ss.; M. BARNI (a cura di), *Bioetica, deontologia e diritto per un nuovo codice professionale del medico*, Milano, 1999. Per un'analisi storico-filosofica della nascita della deontologia medica, si rimanda invece a S. PATUZZO, *Introduzione a Percival Thomas, (1803), Medical Ethics*, a cura di S. PATUZZO, *Etica Medica, ovvero un Codice di Istituzioni e Precetti adattati alla Condotta Professionale dei Medici e dei Chirurghi*, traduzione italiana di Giada Goracci, Milano, 2015.

¹⁸ Sui formanti, si veda, ad esempio, V. R. SACCO, *Formante*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, VIII, Torino, 1992, p. 438; R. SACCO e P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, Assago, 2019. In generale cfr. inoltre G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, 1986.

¹⁹ Sulle caratteristiche dell'oggetto da disciplinare e sulle peculiarità del biodiritto, si rinvia a C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Milano, 2012; Id., *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle life sciences*, in *BioLaw Journal*, 1, 2014, p. 179 ss. Per alcuni profili richiamati nel presente contributo sull'evoluzione e il ruolo del CDM italiano in relazione ad altre fonti del (bio)diritto, in particolare nel disciplinare il rapporto tra autonomia e responsabilità del medico, inclusa la cd. clausola di coscienza (*infra*), e sulla conseguente rilevanza assunta dal CDM sul piano giurisprudenziale, si permetta il riferimento a E. PULICE, *Autonomia e responsabilità medica: la scelta deontologicamente (dis)orientata*, in *Rivista di Biodiritto-Biolaw Journal*, 1/2019, p. 237 ss.

controllo dei poteri pubblici relativamente alla struttura, ai poteri, al funzionamento, alla composizione di tali organismi, alla definizione delle sanzioni disciplinari e dei principi applicabili al relativo procedimento.

Queste forme di interazione seguono però modelli differenti con conseguenze diverse sulla natura e sul ruolo dei CDM e degli ordini professionali²⁰.

Tali modelli possono andare, infatti, da un ingresso “non mediato” della codificazione deontologica nel sistema delle fonti del diritto – previsto solo in alcuni ordinamenti giuridici europei – a forme di ingresso “indiretto” derivante dall’interpretazione giurisprudenziale e, in particolare, “mediato” dal riferimento ad altri principi, clausole, fonti dell’ordinamento²¹.

In alcuni ordinamenti, appartenenti al modello cd. “non mediato” infatti, un’espressa previsione legislativa definisce la natura e la forma giuridica del CDM, le competenze e i reciproci rapporti tra categoria professionale e altre autorità pubbliche statali coinvolte nella sua elaborazione, adozione e attuazione.

In Germania, ad esempio, per espressa previsione delle legislazioni professionali dei *Länder*, il CDM (*Berufsordnung*) assume la forma e la posizione nella gerarchia delle fonti della fonte di diritto tipica del potere regolamentare (*Satzung*) della categoria di enti di diritto pubblico cui appartengono gli ordini professionali (*Körperschaften des öffentlichen Rechts*). Tali CDM recepiscono, seppur con possibili variazioni, il contenuto del modello di codice (*Muster*) *Berufsordnung der deutschen Ärzte* (MBO), elaborato a livello federale dalla Camera Federale dei medici tedeschi (*Bundesärztekammer – BÄK*) e oggetto ogni anno di discussione nel corso dell’assemblea generale dei medici tedeschi (“*Deutsche Arztag*”)²². In maniera ancora più diretta il legislatore francese affida all’Ordine dei medici il compito di emanare un codice deontologico nella forma (e quindi con lo stesso rango normativo) di un *décret en Conseil d’Etat*, ossia un decreto del Primo Ministro per il quale è obbligatorio il parere del Consiglio di

²⁰ La stessa natura di enti pubblici degli ordini professionali e l’obbligatorietà dell’iscrizione come requisito per esercitare la professione non sono comuni a tutti i Paesi europei. Le regole di etica professionale possono essere inoltre contenute in codificazioni e regolamenti provenienti da enti diversi, variamente nominati, non sempre coincidenti con gli ordini professionali. Con riferimento al primo profilo, si pensi, ad esempio, ai paesi anglosassoni o alla Svizzera dove la Federazione medica (FMH) è un’associazione privata ed è nella sfera del diritto privato che rimane confinato il relativo CDM. Cfr., ad esempio, « *Bases juridiques pour le quotidien du médecin* », 2° ed., 2013, edito a cura dell’*Académie Suisse des Sciences Médicales* e dalla *Fédération des médecins suisses* (<https://bit.ly/2TWqxSF>). Mentre l’iscrizione alla FMH non è obbligatoria, a seguito dell’entrata in vigore della legge sulle professioni mediche del 2018, tutti gli esercenti una professione medica universitaria (medici, dentisti, veterinari, farmacisti, chiropratici) devono essere iscritti al Registro delle professioni mediche (MedReg, <https://bit.ly/2NT5bS4>). Sono esempi del secondo profilo, le direttive dell’Accademia Svizzera delle Scienze Mediche (ASSM) e la disciplina legislativa dei doveri professionali contenuta nella legge federale sulle professioni mediche universitarie (LPMed).

²¹ Per ulteriori dettagli, in prospettiva comparata, sulla modellistica e sulle procedure di codificazione deontologica in questi ordinamenti e sulle relative problematiche si consenta il riferimento a E. PULICE, *La deontologia come fonte del diritto. La codificazione dell’etica medica in Francia, Germania e Italia*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2017, p. 745-770.

²² Cfr., ad esempio, R. RATZEL, H-D LIPPERT, J. PRÜTTING, *Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO)*. Springer, 2018; H.P. RIES ET AL., *Arztrecht*, Berlin-Heidelberg, 2012, 87-109 (capitolo „Ärztliches Standesrecht“).

Stato²³. Diversamente da quanto avviene nell'ordinamento tedesco, il CDM francese viene quindi pubblicato nella forma di tale fonte statale. Non a caso è inserito dalla dottrina francese²⁴ nella categoria delle cd. “*déontologies étatiques*”, distinte da quelle “*extra-étatiques*”, in ragione delle diverse caratteristiche formali e di pubblicità sul piano dell'ordinamento giuridico.

La sua elaborazione rimane però prerogativa esclusiva dell'ordine professionale, mentre la previsione di un parere del Consiglio di Stato permette un confronto tra l'istituzione ordinistica e un'autorità statale sulla compatibilità del contenuto del CDM con altre fonti del diritto. Il CDM è inoltre pubblicato sul *Journal Officiel* e, dal 2004, inserito nella parte regolamentare del *Code de la Santé Publique* (CSP)²⁵. In altri ordinamenti, invece, appartenenti al modello cd. “mediato”, natura e forma giuridica del CDM non sono definite legislativamente.

Il CDM italiano, ad esempio, rimane una forma di autoregolamentazione professionale priva di specifica disciplina legislativa. Benché, dopo un lungo silenzio delle leggi istitutive degli ordini professionali²⁶, la legge sul riordino delle professioni sanitarie²⁷ abbia definito la natura degli Ordini come «enti pubblici non economici» che «agiscono quali organi sussidiari dello Stato al fine di tutelare gli interessi pubblici, garantiti dall'ordinamento, connessi all'esercizio professionale»²⁸ e abbia previsto la loro autonomia regolamentare anche in riferimento all'emanazione del codice deontologico, non esistono ancora in Italia definizioni legislative del ruolo di quest'ultimo paragonabili a quelle adottate negli ordinamenti francese e tedesco. Nemmeno la giurisprudenza sulla natura giuridica dei codici deontologici può ritenersi uniforme. A dimostrazione dell'incertezza ancora presente nell'ordinamento italiano, da un lato, la natura giuridica delle norme deontologiche è stata riconosciuta e più volte confermata dall'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione²⁹, dall'altro, però, il «carattere normativo» del codice deontologico è stato negato dalla stessa giurisprudenza³⁰.

Ciò nonostante, oltre alla forma di rilevanza della deontologia attraverso la responsabilità disciplinare e il relativo procedimento, le norme del CDM o la loro violazione assumono rilievo giuridico attraverso, ad esempio, l'integrazione del quadro giuridico di riferimento in ambito sanitario e di altre forme di codificazione del sapere scientifico, la disciplina in concreto dello spazio lasciato dal legislatore o dalla giurisprudenza all'autonomia e responsabilità del medico³¹, la definizione di specifici doveri

²³ Cfr., tra i molti, E. TERRIER, *Déontologie médicale et droit*, Bordeaux, 2003 ; J. MORET-BAILLY e D. TRUCHET, *Droit des déontologies*, Paris, 2016 ; V. Cabrol, *La codification de la déontologie médicale*, in *Revue générale de droit médical*, 16, 2005, 103-123. Cfr. anche C. SARTEA, *op. cit.*

²⁴ Ci si riferisce alla categorizzazione elaborata da J. Moret-Bailly in *Les déontologies*. Aix-en-Provence, 2001.

²⁵ V. Cabrol, *La codification de la déontologie médicale*, in *Revue générale de droit médical*, 16, 2005, 103-123.

²⁶ D. Lgs.c.p.s. 13 Settembre 1946, n. 233 e D.P.R. 5 aprile 1950, n. 221.

²⁷ Legge 11 gennaio 2018, n. 3 “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”.

²⁸ Recependo così la giurisprudenza costituzionale, di legittimità e amministrativa in materia. La Corte costituzionale, nella recente pronuncia sul conflitto di attribuzioni tra Regione Emilia Romagna e Ordine professionale ha recentemente confermato la natura degli ordini professionali come poteri dello Stato. Cfr. Corte cost., sentenza n. 259/2019 e la giurisprudenza ivi citata.

²⁹ *infra* nota n. 42.

³⁰ Cass. civ. Sez. Un., sent. n. 15873/2013 e Cass., Sez. III, sent. n. 19246/2015, richiamate anche dalla Corte costituzionale (sent. n. 180 del 2018).

³¹ Si pensi, ad esempio, tra le sentenze della Corte costituzionale italiana, al riferimento all'autonomia e responsabilità del medico e ai «poteri di vigilanza sull'osservanza delle regole di deontologia professionale, attribuiti

professionali. Il CDM, inoltre, integrando a diversi livelli, le fonti che disciplinano l'attività medica, può diventare per la giurisprudenza un parametro nella valutazione delle condotte del professionista, quindi nei giudizi di responsabilità sia civile sia penale³².

Si tratta di profili comuni a tutte le deontologie, ma che diventano essenziali nella ricostruzione del ruolo di queste ultime in ordinamenti che non ne definiscono legislativamente la natura giuridica. Sul compito del Consiglio nazionale dell'Ordine dei medici di integrare la legislazione con regole deontologiche si è pronunciata, ad esempio, anche la giurisprudenza belga, come ricordato dall'Ordine stesso nel già citato Parere del 2003. È sempre la categoria professionale a ricostruire il quadro della possibile forza obbligatoria del CDM in un parere del 2018³³. In Belgio, infatti, una fonte statale (regio decreto) attribuisce all'ordine professionale il compito di elaborare il CDM, stabilendo che il Re possa, con decreto deliberato in Consiglio dei Ministri, conferirgli forza obbligatoria. Ad oggi tale decreto non è però stato adottato. La motivazione, come sottolineato dal citato parere, potrebbe consistere nella necessità di riforme continue del CDM e nei tempi molto più lunghi richiesti per l'intervento del potere esecutivo statale. In particolare, l'Ordine ricorda come, nonostante l'assenza della formale attribuzione di forza obbligatoria, il richiamo ai principi del CDM e il dovere dei medici di rispettarlo sia contenuto in fonti statali (ad esempio dal regio decreto del 2014 in materia di omeopatia³⁴) e la sua rilevanza emerga in via interpretativa tanto dal potere disciplinare degli Ordini quanto dalla giurisprudenza statale. Tuttavia, per espressa affermazione dello stesso Ordine, il suo potere regolamentare non è illimitato: le regole deontologiche devono essere considerate complementari alla legge e non possono contravvenire³⁵.

In tutti questi modelli, quindi, la deontologia assume, con strumenti e modalità differenti da stato a stato, uno specifico ruolo tra le "dimensioni della normatività".

Unitamente a tali elementi, per analizzare compiutamente le relazioni tra diritto e deontologia nell'aiuto medico a morire, è essenziale tenere in considerazione un ulteriore elemento: la sensibilità interna alla categoria professionale. Le scelte della comunità professionale nella riflessione deontologica da codificare nel CDM, nelle riforme da adottare, nelle interpretazioni da dare alle regole in esso

agli organi della professione» a presidio dei diritti fondamentali della persona di cui alla sentenza n. 202 del 2002 con cui la Corte ha sindacato la discrezionalità legislativa in rapporto alle acquisizioni scientifiche e sperimentali; al riferimento alla deontologia nella valutazione della legittimità costituzionale le disposizioni del d.l. n. 78 del 2015 recanti indicazioni di appropriatezza prescrittiva (delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale) e le relative condizioni di erogabilità nella sentenza n. 169 del 2017 (su tale pronuncia, cfr., tra gli altri, P. GIANGASPERO, *Ancora una variazione sul tema di tecnica, scienza e diritto: indicazioni di erogabilità e appropriatezza terapeutica, diritto alla salute, prescrizioni mediche "in scienza e coscienza" e vincoli alle Regioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna*).

³² Cfr. su questi aspetti, F. ANGIONI, *Il nuovo codice di deontologia medica*, in *Criminalia*, 2, 2007, p. 277-289; E. QUADRI, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, cit., p. 925; G. IADECOLA, op. cit.; C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi*, in *Dir pen Cont Riv trim*, 4, 2013, 51-71, p. 57 ss; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, p. 144 ss.

³³ ORDRE DE MEDECINS, *Force obligatoire du Code de déontologie médicale*, 16/06/18. <https://bit.ly/2zKCxUY>.

³⁴ Arrêté royal du 26 mars 2014 relatif aux conditions générales applicables à l'exercice de toutes les pratiques non conventionnelles, reperibile al seguente link : <https://bit.ly/2ZCjr93>.

³⁵ ORDRE DE MEDECINS, *Force obligatoire du Code de déontologie médicale*, cit.

contenute incidono, infatti, sulla portata concreta della “dimensione deontologica” nell’attività medica.

Proprio perché, come visto, la deontologia, nell’accezione in cui è analizzata nel presente contributo, si inserisce nell’intersezione tra competenze e scelte della categoria professionale, da un lato, e autorità statali, dall’altro, il CDM è infatti influenzato tanto dalla riflessione della categoria professionale che codifica i principi etici in regole, prima, e in condotte rilevanti sul piano disciplinare, poi, quanto dall’ordinamento giuridico e dal contesto culturale in cui tale passaggio avviene. La complessità delle interrelazioni che caratterizzano i rapporti tra queste due “dimensioni della normatività” emerge dai diversi esiti che ne possono derivare, definiti in alcuni casi come «il difficile e delicato passaggio dal discorso etico al discorso giuridico»³⁶ reso possibile dalla deontologia e, in altri, come fenomeni di senso opposto, di «*re-éthicisation*» del diritto o di «*déontologisation*» della legge³⁷.

Per queste ragioni, l’analisi non può rimanere ancorata ai rapporti formali tra CDM e fonti del diritto, ma deve essere estesa ai fattori che sul piano sostanziale incidono sul ruolo concreto della deontologia nella regolamentazione dell’attività medica.

In tal senso, nonostante la “dimensione deontologica” possa essere riconosciuta come un ordinamento giuridico nella prospettiva del pluralismo degli ordinamenti giuridici³⁸ e nonostante la natura di enti pubblici di molti ordini professionali, per gli specifici obiettivi della presente analisi la “dimensione deontologica” rimarrà distinta dal concetto di “dimensione giuridica” riferita al resto del diritto (inteso, in questa sede, come fonti costituzionali, legislative e principi giurisprudenziali).

Le relazioni analizzate saranno, quindi, tra, da un lato, i formanti riferiti a una produzione statale del diritto e, dall’altro, la codificazione, attuazione e interpretazione di regole da parte di una singola categoria professionale, in questo caso quella medica, che è direttamente coinvolta nei dibattiti sul possibile ruolo del professionista nell’aiuto a morire.

3. Codici di deontologia medica e scelte normative.

I profili di complessità fin qui richiamati determinano il ruolo e i contenuti concreti del CDM, che in alcuni casi integra o anticipa il diritto oppure esprime paradigmi e principi diversi da quelli elaborati da altre fonti.

Per un’adeguata comprensione dei conflitti tra “dimensioni normative”, degli strumenti per mitigarli valorizzando le potenzialità del loro incontro è necessario tenere parimenti in conto che in ogni ambito disciplinare diritto e deontologia intervengono e interagiscono con modalità diverse. Ne consegue che il conflitto della deontologia con altre fonti normative possa emergere tanto da una posizione

³⁶ E. QUADRI, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, cit. p. 938.

³⁷ J. MORET-BAILLY, *La déontologie médicale de la résistance à la contre-offensive (à propos du décret du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale)*, in *Rev. dir. sanit. et soc.*, 6 (2012), p. 1074-1083.

³⁸ Il riferimento è ovviamente a *L’ordinamento giuridico* di SANTI ROMANO. Per un’analisi dell’applicazione di tale dottrina alla deontologia cfr., ad esempio, J. MORET-BAILLY, *La théorie pluraliste de Romano à l’épreuve des déontologies*, in *Droits*, n°32, 2000, p. 171-182.

restrittiva di quest'ultima quanto, viceversa, dalla scelta della categoria professionale di prevedere una disciplina in grado di offrire una più concreta ed effettiva tutela dei diritti fondamentali coinvolti³⁹.

Con generale riferimento ai ruoli del CDM nell'ambito delle scelte di fine vita, alcuni legislatori hanno demandato alla deontologia specifici aspetti della disciplina. Gli articoli del CDM francese, ad esempio, integrano la legislazione sul fine vita definendo le condizioni, le tempistiche e i soggetti coinvolti nella procedura collegiale obbligatoria per l'interruzione di trattamenti di sostegno vitale in pazienti non più in grado di esprimere la propria volontà e, dopo la riforma del 2016, per discostarsi dalle DAT e per la sedazione profonda continua. Tale integrazione deriva da una espressa delega del legislatore che con la cd *loi Leonetti* del 2005 ha imposto la procedura collegiale attribuendo la sua definizione alla deontologia. Nella maggior parte dei casi, l'integrazione è invece frutto di una scelta autonoma della categoria professionale. I numerosi pareri dell'Ordine dei medici belga, intervenuti dall'entrata in vigore nel 2002 della legge sull'eutanasia, per precisare profili etici e tecnico-professionali in risposta ai dubbi sollevati dai professionisti su varie scelte e pratiche di fine vita sono un esempio delle potenzialità della "dimensione deontologica" di integrare con principi e doveri ulteriori il quadro giuridico di riferimento⁴⁰.

L'intervento della deontologia può diventare invece indispensabile in caso di inerzia del legislatore. Com'è noto, il CMD italiano ha rappresentato a lungo, in sintonia con la giurisprudenza, l'unica risposta normativa a molteplici questioni di fine-vita – tra le quali il valore riconosciuto alla volontà anticipatamente espressa (art. 38), il rifiuto consapevole di alimentarsi (art. 53), il divieto di procedure diagnostiche e gli interventi terapeutici « clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati », il controllo efficace del dolore che « si configura, in ogni condizione clinica, come trattamento appropriato e proporzionato » (art. 16) – anticipando molti dei principi poi affermati dalla legge 219/17, anche in materia di relazione di cura, diritti e doveri di informazione, consenso e dissenso informato, valorizzazione della comunicazione, terapia del dolore e divieto di abbandono del paziente⁴¹.

³⁹ Si pensi, nel contesto italiano, alla posizione di maggiore tutela dei diritti e dell'autodeterminazione della persona sia nelle scelte di fine vita sia nella fase della PMA legata al trasferimento degli embrioni, che il CDM italiano ha mostrato colmando i vuoti legislativi e prevedendo una più ampia apertura rispetto, da un lato, alle posizioni e proposte legislative che invece tendevano a escludere nutrizione e idratazione artificiali da tale diritto (ad esempio il Parere del CNB del 2005 e il Disegno di Legge cd. Calabrò) e, dall'altro, alla legge n. 40/2004, prima degli interventi della Corte costituzionale. Su come l'autodeterminazione non fosse compiutamente tutelata dal diritto in questi due ambiti, a differenza di quanto previsto dalla dimensione deontologia, cfr., ad esempio, C. CASONATO, *Lo schema di testo unificato "Calabrò" su consenso e dichiarazioni anticipate*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2009, p. 2 e Id., *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 152; M. BARNI, *Dall'atto medico al testamento biologico, la rivincita della deontologia*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 31, p. 825 ss.

⁴⁰ Su tale compito del Consiglio nazionale dell'Ordine dei medici cfr. *supra* il citato Parere del 2003. Per gli altri pareri pubblicati si rimanda al seguente link: <https://www.ordomedic.be/fr/avis/themes/>. Cfr. *infra* n. 64.

⁴¹ Il CDM prevede, in particolare, che la relazione di cura sia « costituita sulla libertà di scelta e sull'individuazione e condivisione delle rispettive autonomie e responsabilità », nella quale il medico « persegue l'alleanza di cura fondata sulla reciproca fiducia e sul mutuo rispetto dei valori e dei diritti e su un'informazione comprensibile e completa, considerando il tempo della comunicazione quale tempo di cura » (art. 20), concetto ripreso espressamente dal primo articolo della legge 219/17. Significativa è inoltre, in questo ambito, l'evoluzione delle norme sul consenso e sul dissenso informati (art. 35), sulla qualità e sull'ampio contenuto dell'informazione (art. 33), sull'assistenza al paziente con prognosi infausta o con definitiva compromissione dello stato di coscienza (art. 39).

4. La rilevanza dei possibili conflitti tra “dimensione deontologica” e “dimensione giuridica”.

Per contestualizzare la riflessione comparata sui rapporti tra tali “dimensioni della normatività” nella disciplina dell’aiuto medico a morire è importante chiedersi ora quale possa essere l’incidenza concreta sui diritti coinvolti di un loro contrasto e in che misura, quindi, l’autonomia della regolamentazione deontologica eserciti tale rilevanza nel quadro giuridico di riferimento.

A tal fine va innanzitutto precisato che la considerazione della posizione del CDM nella gerarchia delle fonti – che di per sé risolve, almeno in alcuni ordinamenti giuridici, l’antinomia normativa a favore del rango primario della legge – non è infatti sufficiente a superare situazioni di conflitto, contraddizioni e incertezze che potrebbero sorgere nella pratica medica, con inevitabili conseguenze sulla concreta tutela dei diritti in gioco.

Oltre ai diversi modelli di rapporti tra CDM e fonti del diritto, va infatti sottolineato come in molti casi le complessità insite nelle numerose intersezioni tra diritto e deontologia rendano difficile la definizione dei reciproci rapporti in tutti gli ambiti in cui le norme dei codici deontologici, o le loro violazioni, assumono la richiamata rilevanza per l’ordinamento giuridico. Le conseguenze di possibili conflitti, la portata concreta delle fonti deontologiche sul piano normativo, disciplinare, professionale e le loro interazioni con altre fonti di regolamentazione dell’attività e della responsabilità medica presentano, infatti, caratteristiche e implicazioni peculiari in ogni ambito di analisi.

Come già anticipato, una riflessione che tenga conto solo delle antinomie tra diritto e deontologia sul piano dei rapporti formali tra CDM e altre fonti del diritto perderebbe quindi di vista l’impatto sulle scelte dei professionisti di almeno altri due profili estremamente rilevanti.

Il primo attiene alla responsabilità disciplinare per violazione delle regole deontologiche; il secondo riguarda il comune sentire e la posizione interna assunta dalla categoria professionale rispetto ad alcune pratiche mediche.

Le conseguenze sanzionatorie rientrano nella dimensione di autonomia disciplinare formalmente riconosciuta, pur con modalità e strumenti diversi, dalla legge agli ordini professionali, anche nei casi in cui sia assente una definizione legislativa specifica della natura e del rango normativo del CDM. Nei vari modelli di rapporti tra diritto e deontologia, la violazione del CDM porta così a conseguenze sanzionatorie che possono incidere significativamente sui diritti dei professionisti⁴², in maniera diretta e più

⁴² Emblematico di tale rilevanza è, sul piano comparato, il fatto che in Germania uno dei *leading cases* relativi al ruolo e all’ampiezza del potere regolamentare degli ordini professionali sia scaturito da un ricorso diretto (*Verfassungsbeschwerde*) di alcuni professionisti al Tribunale Costituzionale Federale tedesco (BVerfGE. 33, 125; cfr. R. RATZEL, H.-D. LIPPERT, J. PRÜTTING, *op. cit.*). Anche nel contesto italiano, pur nell’incertezza sulla natura del CDM, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha richiamato i profili della responsabilità disciplinare nelle sentenze che hanno riconosciuto natura giuridica alle norme deontologiche e, in particolare, nel principio espresso dalle Sezioni Unite nel 2007. In tale pronuncia la Corte ha ritenuto «le norme del codice disciplinare forense» come «interpretabili direttamente dalla corte di legittimità» perché «costituiscono fonti normative integrative di precetto legislativo, che attribuisce al Consiglio nazionale forense il potere disciplinare, con funzione di giurisdizione speciale appartenente all’ordinamento generale dello Stato». Secondo la Corte, inoltre, una soluzione diversa, che le impedisse tale interpretazione e il relativo ruolo nomofilattico «non sembra ammissibile in presenza di un codice deontologico che può incidere, come ad esempio con la sanzione disciplinare della radiazione dall’albo, su diritti soggettivi sorti sulla base di norme di legge» (Cass. civ. Sez. Unite, 20-12-2007, n. 26810; per un

incisiva nei casi in cui l'iscrizione all'Albo tenuto da un ordine professionale sia requisito obbligatorio per esercitare la professione.

Il rilievo, invece, della sensibilità interna alla categoria professionale e della sua formalizzazione in posizioni ufficiali emerge, ad esempio, dai conflitti e dalle difficoltà di rispondere, negli attuali dibattiti tra professionisti sanitari, alla domanda del *se* e *in che misura* l'aiuto al suicidio riguardi o meno il ruolo del medico⁴³.

Nonostante l'incerta natura giuridica del CDM o il suo diverso rango sul piano della gerarchia delle fonti, le scelte della categoria professionale sul ruolo che intende assumere e sull'apertura della riflessione deontologica a determinate pratiche si ripercuotono, infatti, sulle possibilità della "dimensione deontologica" di sostenere la tutela dei diritti disciplinati dalla normativa giuridica, integrandola con principi e doveri ulteriori, oppure di limitarla nella pratica professionale.

Ciò deriva anche dalla funzione di "deterrente" che, alla luce della responsabilità disciplinare, tali posizioni possono avere nell'esercizio dell'autonomia decisionale del professionista e, quindi, potenzialmente, sulla relazione di cura nella quale si concretizza la tutela dei diritti della persona assistita, anche attraverso la gestione di possibili "conflitti di coscienza" tra i convincimenti morali, culturali e professionali dei soggetti coinvolti⁴⁴.

Si pensi, inoltre, alla cd. clausola di coscienza, quindi al diritto riconosciuto dal CDM al medico di rifiutare la prestazione professionale in casi di richieste che contrastino non solo con i propri coinvolgimenti tecnico-scientifici, ma anche con la propria coscienza⁴⁵. Tale clausola, presente nella maggior parte dei codici deontologici europei e riguardante tutti gli ambiti di attività medica, può infatti divenire uno strumento incisivo nelle scelte etiche e professionali anche rispetto all'aiuto medico a morire. Si tratta, com'è noto, di un istituto diverso dall'obiezione coscienza legislativamente prevista e soggetto ai limiti posti dall'ordinamento giuridico⁴⁶. Ciò nonostante, attraverso tale clausola, la categoria professionale potrebbe lasciar spazio a forme di resistenza tali da incidere, in maniera indiretta ma non per questo meno significativa, sulla concreta attuazione della normativa giuridica⁴⁷.

approfondimento cfr., ad esempio, R. DANOVÌ, *Corso di ordinamento forense e deontologia*, VIII ed., Milano, 2008). Tali principi enunciati prevalentemente per la deontologia forense, sono estendibili ai modelli di deontologia e di ordinamento professionale con struttura simile, tra i quali anche il CDM.

⁴³ Nel contesto italiano, si vedano, ad esempio, le numerose discussioni riportate da *Quotidiano Sanità* sia dopo l'Ordinanza n. 207/2018 sia dopo la sentenza n. 242 del 25 settembre 2019 della Corte costituzionale.

⁴⁴ L'analisi dell'impatto dei conflitti di coscienza sull'organizzazione sanitaria e sulla concreta tutela dei diritti in gioco è oggetto di un progetto di ricerca interdisciplinare svolto nell'ambito del Laboratorio dei Diritti Fondamentali (Collegio Carlo Alberto), i cui risultati saranno pubblicati in L. FERRERO, C. VARGAS, E. PULICE, *Pluralismo etico e conflitti di coscienza nell'organizzazione ospedaliera*, Bologna, 2020.

⁴⁵ Cfr., ad esempio, l'art. 22 del CDM italiano.

⁴⁶ Per un approfondimento sulle funzioni, la natura e i limiti della clausola di coscienza, si vedano, tra gli altri, M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente*, Milano, 2014, p. 137 ss.; C. CASONATO E F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, p. 70 e ss. e L. EUSEBI, *Obiezione di coscienza del professionista sanitario*, p. 182 ss., entrambi in E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI, L. LENTI (a cura di), *Trattato di biodiritto, vol: I diritti in medicina*, Milano, 2011.

⁴⁷ Anche in questo senso risultano essenziali la riflessione interna e l'interpretazione della categoria medica del significato, dell'ampiezza e dei presupposti di rilevanza di concetti quali "coscienza" e "convincimenti tecnico-professionali" posti a fondamento di un rifiuto deontologicamente legittimo.

Riflessioni in tal senso sono emerse, ad esempio, nei dibattiti sollevati⁴⁸ dal richiamo alla deontologia inserito nella legge n. 219/17⁴⁹ come possibile limite, unitamente alle norme di legge e alle buone pratiche clinico-assistenziali, alle richieste del paziente⁵⁰.

Ferma restando la tutela, a determinate condizioni, della coscienza individuale, l'adesione o, quanto meno, la non colpevolizzazione di specifiche scelte di fine vita da parte della categoria di professionisti chiamati a intervenire per garantirne l'attuazione permetterebbe, invece, il necessario dialogo tra i saperi, le "dimensioni normative" e gli attori coinvolti.

Qualora alla depenalizzazione dell'aiuto a morire seguisse una posizione di assoluta chiusura della categoria professionale, rimarrebbe un possibile conflitto tra "dimensione giuridica" e "dimensione deontologica" che investirebbe tanto i principi di fondo delle due discipline quanto la punibilità (penale e disciplinare) del professionista, incidendo inevitabilmente sia sulla tutela dei diritti della persona assistita sia sull'autonomia professionale degli operatori sanitari.

5. Aiuto medico a morire e deontologia

Le considerazioni di natura comparata sulle posizioni e riflessioni deontologiche in materia di fine vita si concentreranno sugli ordinamenti europei che hanno depenalizzato, a determinate condizioni, sia il suicidio assistito sia l'omicidio del consenziente (Paesi Bassi, Belgio, Lussemburgo) o che prevedono forme di esclusione della punibilità dell'aiuto al suicidio (Svizzera, Germania, Italia)⁵¹. Nonostante le significative differenze sul piano degli strumenti e dei contenuti dell'intervento del diritto (legislazione,

⁴⁸ Sulle conseguenze di tale richiamo, con particolare riferimento alle opzioni di coscienza che potrebbero assumere, direttamente o indirettamente, rilevanza, le posizioni non sono univoche in dottrina. Alcuni autori escludono la possibilità di un'indiretta tutela dell'obiezione di coscienza. Cfr. ad esempio D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico? Forum: la legge n. 219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *Biolaw Journal - Rivista di biodiritto*, n. 1/2018., pp. 31 e 33. Altri autori hanno invece sostenuto come l'art. 1, co. 6 possa consentire «l'obiezione di coscienza in tutti i casi previsti dal codice deontologico che pare, anche se attraverso una clausola di coscienza generale, non escluderla» (L. D'AVACK, *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, Torino, 2018, p. 146). Similmente G. GRISTINA, *Considerazioni in merito ai commi 5, 6 e 7 dell'articolo 1 della legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento*, nel Forum citato. L'ambiguità e inopportunità del richiamo e il rischio che venisse utilizzato per logiche di medicina difensiva o di convenienza erano state sottolineate già con riferimento al disegno di legge da C. CASONATO, *Una legge più realista del re*, in *La Rivista il Mulino on line*, 21 aprile 2017. Cfr. inoltre C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, 2, p. 123 ss.

⁴⁹ Legge 22 dicembre 2017, n. 219 "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento".

⁵⁰ Da un lato, il comma 6 del primo articolo precisa l'esenzione di responsabilità, sia civile sia penale, del medico che rispetti la volontà del paziente: «[i]l medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale». Dall'altro, la stessa norma stabilisce, con formulazione poco chiara, che «[i]l 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».

⁵¹ Per la distinzione tra modelli "a tendenza permissiva" e modelli "a tendenza impositiva" e per la relativa casistica si rinvia alla classificazione elaborata in C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 122 e ss. Per l'analisi comparata delle normative in materia di suicidio assistito si rimanda invece allo studio del Servizio Studi – Area diritto comparato della Corte costituzionale: P. PASSAGLIA, *Decisioni di fine vita e ausilio al suicidio*, 2019.

norme e giurisprudenza costituzionale, ecc.) e della riflessione deontologica, possono essere individuati, almeno in via generale, alcuni modelli di reazione delle categorie professionali alla depenalizzazione dell'aiuto medico a morire.

In alcuni ordinamenti, infatti, le istituzioni ordinistiche hanno deciso di adeguare i principi e le regole del CDM alle scelte dell'ordinamento giuridico, se non addirittura di collaborare all'elaborazione legislativa. Altre categorie professionali hanno, al contrario, scelto di mantenere una posizione di divieto nei principi del CDM, definendo quindi espressamente l'aiuto a morire come violazione deontologica, con potenziali conseguenze disciplinari anche nei casi di aiuto leciti per l'ordinamento giuridico. Un diverso approccio riscontrabile in alcuni ordinamenti è invece quello di non prevedere espressamente la contrarietà alla deontologia delle forme di aiuto a morire non vietate dall'ordinamento, ma di escludere tale assistenza dai compiti del medico. La categoria non ritiene quindi che rientri nel ruolo del professionista farsi carico dell'aiuto a morire, non se ne occupa direttamente come specifico ambito di disciplina deontologica, ma riconosce la libertà di scelta del medico e l'assenza di conseguenze disciplinari, subordinata però talvolta alla sussistenza di determinate condizioni.

Tra gli ordinamenti del primo modello, mentre nei Paesi Bassi è la stessa *Royal Dutch Medical Association* a contribuire al lungo iter procedurale che, nel dialogo con diverse istanze, ha portato all'entrata in vigore nel 2002 della legge olandese sull'interruzione volontaria della vita e dell'assistenza al suicidio, i CDM di Belgio e Lussemburgo contenevano inizialmente il divieto di tali pratiche.

In entrambi i casi, i codici deontologici sono stati modificati per adeguarsi alle legislazioni, seguendo però percorsi diversi.

In Lussemburgo, infatti, la categoria professionale ha espresso posizioni di chiusura e contrarietà a forme di aiuto medico a morire sia nel parere pubblicato in occasione delle prime discussioni su una possibile depenalizzazione⁵² sia nel comunicato ufficiale adottato in fase di approvazione della legge del 2009⁵³. Coerentemente, e a differenza di quello belga, il CDM è stato modificato inserendo semplicemente l'inciso «*(e)n dehors du cadre de la loi du 16 mars 2009 sur l'euthanasie et l'assistance au suicide*» nell'immutato divieto di provocare la morte, cui segue la precisazione in base alla quale nessun medico può essere obbligato a praticare un'eutanasia o un aiuto al suicidio (art. 51). Dalle argomentazioni della documentazione citata, il contrasto pare essere dovuto, da un lato, a una lettura statica dei principi deontologici, poco attenta alla piena tutela dell'autodeterminazione del paziente da

⁵² COLLÈGE MÉDICAL, *Avis du collège médical concernant la proposition de loi sur le droit de mourir en dignité*, 7 giugno 2002.

⁵³ COLLÈGE MÉDICAL, *Euthanasie: Communiqué Du Collège Médical Du 24 Avril 2008*. Il Collegio Medico sottolinea, ad esempio, come i medici, pur non opponendosi alla scelta legislativa (percepita come imposta senza una previa consultazione della categoria medica), esigano la protezione della loro professione e delle altre professioni sanitarie interessate dalla depenalizzazione («*exigent la protection de leur profession et celle des autres professions de santé concernées ... par la dépenalisation*»). Inoltre, la società civile, avendo imposto al medico un ruolo, quello di dare la morte, che non le è mai appartenuto e che contrasta con la versione del CDM originariamente in vigore, deve fornire al professionista il sostegno psicologico e morale necessario per adottare un atto che potrebbe essere contrario alle sue intime convinzioni («*En effet la société civile par cette loi impose au médecin un nouveau rôle qui n'a -pendant des millénaires- jamais été le sien : " le fait de pouvoir donner délibérément la mort". Ce rôle s'oppose à l'article 40 du code actuel de déontologie médicale en vigueur depuis 2005. La société doit fournir au médecin le soutien psychologique et moral nécessaire pour assumer un acte qui peut être contraire à ses convictions intimes*»).

parte della categoria medica e, dall'altro, da un intervento legislativo non fondato su adeguati livelli di condivisione⁵⁴.

In Svizzera, le fonti di riferimento in questo ambito sono le direttive e i pareri dell'Accademia svizzera delle scienze mediche (ASSM), che a partire dal 2004, pur mantenendo una posizione di chiusura anche nei dibattiti su possibili riforme legislative, ha mitigato l'impostazione iniziale provando a trovare un bilanciamento tra, da un lato, l'affermazione della contrarietà dell'assistenza al suicidio agli obiettivi della medicina e, dall'altro, il rispetto della decisione morale personale del medico in singoli casi⁵⁵. L'attuale direttiva ASSM del 2018, dopo aver sottolineato che l'aiuto al suicidio non è un «aspetto dell'attività medica» e che «non rientra tra i suoi compiti», né il medico «è tenuto a fornire tale aiuto»⁵⁶, consente al professionista di prestare tale assistenza sulla base di una sua decisione personale qualora ricorrano specifici presupposti⁵⁷. A dimostrazione della difficoltà di giungere a posizioni condivise all'interno della riflessione deontologica, la nuova formulazione è stata invece criticata dalla Federazione dei medici (FMH). Quest'ultima ha conseguentemente deciso di non allegare, come tradizionalmente invece avviene, la nuova direttiva ASSM al codice deontologico, preferendo mantenere i precedenti, e più restrittivi, presupposti, pur condividendo il menzionato bilanciamento che fa salva la scelta individuale del medico⁵⁸.

Particolare attenzione, per le riflessioni che interessano l'ordinamento italiano, meritano le esperienze tedesca e belga, i cui Ordini (l'iscrizione ai quali è obbligatoria in entrambi gli ordinamenti) hanno adottato posizioni molto diverse.

Nell'ordinamento tedesco una soluzione di parziale apertura era stata adottata nella prima fase dell'evoluzione dei documenti normativi della BÄK. Nel 2011 – ritenendo di recepire una mutata consapevolezza sociale e considerate le riforme in materia di direttive anticipate e l'evoluzione giurisprudenziale del *Bundesgerichtshof* – la BÄK aveva modificato un importante documento sul fine vita, volto a indicare alcuni principi fondamentali dell'assistenza medica nelle fasi terminali⁵⁹. L'aiuto al suicidio, prima espressamente considerato contrario ai doveri deontologici, era stato così definito semplicemente come non rientrante nei compiti del medico. Si trattava, quindi, di una posizione che, pur non mettendo in dubbio gli orientamenti fondamentali in materia, permetteva di considerare la pluralità di convinzioni morali all'interno della comunità professionale. Solo qualche mese dopo, in occasione dell'assemblea annuale dei medici tedeschi, è stata invece chiesta e ottenuta, seppur non con ampia maggioranza, la modifica del documento nel senso di ribadire la contrarietà all'etica medica dell'assistenza al suicidio e l'inserimento di analogo principio nel codice deontologico, accanto al già esistente

⁵⁴ A conferma della natura divisiva di tale legge, la sua adozione ha comportato una crisi istituzionale, che ha visto contrapporsi Consiglio di Stato, Parlamento e Granduca, richiedendo una revisione costituzionale per essere superata.

⁵⁵ Il testo italiano della direttiva è reperibile sul sito : <https://bit.ly/3001v9B> .Il bilanciamento è sostanzialmente condiviso anche dalla FMH.

⁵⁶ ASSM, *Attitude face à la fin de vie et à la mort*, approvate il 17 maggio 2018, p. 25. Il testo nelle versioni francese e tedesca è reperibile al seguente link: <https://bit.ly/2Rk0TVV>.

⁵⁷ Ibid., p. 36.

⁵⁸ *Prise de position de la FMH sur les Directives «Attitudes face à la fin de vie et à la mort»*, 22 giugno 2018.

⁵⁹ «*Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung*», in *Deutsches Ärzteblatt*, 108:7, 2011.

divieto di provocare deliberatamente la morte⁶⁰. Benché gli Ordini di alcuni *Länder* non abbiano adottato la riforma, preferendo un'impostazione meno restrittiva, è interessante notare come in assenza di una disciplina legislativa che espressamente vietasse il suicidio medicalmente assistito, la deontologia abbia rappresentato fino al 2015 l'unico esplicito divieto normativo nella maggior parte del territorio tedesco⁶¹.

Il conflitto tra le due "dimensioni normative" emerge in maniera più evidente dalla scelta della categoria professionale di mantenere il divieto anche dopo la riforma del codice penale, che dal 2015 punisce (§217 StGB) l'assistenza al suicidio in forma "commerciale" (*geschäftsmäßig*), intesa nel senso di assistenza organizzata e continuativa. La disciplina penale, che lascia non punita l'assistenza fornita in modo occasionale, ha poi sollevato molti dibattiti e dubbi interpretativi, anche con riferimento alla punibilità del medico. Ciò che in questa sede preme però sottolineare in riferimento alle menzionate conseguenze del contrasto tra diritto e deontologia è che, come ribadito anche in un documento della BÄK, l'assistenza medica occasionale, anche qualora non risultasse penalmente rilevante, potrebbe comunque condurre a una sanzione sul piano disciplinare per violazione del CDM⁶². Considerata l'autonomia regolamentare e la riserva materiale attribuita alle camere professionali, nei *Länder* in cui il divieto è stato recepito, la normativa deontologica potrebbe quindi ostacolare la concreta attuazione dell'assistenza medica al suicidio anche nei casi non coperti dal divieto penale. Tale conflitto ha assunto profili ulteriormente problematici alla luce dei numerosi ricorsi sollevati, anche da medici, e portati all'attenzione del Tribunale costituzionale federale, che si è recentemente pronunciato dichiarando incostituzionale il divieto previsto dal codice penale⁶³.

Della posizione della categoria medica belga si sono invece già riportate le linee essenziali, basate sul riconoscimento del principio democratico; sulla natura complementare della disciplina deontologica rispetto a una legislazione che risponda a tale principio e che tuteli la libertà di coscienza del medico; sulla scelta di porsi in dialogo con il diritto, sviluppando in maniera dettagliata, attraverso lo strumento del parere, il suo ruolo di integrazione e specificazione della legge con ulteriori principi e regole di natura deontologica, che devono essere rispettati per rendere un'azione legittima anche sul piano deontologico⁶⁴.

⁶⁰ *Beschlussprotokoll des 114. Deutschen Ärztetages*, reperibile sul sito della BÄK, pp. 176 e ss.

⁶¹ Un limite giuridico poteva derivare indirettamente dalla legge sulle sostanze narcotiche, la cd. *Betäubungsmittelgesetz* (BtMG) del 1981, come testimoniato dal rifiuto da parte dell'Istituto federale di consentire la prescrizione dei 15 grammi di pentobarbital richiesti nel caso Koch (ECHR, Koch v. Germany, 497/09, decisione del 17/12/2012). A seguito della sentenza della CtEDU, il *Bundesgerichtshof* tedesco si è pronunciato nel 2017 ritenendo necessario, in presenza di determinate eccezionali condizioni, il rilascio dell'autorizzazione da parte dell'Istituto.

⁶² È esplicito in tal senso il documento *Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung (§ 217 StGB): Hinweise und Erläuterungen für die ärztliche Praxis* della *Bundesärztekammer* (Dtsch Arztebl 2017; 114(7): A-334-336, p. A- 336).

⁶³ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020 - 2 BvR 2347/15 -, Rn. (1-343). La versione inglese del comunicato stampa (Press Release no. 12/2020 of 26 February 2020) è reperibile al seguente link <https://bit.ly/2HXRD4u> (ultimo accesso: 26/02/2020). Una scheda di sintesi in italiano è pubblicata sul sito www.biodiritto.org.

⁶⁴ Oltre ai pareri riguardanti, ad esempio, l'informazione e il consenso, le DAT, il ruolo delle cure palliative, l'interruzione dei trattamenti, l'eutanasia nel caso di minori, la continuità delle cure e l'approccio pluridisciplinare

Rispetto ai menzionati profili disciplinari, è interessante sottolineare come nel citato parere del 2003, l'ulteriore motivazione portata a fondamento della modifica del CDM sia stata la necessità di evitare che un medico potesse essere sanzionato sulla base delle norme deontologiche nel caso si fosse strettamente attenuto alla legge.

Per quanto più strettamente riguarda il ruolo del medico nell'assistenza al suicidio, l'ordine professionale, analogamente ad altre autorità intervenute sul punto, ha riconosciuto l'estendibilità della disciplina legislativa dell'eutanasia anche ai casi di suicidio⁶⁵, ritenendo l'assistenza deontologicamente legittima solo se svolta alle condizioni previste dalla legge per l'eutanasia⁶⁶. Ne consegue che, a differenza di quanto previsto in Germania e di quanto sostenuto da una parte della categoria professionale italiana negli attuali dibattiti, per l'Ordine belga la presenza e assistenza costante di un medico non solo sono legittime, ma sono condizioni indispensabili per la liceità stessa del suicidio assistito anche sul piano deontologico. Il medico deve essere infatti presente in tutta la fase della procedura per portare assistenza al paziente, non essendo possibile la mera prescrizione dei farmaci necessari per il suicidio⁶⁷.

Con riferimento al rapporto tra ordine professionale e scelta del medico, anche nel contesto tedesco, nonostante la chiusura del MBO, meritano di essere ricordate alcune posizioni che, ancora prima della decisione del Tribunale costituzionale federale, hanno sottolineato la necessità di tutelare la scelta adottata caso per caso in situazioni eccezionali. Il Tribunale amministrativo di Berlino, ad esempio, nel 2012 ha annullato un provvedimento con il quale l'ordine locale aveva vietato a un medico di prescrivere farmaci necessari al suicidio poiché contrario alla deontologia⁶⁸. Il Tribunale, pur non mettendo in discussione il divieto in sé, ha ritenuto illegittima la sua previsione in termini assoluti senza la possibilità di eccezioni che consentano al medico di scegliere in base alle specifiche condizioni e richieste

alle decisioni di fine vita, l'Ordine ha recentemente pubblicato le direttive per la pratica dell'eutanasia nel caso di pazienti psichiatrici (ORDRE DE MÉDECINS, *Directives déontologiques pour la pratique de l'euthanasie des patients en souffrance psychique à la suite d'une pathologie psychiatrique*, 24/04/19) e il parere sull'obbligo deontologico di inviare il paziente ad altro medico o ad altra struttura nel caso di obiezione di coscienza (ORDRE DE MÉDECINS, *Obligation déontologique de renvoi en cas de refus de pratiquer une euthanasie – Avis du Conseil national du 6 mai 2017*).

⁶⁵ A differenze delle legislazioni dei Paesi Bassi e del Lussemburgo, quella belga disciplina infatti esplicitamente solo l'eutanasia e non anche il suicidio assistito. Si vedano sul punto i pareri del Consiglio di Stato (2001) e le varie relazioni della *Commission fédérale de contrôle et d'évaluation euthanasie* (CFCEE), che sottolineano l'equiparazione tra le due pratiche e il ruolo necessario del medico in tutta la fase della procedura, indipendentemente dalle modalità (assistenza al suicidio o eutanasia).

⁶⁶ Cfr. il citato parere del 2003.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ VG Berlin, VG 9 K 63.09 –30 March 2012.

del paziente⁶⁹. Anche dalla lettura dei lavori dell'assemblea di Kiel emergono considerazioni volte a riconoscere l'eccezionalità di alcuni casi pur in posizioni favorevoli al generale divieto⁷⁰.

6. La scelta della categoria professionale italiana: gli indirizzi applicativi della FNOMCeO

Il CDM italiano prevede espressamente all'art. 17 che il medico «anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocarne la morte». La posizione iniziale della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri (FNOMCeO) dopo l'Ordinanza della Corte costituzionale è stata di sostanziale chiusura rispetto alla depenalizzazione, a determinate condizioni, del suicidio assistito. Chiara da questo punto di vista era la conclusione del parere della Consulta deontologica nazionale della FNOMCeO⁷¹ del 14 marzo 2019, inviato al Comitato Nazionale per la Bioetica e ripreso in occasione dell'audizione presso la Camera dei Deputati del 30 maggio 2019⁷²: «[o]ve il legislatore ritenga di modificare l'art. 580 c.p. e, quindi, di non ritenere più sussistente la punibilità del medico che agevoli 'in qualsiasi modo l'esecuzione' del suicidio, restano valide e applicabili le regole deontologiche attualmente previste nel Codice».

Netta, quindi, la distanza rispetto alle valutazioni dell'Ordine belga sul rapporto tra ruolo della deontologia e scelta democraticamente assunta dall'ordinamento giuridico. Anche la possibilità di conflitto tra area di non punibilità penale e sanzionabilità disciplinare era evidente. La posizione, seppur leggermente mitigata, è rimasta nella sostanza tale anche dopo la sentenza n. 242 del settembre 2019, fino all'adozione a inizio febbraio 2020 degli indirizzi applicativi per l'art. 17 CDM, con i quali, come espresso dallo stesso Presidente della FNOMCeO, si è «scelto di allineare anche la punibilità disciplinare a quella penale... in modo da lasciare libertà ai colleghi di agire secondo la legge e la loro coscienza»⁷³.

In base a tali indirizzi applicativi «[l]a libera scelta del medico di agevolare, sulla base del principio di autodeterminazione dell'individuo, il proposito di suicidio autonomamente e liberamente formatosi» di una persona che si trova nelle condizioni previste dalla Corte costituzionale⁷⁴ «va sempre valutata caso per caso e comporta, qualora sussistano tutti gli elementi sopra indicati, la non punibilità del medico da un punto di vista disciplinare».

⁶⁹ Analogamente, la necessità di ammettere la prescrizione dei farmaci necessari (e quindi la relativa autorizzazione da parte dell'Autorità tedesca, obbligatoria in base alla legge sui narcotici) in casi caratterizzati da condizioni eccezionali espressamente menzionate è stata sottolineata, seppur non con diretto riferimento alla deontologia, anche dal *Bundesgerichtshof* nel 2017 nella citata sentenza a seguito della pronuncia della CtEDU sul caso Koch. Cfr. *supra* nota n. 61.

⁷⁰ *Beschlussprotokoll des 114. Deutschen Ärztetages*, cit. Ad oggi, inoltre, non risultano provvedimenti disciplinari in attuazione del divieto.

⁷¹ FNOMCeO Protocollo N. 4979/2019 del 22-03-2019, cit.

⁷² FNOMCeO – Audizione presso le Commissioni Riunite Giustizia e Affari Sociali della Camera dei Deputati del 30 maggio 2019. <https://bit.ly/2ZB5Aj7>.

⁷³ Comunicato stampa della FNOMCeO del 6 febbraio 2020, cit.

⁷⁴ Letteralmente riprese nella formulazione della FNOMCeO, che infatti fa riferimento a «una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale, affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili, che sia pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli (sentenza 242/19 della Corte costituzionale e relative procedure)».

Dal punto di vista dello strumento adottato, la scelta della Federazione è stata quindi quella di intervenire con degli indirizzi applicativi e non con una riforma del CDM. Sul piano formale, gli indirizzi applicativi sono previsti dalla FNOMCeO per alcuni articoli e vengono pubblicati sul sito ufficiale come allegati del CDM, acquisendone così la medesima vincolatività per gli iscritti. È lo stesso CDM a prevedere, infatti, al primo articolo (“Definizione”) che «[i]l medico deve conoscere e rispettare il Codice e gli indirizzi applicativi allegati» e a richiamarne il rispetto in diverse disposizioni.

Se e quando gli indirizzi applicativi dell’articolo 17 verranno allegati al CDM assumeranno quindi tale valenza⁷⁵. Indipendentemente dalla valutazione sulla loro pubblicazione e natura formale di “Allegati” del CDM, sul piano dei contenuti va però precisato che, a differenza di altri indirizzi, quelli in materia di suicidio assistito non riguardano direttamente il principio di cui all’articolo 17, bensì le conseguenze disciplinari di un’eventuale violazione.

Similmente all’Ordine lussemburghese, quindi, la categoria italiana mantiene inalterato il divieto deontologico facendo salvo quanto previsto dall’ordinamento giuridico (in questo caso dalla sentenza della Corte costituzionale), ma a differenza di quest’ultimo o del modello adottato dallo stesso CDM italiano in altri ambiti, come ad esempio per l’IVG⁷⁶, l’eccezione al divieto non viene inserita nel testo del codice, ma in una comunicazione relativa alla valutazione disciplinare della condotta. Né è prevista negli articoli del CDM una disciplina che consenta la generale non punibilità della scelta morale personale del medico in questi casi.

La portata pratica di tali indirizzi, la cui formulazione non è chiara in tutti i punti, potrà essere analizzata e valutata con maggiore precisione nella loro applicazione ai casi concreti che si presenteranno.

Dal mantenimento del principio di cui all’art. 17, e anche in considerazione dell’autonomia delle forme di responsabilità (penale, civile, disciplinare, ecc.) e dei relativi procedimenti, si può comunque ritenere che la condotta del medico che aiuti un paziente nel suicidio continui ad avere, almeno sul piano formale, rilevanza disciplinare. Ciò significa che, come anche prima degli indirizzi applicativi, tale condotta potrebbe portare all’apertura di un procedimento disciplinare qualora le commissioni ordinistiche ne acquisiscano la notizia. Dalla lettura degli indirizzi applicativi sembra potersi dedurre che sia solo all’esito di una valutazione «caso per caso» nell’ambito del procedimento disciplinare che il medico che abbia agito conformemente all’area di non punibilità penale ritagliata dalla Corte costituzionale possa non essere sanzionato disciplinarmente. Nella formulazione degli indirizzi, gli Ordini, tramite la FNOMCeO, sembrano infatti volere rimarcare la loro competenza rispetto a tale valutazione, evitando così che il dichiarato «allineamento» con il diritto penale si trasformi in automatica esenzione di responsabilità disciplinare per violazione del CDM.

Sul piano dei rapporti tra fonti e della conseguente necessità di adottare tali indirizzi applicativi, va ricordato che in assenza di riserve materiali e modelli di autonomia simili a quelli tedeschi, anche nei

⁷⁵ Nel momento in cui si scrive la pubblicazione non è avvenuta e gli indirizzi applicativi menzionati non risultano formalmente allegati al CDM, ma esiste solo una comunicazione della FNOMCeO agli iscritti e agli Ordini provinciali in relazione alla valutazione disciplinare della condotta dei professionisti.

⁷⁶ In base all’art. 43 del CDM infatti «[g]li atti medici connessi all’interruzione volontaria di gravidanza operati al di fuori dell’ordinamento, sono vietati e costituiscono grave infrazione deontologica tanto più se compiuti a scopo di lucro». Con riferimento all’altro grande tema di attuale discussione in materia di suicidio assistito, il codice precisa che «[l]’obiezione di coscienza si esprime nell’ambito e nei limiti dell’ordinamento e non esime il medico dagli obblighi e dai doveri inerenti alla relazione di cura nei confronti della donna».

casi in cui venga riconosciuta natura giuridica al CDM italiano, tale rilevanza è “mediata” da altri principi dell’ordinamento e, in ogni caso, subordinata ad altre fonti di rango superiore. Inoltre, alla luce della decisione della Corte costituzionale e ferma restando la tutela della libertà di coscienza, una disciplina deontologica che, mantenendo un divieto assoluto di assistenza al suicidio, lasciasse prive di tutela situazioni che la Corte ha ritenuto meritevoli di protezione era da ritenersi costituzionalmente illegittima. Posizione che sarebbe stata a maggior ragione priva di fondamento considerando il rispetto della coscienza del medico che emerge tanto dall’Ordinanza quanto dalla sentenza della Corte costituzionale.

La scelta di completa chiusura inizialmente adottata dalla FNOMCeO risultava quindi poco sostenibile e correttamente è stata modificata. A fronte di una tale contrarietà ai principi costituzionali, anche le conseguenze sanzionatorie di eventuali procedimenti disciplinari sarebbero state comunque mitigate o annullate da rimedi previsti dall’ordinamento giuridico.

Ciò nonostante, va tenuto in considerazione come l’allineamento all’esclusione di responsabilità penale adottato con gli indirizzi applicativi non risolva tutti i possibili conflitti tra “dimensione deontologica” e “dimensione giuridica”.

Il rischio di procedimento disciplinare, ad esempio, può continuare a influire, come deterrente sulle scelte professionali.

Le incertezze derivanti da contrasti tra diritto e deontologia nell’ordinamento italiano sono inoltre amplificate dalla menzionata assenza di un modello che definisca compiutamente reciproci ruoli e sfere di competenza, nonché dalla mancanza di un’adeguata disciplina dello strumento disciplinare e delle relative garanzie. Ciò può rendere, infatti, ulteriormente gravosa per il singolo professionista la scelta di attuare la disciplina prevista dall’ordinamento giuridico discostandosi da quella deontologica.

Ancor di più – e in questo caso in maniera autonoma rispetto all’effettività, o anche solo potenzialità, dello strumento disciplinare – in un contesto professionale dove determinate pratiche, legittimate giuridicamente e considerate eticamente appropriate dal singolo professionista, siano percepite (e pertanto ostacolate) come contrarie alla deontologia e al ruolo della professione stessa.

Infine, le incertezze interpretative e applicative che spesso, in questioni tanto delicate e complesse, caratterizzano il quadro giuridico di riferimento non aiutano a definire i margini di responsabilità dei professionisti in maniera tale da garantire la serenità necessaria a superare i condizionamenti e i conflitti derivanti da tali fattori.

7. Considerazioni conclusive

L’analisi fin qui condotta consente di trarre alcune considerazioni sul ruolo della deontologia nella disciplina del suicidio assistito, rilevanti per il contesto italiano.

Sul piano formale, va innanzitutto ricordato che il CDM non solo è subordinato a fonti di rango primario ma è anche espressione di un’unica categoria professionale e non può pertanto superare scelte democraticamente adottate dal legislatore, soprattutto nei profili dell’attività medica che, non rimanendo confinati ai rapporti interni, incidono in maniera diretta su diritti costituzionalmente garantiti. Come già sottolineato, inoltre, il valore giuridico del CDM è intrinsecamente legato alla capacità di tutelare i diritti fondamentali e i principi dello stato costituzionale di diritto. L’interazione tra principio

personalista e pluralista definisce la cornice entro la quale il ruolo del CDM può (e, in alcuni casi, deve) svilupparsi e arricchirsi di contenuti e funzioni.

Benché, in termini generali, possa essere auspicabile che nei casi di contrasto della fonte legislativa con i diritti costituzionali il CDM mantenga un'autonomia di disciplina in grado di guidare il medico fornendo una maggiore protezione delle libertà fondamentali, un contrasto con il quadro delineato dalla Costituzione renderebbe insostenibile la posizione della categoria professionale. Da questo punto di vista, anche la scelta dei CDM di alcuni *Länder* tedeschi – il cui potenziale conflitto con le scelte adottate in ambito penale poteva trovare fondamento nella specifica suddivisione di competenze e autonomie regolamentari – potrà essere riconsiderata alla luce della pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco del 26 febbraio 2020.

Nella valutazione del ruolo della categoria professionale devono però considerarsi anche le difficoltà e incertezze determinate dal diritto.

Nell'attuale quadro giuridico italiano in materia di suicidio assistito, il mancato intervento legislativo, la definizione da parte della Corte costituzionale di alcuni elementi di procedura e dell'area di non punibilità penale, nonché i problemi legati alla ragionevolezza delle quattro condizioni previste nella sentenza (e richiamate dagli indirizzi applicativi) non danno, infatti, risposte sufficienti alle difficoltà operative che medici e strutture sanitarie dovranno affrontare, né sono in grado di tutelare pienamente il diritto all'autodeterminazione.

Anche il Tribunale costituzionale tedesco, pur ribadendo come non debba mai esserci un obbligo per nessuno di assistere una persona nel suicidio sottolinea tanto la necessità di una coerenza legislativa nel definire il quadro normativo applicabile alla professione medica quanto l'illegittimità di una definizione dell'area di non punibilità non basata su una limitazione giustificata e proporzionata dell'autodeterminazione personale⁷⁷.

Tali complessità, da un lato, richiedono un'adeguata riflessione sul ruolo del diritto. Dall'altro, rendono essenziale una cooperazione tra le diverse "dimensioni della normatività" e, in particolare, il concreto apporto della riflessione deontologica, soprattutto per quanto riguarda il ruolo del medico.

Da questo punto di vista, ad esempio, benché la Corte sottolinei come la declaratoria di illegittimità costituzionale si limiti «a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici», restando pertanto affidato «alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato»⁷⁸, nella prospettiva di un intervento del legislatore e alla luce del "processo medicalizzato" richiamato da entrambe le pronunce, la categoria professionale dovrebbe interrogarsi in maniera più ampia sul ruolo che intende assumere. Soprattutto in un ambito che incide su interessi di primario rilievo sia costituzionale sia deontologico, pare difficile sostenere che la competenza e l'esperienza medica possano completamente sottrarsi all'aiuto a morire, almeno in alcune sue fasi del processo.

In ogni caso, anche evitare il mero contrasto formale tra normativa giuridica e CDM, mantenendo però una posizione di chiusura e una lettura meramente "statica" dei principi deontologici, farebbe perdere alla deontologia l'occasione di confermare una delle potenzialità che hanno contraddistinto la sua evoluzione più interessante: quella di porsi come fonte in grado di attuare nel concreto dell'attività

⁷⁷ 2 BvR 2347/15, cit.

⁷⁸ Corte cost., sent. n. 242 del 2019, p.to 6 del Considerato in diritto.

medica, attraverso l'integrazione ragionevolmente flessibile della disciplina giuridica con i principi deontologici e l'esperienza tecnico-professionale, i valori e i principi costituzionali. Il rischio sarebbe quello di venir meno a tale funzione proprio laddove la disciplina del coinvolgimento diretto del professionista, se non affrontata nel rispetto dei principi personalista e pluralista, potrebbe apparire come un'ingiustificata chiusura della categoria più che una posizione a tutela dei diritti della persona assistita.

La garanzia dell'autodeterminazione e dell'autonomia professionale richiede, invece, una disciplina che permetta di farsi carico della variabilità ed eventuale eccezionalità delle singole situazioni, anche attraverso scelte morali personali che, se rispettose dei principi dell'ordinamento e volte a tutelare i diritti fondamentali, non vengano ostacolate o punite disciplinarmente per violazione del CDM.

Unitamente alla richiamata necessità di riformare il modello dei rapporti tra diritto e deontologia sul piano legislativo, dal punto di vista della "dimensione deontologica", meccanismi di condivisione, di garanzia della pluralità di posizioni all'interno della categoria professionale nell'elaborazione e attuazione del CDM, strumenti di credibilità e trasparenza, sul piano tanto "interno" quanto "esterno" alla categoria, sono quindi elementi essenziali per un CDM che voglia concretamente affermarsi come intermediario tra diritto e professionisti.

La categoria professionale italiana dovrebbe pertanto riflettere sul ruolo della deontologia sia come fonte di pluralismo normativo⁷⁹ e valoriale in dialogo con altre fonti di disciplina, sia come strumento per gestire in maniera ragionevolmente flessibile la pluralità di posizioni, valori, interessi e diritti che caratterizzano le questioni mediche più delicate. E dovrebbe farlo evitando contrasti insanabili, ma anche forme di acritica "giuridicizzazione" della deontologia⁸⁰, ponendosi quindi in dialogo con il diritto valorizzando una riflessione deontologica plurale e attenta all'evoluzione del sentire etico professionale e sociale.

Nelle relazioni tra le "dimensioni della normatività" espresse da diritto e deontologia, la ragionevole composizione del loro dualismo e la loro equilibrata integrazione sono infatti strumenti irrinunciabili per costruire una disciplina in grado di bilanciare concretamente le diverse posizioni e i molteplici diritti coinvolti.

⁷⁹ Nell'accezione di cui *supra*.

⁸⁰ Intesa qui come mero richiamo negli articoli del CDM della disciplina contenuta in altre fonti del diritto, *in primis* quella legislativa.

Forum: Le dimensioni della normatività. A proposito delle recenti pronunce della Corte costituzionale sul suicidio medicalmente assistito

Ancora sui rapporti tra norme dello Stato e norme deontologiche. Il caso del suicidio assistito*

Serena Stacca

Ricercatrice Junior di Diritto Amministrativo. Mail: serena.stacca@unisob.na.it

1. Introduzione

Con la vicenda del suicidio assistito, scandita dalle due note pronunce della Corte costituzionale di ottobre 2018¹ e settembre 2019², (ri)salgono alle luci della ribalta le questioni sui rapporti tra norme statali e norme deontologiche. Insieme a quelle sulla convivenza tra ordinamento generale e ordinamenti professionali, considerate soprattutto nella prospettiva del singolo professionista.

I termini delle questioni si evincono chiaramente dal parere della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici e degli Odontoiatri³ rilasciato

* Le riflessioni del presente contributo non tengono conto delle linee interpretative dell'art. 17 del codice deontologico, giacché maturate in un momento antecedente alla pubblicazione di queste ultime, avvenuta il 6 febbraio 2020 con la comunicazione n. 19 della FNOMCeO.

¹ Corte cost., ordinanza, 24 ottobre 2018, n. 207.

² Corte cost., sentenza, 25 settembre 2019, n. 242.

³ «Documento conclusivo dei lavori della Consulta Deontologica Nazionale della FNOMCeO chiamata ad esprimere parere sul suicidio assistito in merito all'ordinanza 207/18 della Corte costituzionale», del 14 marzo 2019 ([https://portale.fnomceo.it/wp-](https://portale.fnomceo.it/wp-content/uploads/2019/03/COM.-N.-41_PARERE-SU-TEMATICHE-SUICIDIO-ASSISTITO.pdf)

in tema di aiuto al suicidio dopo l'ordinanza della Consulta e di fatto confermato anche a seguito della sentenza di illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.

Decisivi in particolare due passaggi del parere, sui quali è il caso di portare l'attenzione in queste brevi note

2. Sull'autonomia degli ordini professionali

Il primo passaggio da cui agevolmente possono delinearci i problematici rapporti tra norme statali e norme deontologiche è il seguente: «La norma deontologica costituisce la regola fondamentale e primaria che guida l'autonomia e la responsabilità del medico, alla quale egli deve ispirare il proprio comportamento in materia di cura e, più in generale, di salute, rappresentando altresì una protezione del professionista e del paziente rispetto a interventi del potere politico o di altri poteri dello Stato [...]. Sta proprio qui il nucleo della connotazione di autonomia che qualifica la disciplina deontologica, assoggettabile al sindacato giurisdizionale soltanto quando violi precetti costituzionali o principi generali dell'ordinamento, ovvero quando incida su oggetti estranei al campo deontologico».

Il passaggio si presta ad almeno due considerazioni, tra loro collegate.

La prima considerazione concerne il modo in cui nel parere si affronta il rapporto tra deontologia e normativa statale. Più precisamente, riguarda i presupposti a partire dai quali si ritiene di non poter legittimamente limitare l'autonomia degli enti professionali.

La Federazione Nazionale degli Ordini delle professioni sanitarie è ferma nel riconoscere non solo che la norma deontologica sia la regola «fondamentale e primaria» che guida l'attività del medico, ma anche che la disciplina deonto-

[content/uploads/2019/03/COM.-N.-41_PARERE-SU-TEMATICHE-SUICIDIO-ASSISTITO.pdf](https://portale.fnomceo.it/wp-content/uploads/2019/03/COM.-N.-41_PARERE-SU-TEMATICHE-SUICIDIO-ASSISTITO.pdf)

logica in generale non possa essere intaccata da alcuna altra norma o sindacata in sede giurisdizionale, a meno che non violi principi costituzionali o generali dell'ordinamento.

Ora, a prescindere dalle diverse tesi sulla natura delle regole deontologiche⁴, deve ammettersi che la deontologia (non solo quella medica) sta assumendo una posizione sempre più rilevante nell'ordinamento giuridico, qui inteso innanzitutto come insieme unitario di norme.

Espressione di autoregolamentazione di gruppi sociali organizzati, nella specie di organizzazioni riconosciute come enti pubblici, la deontologia è, infatti, sempre più spesso chiamata «a concorrere con la stessa legislazione statale nella disciplina dei diversi settori della vita sociale, al fine di soddisfare, in particolare, quell'istanza di flessibilità delle regole, che una società sempre più articolata e in rapida trasformazione sembra inevitabilmente imporre». Questa tendenza naturalmente si accentua «con riguardo a quei settori professionali che maggiormente risentono [...] dei progressi tecnico-scientifici», come appunto quello della medicina. In tale ambito, la codificazione deontologica risponde all'«esigenza di incanalare prontamente l'esercizio dell'attività professionale entro argini» costituiti dai canoni della scienza e dell'arte medica e ispirati soprattutto al rispetto dei diritti fondamentali della persona (*recte*, del paziente)⁵.

⁴ Per una sintesi si rinvia a P. LAONIGRO, *Le norme deontologiche tra teoria e prassi giurisprudenziale: notazioni sul codice deontologico medico*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

⁵ E. QUADRI, *Codice di deontologia medica*, in G. ALPA, P. ZATTI (a cura di), *Codici deontologici e autonomia privata*, Milano, 2006, 69. [Corsivo aggiunto]. V. inoltre di recente Corte cost., 4 novembre 2019, n. 259, § 6, cons. dir., che definisce le norme deontologiche atti di «soft law» proprio in virtù della esigenza di flessibilità e elasticità delle regole in certi settori della società.

Non è pertanto in discussione l'importanza progressivamente assunta dalla deontologia nella regolamentazione di interi settori della società civile, economica e sociale e nella definizione degli obblighi che ricadono su alcune categorie professionali, in virtù dei diritti costituzionalmente garantiti che tali categorie sono tenute a soddisfare.

Epperò, tale circostanza non dovrebbe rappresentare il pretesto per fare della deontologia il vessillo da innalzare nei confronti dello Stato in difesa dell'intangibilità dell'autonomia del gruppo professionale.

Assai discutibile è pertanto la pretesa esclusività (e conseguente intoccabilità) della fonte deontologica, emergente dal parere nella parte in cui ammette limitazioni all'autonomia normativa dell'ordine delle professioni sanitarie soltanto a fronte della violazione di «precetti costituzionali o principi generali», e non anche di altre norme dell'ordinamento.

Le restrizioni a cui va incontro la deontologia (e, quindi, l'autonomia dell'ordine professionale) non possono essere ricondotte alle sole norme di principio. Le condizioni su cui basare ogni valutazione sui limiti all'autonomia del gruppo professionale (nel caso di specie) medico sono, infatti, altre. Esse riguardano piuttosto la relazione tra libertà scientifica, regole dell'arte medica, autonomia privata, da un lato, e potere conformativo o limitativo dello Stato, dall'altro lato, dove peraltro può essere lesivo un principio e viceversa può non esserlo una regola: in definitiva, nella riflessione sulle questioni che ruotano intorno al raccordo della deontologia con il sistema delle fonti del diritto statale sono i suddetti elementi e la relazione tra essi a dover essere presi in considerazione⁶.

⁶ V. Corte cost., 19 giugno 2002, n. 282, § 4 cons. dir., richiamata dalla stessa Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri a fon-

3. Segue. L'interesse pubblico alla tutela della salute quale limite all'autonomia degli ordini professionali

Se così è, nella vicenda dell'aiuto al suicidio si assiste allora a un'ingiustificata erezione della deontologia a protezione di una riserva extra-statale.

La norma che viene in rilievo è, come noto, l'art. 17 del codice di deontologia medica del 2014, che vieta al medico di effettuare o favorire atti finalizzati a provocare la morte del paziente.

Si tratta di una disposizione che incide, dunque, sulla sfera giuridica del paziente: questa sfera corrisponde a un interesse pubblico garantito dall'ordinamento, sia in termini individuali che collettivi.

Quando dietro alla deontologia ci sono interessi di questo tipo, l'autonomia rivendicata dalla Federazione non può sussistere. In questione non vi sono solo libertà scientifica e regole tecniche. In una vicenda come quella del suicidio assistito, alla fonte deontologica non può essere riconosciuta alcuna *riserva materiale* e di principio che possa giustificare la sua non assoggettabilità al sindacato giurisdizionale, essendo in gioco il valore della persona umana, nella sua dignità e autodeterminazione, nonché il diritto alla salute, tutti tutelati dalla Carta costituzionale negli articoli 2, 13 e 32. Ancor prima, nessuna *riserva materiale* e di principio può opporsi a un intervento del legislatore ordinario, che deve soltanto risultare idoneo a superare il vaglio di c.d. ragionevolezza scientifica⁷. Dopotutto, nel caso di cui si fa questione, ci sarebbe da chiedersi se e fino a che punto sia possibile consentire che sia un ordine professionale, che non è riconducibile «neppure mediamente, né alle istituzioni poli-

damento invece della natura di regola «fondamentale e primaria» della norma medico-deontologica.

⁷ In questi termini, Corte cost., 19 giugno 2002, n. 282, cit., § 5 e ss., cons. dir.

tiche né alle istituzioni amministrative a queste collegate»⁸ a esercitare poteri conformativi di sfere altrui che in principio potrebbero spettare solo agli organi politico-amministrativi.

In fondo, invocare l'autonomia della disciplina deontologica per evitare ingerenze dei poteri statali risulta contraddittorio oltre che pretestuoso, dal momento che, quando vengono in rilievo diritti fondamentali, il legislatore (e quindi eventualmente il giudice) è tenuto a intervenire.

Del resto, a tale conclusione si dovrebbe giungere anche muovendo dalla qualificazione legislativa degli ordini dei medici-chirurghi e degli odontoiatri quali «organi sussidiari dello Stato»⁹. Se la sussidiarietà implica che gli ordini debbano agire in qualità di organismi ausiliari e di completamento per l'attuazione e esecuzione di norme primarie, a questa funzione dovrebbe assolvere anche la deontologia: sussidiaria dovrebbe essere, cioè, anche la deontologia.

⁸ Così, L. FERRARA, *Note critiche sulla natura giuridica degli ordini professionali*, in *Diritto amministrativo*, 2011, 376. Sul punto, con particolare riguardo proprio alle fonti di autonomia della categoria medica, v., di recente, N. VETTORI, *Diritti della persona e amministrazione pubblica. La tutela della salute al tempo delle biotecnologie*, Milano, 2017, 66 ss.

⁹ Ai sensi dell'art. 1, comma 3, lett. a) del decreto istitutivo degli ordini dei medici-chirurghi e degli odontoiatri e le relative federazioni nazionali (d.lgs.c.p.s. 13 settembre 1946, n. 233, come modificato dalla legge 11 gennaio 2018, n. 3). Tale qualificazione sarebbe in linea con la funzione attribuita all'ente pubblico associativo di «garantire la salute individuale e collettiva» (art. 3, lett. c) del d.lgs.c.p.s. citato), sostenuta già in passato da quanti individuavano negli interessi delle categorie professionali un interesse generale della collettività al corretto esercizio della professione.

4. I conflitti tra norme dello Stato e norme deontologiche

La vicenda del suicidio assistito si presta inoltre alla riflessione sotto un altro profilo, del tutto consequenziale: quello inerente alla questione dei rapporti tra norme dello Stato e deontologia.

Se, come si è visto, non può esservi autonomia come territorio riservato, c'è da interrogarsi sulle sorti di una norma deontologica che entri in contrasto con una disposizione di legge.

Si ipotizzi allora che il legislatore intervenga in materia di suicidio assistito e riconosca all'ammalato il diritto di richiedere l'aiuto al suicidio, lo regolamenti (a certe condizioni tra l'altro già individuate nell'ordinanza della Corte costituzionale¹⁰) e lo renda medicalizzato (vale a dire riservi tale pratica al solo personale medico: con la previsione, beninteso, di una disciplina idonea a consentire la piena operatività della c.d. clausola di coscienza).

In questa logica, in una situazione in cui il medico diverrebbe parte attiva e necessaria alla piena realizzazione di un diritto, l'art. 17 del codice di deontologia medica, che sanziona disciplinarmente le condotte del professionista dirette a favorire o a determinare la morte del paziente, risulterebbe in contrasto con la normativa statale.

In tal caso, la norma deontologica dovrebbe essere ignorata, disapplicata o eliminata, a seconda dei casi e dell'interpretazione sulla natura di queste fonti; nondimeno dovrebbe essere modificata dall'interno¹¹.

¹⁰ In particolare, nel § 8, cons. dir.

¹¹ Come tra l'altro avvenuto a seguito dell'introduzione della normativa statale sull'interruzione di gravidanza, di cui alla l. 22 maggio 1978, n. 194.

5. La convivenza tra ordinamento generale e ordinamenti professionali: la delicata posizione del medico

Le anzidette eventualità non sono prese in considerazione dagli organi rappresentativi dell'ordine professionale, come si ricava da un secondo passaggio del parere della Federazione Nazionale¹². Dal medesimo passaggio possono inoltre desumersi le contraddizioni che in casi come questo si verificano allorché una medesima condotta viene trattata diversamente nell'ordinamento generale e nell'ordinamento professionale. Si tratta di contraddizioni che ricadono innanzitutto sul medico, per il solo fatto di essere un individuo che è al tempo stesso necessariamente appartenente all'ordinamento generale e all'ordine professionale.

Il passaggio in questione chiude il parere sancendo che: «Ove il legislatore ritenga di modificare l'art. 580 c.p. e, quindi, di non ritenere più sussistente la punibilità del medico che agevoli "in qualsiasi modo l'esecuzione" del suicidio, restano valide e applicabili le regole deontologiche attualmente previste nel Codice». Rimarrebbe in altri termini efficace la prescrizione di cui all'art. 17 del codice di deontologia medica. Tale conclusione, basandosi solamente sull'art. 580 c.p., cioè sulla esclusione della sola punibilità penale di atti volti a aiutare qualcuno a morire, sembra dimenticare, non si sa quanto consapevolmente o volutamente, che il legislatore, ammonito dalla Corte costituzionale, possa

¹² Si vedano peraltro le dichiarazioni rilasciate dal presidente della FNOMCeO, dott. Filippo Anelli, al quotidianosanita.it il 23 novembre 2019 a commento della pronuncia di incostituzionalità della Corte, che sembrano aprire alla possibilità di modificare il codice di deontologia medica, naturalmente sotto l'egida e il controllo del Consiglio Nazionale degli Ordini delle professioni sanitarie (https://www.quotidianosanita.it/governo-e-parlamento/articolo.php?articolo_id=79069).

(prima o poi) introdurre una disciplina sul suicidio assistito e medicalizzato.

Se il legislatore interverrà, la presa di posizione della Federazione Nazionale, sottolineata nel passaggio citato, condurrebbe all'assurda conclusione che un identico comportamento (la prescrizione da parte del personale medico del trattamento letale) finirà per essere valutato al tempo stesso, da un lato, lecito e necessario (dall'ordinamento generale) e, dall'altro lato, illecito e «ostativo alla piena realizzazione del diritto fondamentale alla salute» (dall'ordine professionale)¹³.

Senonché, anche a prescindere da un intervento regolativo del legislatore in materia di suicidio assistito, la qualificazione come illecito disciplinare delle condotte volte a provocare la morte di un malato¹⁴ appare comunque problematica, specie per il professionista.

Deve infatti osservarsi che, soprattutto a seguito della dichiarazione di incostituzionalità della norma penale, potrebbe verificarsi la seguente situazione paradossale, tutta a carico del medico: per escludere gli estremi dell'illecito di cui all'art. 17 del codice deontologico e quindi per evitare l'assoggettabilità a procedimento disciplinare e alle sue (imprevedibili) sanzioni (mancando nel contesto disciplinare la corrispondenza tra illeciti e sanzioni), il medico finirebbe comunque per violare un'altra disposizione, che tra l'altro non ha solo natura deontologica. Segnatamente quella sulla libertà di scelta del paziente, sancita anche dalla Carta dei principi eti-

ci europei sottoscritta dal C.E.O.M. (*European Council of Medical Orders*) nel 2005, agli artt. 9 e 13¹⁵, posta ormai a base di tutte le relazioni medico-paziente¹⁶ e valorizzata in sostanza dalla stessa decisione di depenalizzare il suicidio assistito.

Per concludere: se oggi l'aiuto al suicidio è socialmente accettato e riconosciuto, un ripensamento dell'art. 17 del codice di deontologia medica non solo risulterebbe opportuno per liberare il medico da una posizione scomoda, ma sarebbe pure coerente con la funzione di tutela dell'interesse pubblico alla salute individuale e collettiva. Altrimenti si dovrebbe sostenere che l'ordine professionale e la deontologia sono volti alla protezione degli interessi della sola categoria professionale.

¹³ Così 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 www.forumcostituzionale.it, 3.

¹⁴ Che potrebbe apparire non illogico, né contraddittorio, sul presupposto che le condotte rilevanti sul piano disciplinare non hanno sempre rilevanza anche su quello penale, civile o amministrativo e che la responsabilità disciplinare si aggiunge alle altre ipotesi nelle quali può incorrere il professionista.

¹⁵ In base ai quali rispettivamente «Medical practice involves respect of the patient's life, moral autonomy and freedom of choice» and «If the moral and technical conditions are such as to prevent the physician from acting in full independence, he must inform the patient of this. The patient's right to treatment must be guaranteed».

¹⁶ V., soprattutto, l. 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento).

Le prospettive aperte dall'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale alla riflessione deontologica dei medici*

Antonio Panti

Componente Consulta Deontologica FNOMCeO. Mail: antonio.panti@tin.it

Il mio breve intervento è dedicato al contenuto del dibattito sulle prospettive aperte dall'ordinanza della Corte costituzionale n. 207/18 in merito al suicidio medicalmente assistito. I precedenti oratori hanno affrontato la questione prevalentemente da punto di vista giuridico. Altresì il parere dei medici è fondamentale perché è il medico il professionista chiamato a verificare e certificare le condizioni cliniche sia fisiche che psicologiche del paziente che, nella fase terminale della sua vita, richiede aiuto per por fine ai suoi tormentati giorni.

Il Codice Deontologico vigente all'articolo 17 vieta ai medici «di effettuare o favorire atti finalizzati a provocare la morte». Il divieto è netto e corrisponde a un modo di pensare fortemente radicato nella professione. I medici, nel corso della storia, hanno sempre cercato di contrastare o dilazionare la morte che si è configurata, tanto più oggi quando la medicina dispone di straordinari mezzi per prolungare la vita fino a creare soverchie illusioni nella gente, quasi come una sconfitta della medicina. Questa è la principale ragione per cui i medici non appaiono propensi ad aiutare nessuno a morire per quanto motivazioni oggettive possano esservi.

Ecco perché, di fronte a così radicali trasformazioni sociali che il diritto non può più ignorare, tuttavia anche in Italia si intravede il concretizzarsi di una situazione alla tedesca dove pur nel-

* Intervento del Dr. Antonio Panti alla tavola rotonda del convegno "riflessioni sulla dimensione della normatività: etica, deontologia e diritto" tenutosi in data 11 settembre 2019.

la decisione positiva della Corte Suprema, gli Ordini hanno mantenuto fermo il divieto per i medici di assistere il suicidio.

Finora la posizione espressa dal Presidente della Federazione degli Ordini dei Medici, in sede di audizione del Comitato Nazionale di Bioetica, è stata di suggerire ai medici di comportarsi in queste occasioni come amici del paziente, resuscitando l'antico detto del "medicus amicus" che agisce in tal veste e non da professionista.

Una posizione non facilmente sostenibile in quanto il paziente si rivolge al medico curante perché vuole un aiuto professionale e non una vaga amichevole empatia.

Forse è opportuna una riflessione più filosofica che medica sulla morte oggi, non solo come viene vissuta dalla società, ma sulla differenza tra morte "naturale" e "medicalizzata". Il problema infatti nasce da qualche decennio, da quando le sofisticate tecnologie disponibili in medicina hanno fatto sì che, quando siano esaurite le possibilità terapeutiche cioè la capacità delle cure di modificare positivamente il decorso della malattia e la qualità della vita, il paziente possa sopravvivere ancora per un tempo indefinito in una condizione spesso di perdita di dignità e di inutile sofferenza.

Allora come definire questo tipo di morte tecnologicamente dilazionata quando pur sempre la morte fa parte biologicamente della vita? Bichat ha detto che la vita è rappresentata dalle forze che si oppongono alla morte ma, quando queste forze sono esaurite e la morte non trionfa ancora per l'intervento massiccio della tecnica, chi deve aiutare il paziente che vuol liberarsi di questo che per lui è un peso insopportabile? Come Dedalo inventò il labirinto e il filo per uscirne il medico non dovrà responsabilizzarsi anche di questa fase della relazione di aiuto verso il paziente?

In questo stesso convegno abbiamo ascoltato un'ottima relazione sui rapporti tra deontologia e diritto in alcuni paesi europei. Nel nostro paese il quadro è piuttosto confuso; il medico radiato dall'albo non può più esercitare (almeno per cinque anni) pur avendo davanti altri due gradi di giudizio tra cui la Cassazione. Ma il medico può rifiutarsi di adempiere a una legge? Non è chiaro per quanto in questo caso si tratterebbe (ove fosse promulgata) di una legge fondata su un parere della Corte cioè in ottemperanza di una norma costituzionale.

Devo tuttavia preannunciare una situazione complessa in quanto esistono tra gli Ordini fugghe in avanti che considerano la deontologia più importante della Costituzione, quasi trasformando la medicina in una religione, come se "Religio Medici" non fosse già stato scritto nel Settecento, tuttavia prima del movimento politico che ha portato alle Costituzioni moderne.

È di questi giorni la notizia, riportata dal JAMA (*Journal of American Medical Association*), una delle più importanti riviste mediche mondiali, di una geriatra che ha acconsentito ad aiutare il suicidio di un anziano paziente oncologico nelle condizioni che la nostra Corte ha previsto quali giustificanti la richiesta suicidaria. Ebbene la geriatra, che aveva agito secondo la legge del Colorado in materia, è stata licenziata in tronco dall'amministrazione dell'ospedale in cui lavorava perché, si legge nella motivazione, il suo comportamento, per quanto in linea con la legge del Colorado, contrastava con i valori cattolici della proprietà. L'ospedale faceva notare che il suicidio negava al paziente «la redenzione attraverso il dolore» secondo la dottrina cattolica. Tutti ricordano il celebre discorso del 1956 di Pio XII agli anestesisti nel quale il Pontefice affermava con estrema chiarezza che a nessun cattolico era richiesto di soffrire per andare in Paradiso.

In conclusione in un paese civile dovremmo consentire a tutti di esercitare la propria libertà quando ovviamente non si danneggia quella altrui e, nel caso del suicidio assistito, la scelta è assolutamente personale. Anche la coscienza dei medici deve essere rispettata ma non a senso unico. Il medico che volesse aiutare il paziente a finire le proprie sofferenze, scegliendo in qualche modo il momento della sua morte dovrebbe essere posto nella condizione di effettuare questa scelta. Insomma il rispetto e la tolleranza dovrebbero essere il canone fondamentale della convivenza civile.

Autodeterminazione e giustizia. Agevolare la morte e lasciare morire nelle recenti pronunce della Corte costituzionale sul suicidio medicalmente assistito

Matteo Galletti

Dipartimento di Lettere e Filosofia, Università degli Studi di Firenze. Mail: matteo.galletti@unifi.it

1. Note introduttive

L'Ordinanza (n. 217/2018) e la successiva Sentenza (n. 242/2019) della Corte Costituzionale, che hanno sancito l'incostituzionalità di un divieto assoluto di praticare il suicidio medicalmente assistito (pur riconoscendo la coerenza tra un divieto *generale* di aiuto al suicidio e i valori costituzionali, in particolare modo la protezione delle persone più vulnerabili e quindi maggiormente condizionabili), sono destinate a introdurre novità di assoluto rilievo sia sul piano giuridico, sia sul più ampio piano etico-sociale. In questo breve scritto vorrei soffermarmi su un particolare aspetto del ragionamento imbastito dalla Corte, e in parte anticipato dalla Corte d'Assise di Milano, con cui si giunge alla conclusione e in particolare modo sulla particolare versione di questo percorso argomentativo che al tempo stesso si sbarazza, direi coraggiosamente, del tradizionale principio di asimmetria morale tra atti e omissioni o, per meglio dire, tra agevolare la morte e lasciare morire come casi specifici della più generale distinzione tra fare e lasciare accadere (dirò qualcosa di più su questo punto tra poco). La mia tesi è che il modo peculiare con cui la Corte stabilisce una simmetria tra uccidere e lasciare morire condiziona la portata del riconoscimento di una non-punibilità dell'aiuto al suicidio, limitando fortemente la casistica dei pazienti per cui potrebbe essere previsto il ricorso al suicidio medicalmente assistito. La mia analisi sarà condotta

dalla prospettiva della filosofia morale e non strettamente giuridica, in base alla premessa che quanto statuito dalla Corte abbia un interesse che non è limitato agli aspetti giuridici ma investe anche la sfera normativa della moralità. Il diritto di richiedere e ottenere il suicidio medicalmente assistito è al tempo stesso un diritto di natura morale e di natura legale.

Prima di analizzare da vicino il testo delle due pronunce della Corte (da qui in poi citate come Ordinanza e Sentenza, con i rinvii ai paragrafi), vorrei presentare alcune brevi osservazioni introduttive. Generalmente si parla della distinzione tra atti e omissioni in termini sia ontologici sia morali: esiste cioè la possibilità di individuare due tipologie distinte di comportamento da un punto di vista descrittivo e di tracciare anche una distinzione morale da un punto di vista valutativo. In generale, si è moralmente responsabili dei risultati delle nostre azioni, mentre si è generalmente non responsabili o meno responsabili, sempre in una prospettiva morale, per il risultato delle nostre omissioni, ossia per gli stati di cose che si verificano in ragione di ciò *che non si fa*. Nell'ambito del complesso e intricato dibattito in filosofia morale sulla effettiva giustificazione di queste distinzioni, si è poi proceduto a contestare l'idea che questa distinzione generale sia perfettamente sovrapponibile ai casi bioetici in cui l'oggetto dell'attenzione è il comportamento del medico. Infatti, sebbene i casi tipici di uccisione (la cosiddetta eutanasia volontaria attiva) siano sempre casi in cui si può efficacemente individuare un'azione, la situazione sul versante del lasciare morire è più frastagliata, in quanto è sia possibile lasciare morire compiendo un'azione come lo spegnimento di un supporto salvavita (respirazione artificiale), sia astenendosi dall'agire, ad esempio non somministrando un farmaco essenziale per la sopravvivenza del paziente. Di queste sovrappo-

posizioni è del tutto consapevole la Corte che riconosce che l'interruzione dei trattamenti sanitari può richiedere «una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore)» (Ordinanza, § 9; Sentenza § 2.3).

Per questi motivi è più corretto parlare di uccidere/lasciare morire piuttosto che di atti/omissioni, considerando la coppia rilevante per la nostra discussione come una casistica particolare semmai di un'altra distinzione, quella tra fare qualcosa perché un dato stato di cose si verifichi e lasciare che lo stesso stato di cose invece si realizzi, sia intervenendo attivamente per rimuovere un ostacolo che impedisca tale risultato sia astenendosi da azioni che lo preverrebbero. C'è poi la questione se sia corretto, sia sul piano valutativo, sia sul piano descrittivo, assimilare il suicidio assistito all'uccidere: in questo caso, si potrebbe obiettare, il medico non si costituisce parte attiva nel processo che conduce alla morte del paziente nello stesso modo in cui lo fa il medico che pratica un'eutanasia iniettando una sostanza letale. Nel suicidio assistito il medico fornisce i mezzi al paziente, sulle cui spalle ricade interamente l'onere della scelta finale. Comprendo che intuitivamente il diverso coinvolgimento del medico dovrebbe indurre a non ritenere il suicidio medicalmente assistito come un'uccisione (in qualunque modo la si intenda sotto il profilo morale). Per questo imposterò la questione nel modo suggerito in precedenza: la Corte ha sostanzialmente rifiutato la simmetria morale (e poi giuridica) tra agevolare la morte o contribuire a produrla e lasciare morire in un contesto medico. Si deve infatti considerare che tutto l'argomento della Corte si basa sulla distinzione

tra un divieto generale e un divieto assoluto di aiuto al suicidio. Sebbene il primo sia coerente con i valori costituzionali, il secondo invece si pone in aperto contrasto con essi, impedendo in modo ingiustificato a pazienti che ricadono in una certa categoria di poter scegliere liberamente in merito alla propria morte. Il divieto generale di aiuto al suicidio consente un'effettiva protezione di persone vulnerabili come «persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine» (Ordinanza, § 6) e contemporaneamente lascia a pazienti in contesti medicalizzati la libertà di scegliere come e quando morire.

2. Agevolare la morte e lasciare morire. Ragioni di una simmetria

Tra i molti studiosi che hanno commentato alla sentenza, Maurizio Mori ha sostenuto che un punto di forza dell'Ordinanza consiste nell'accettazione del principio che stabilisce una simmetria morale tra uccidere (o agevolare la morte) e lasciare morire, che caratterizza ormai il nuovo paradigma concettuale della bioetica (l'altro principio che definisce tale paradigma è quello che distingue tra vita biografica e vita biologica, non riconosciuto dalla Corte che si è così preclusa di dare una risposta definitiva e chiara sulla morte volontaria)¹⁷. Questa osservazione è decisamente importante. Tuttavia, i passaggi con cui la Corte giunge ad accettare tale principio condizionano poi le conclusioni a cui giunge. Generalmente la simmetria morale tra contribuire alla morte e lasciare morire è stabilita tramite un ragionamento consequenzialistico e mostrando che, a parità di condizioni, non esistono fattori rilevanti per considerare

¹⁷ M. MORI, *Un'analisi bioetica dell'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Cappato*, in *Notizie di Politeia*, 25, 2019, 93-98.

moralmente diversi agevolare la morte e lasciare morire. Ciò significa, in generale, che attribuito un certo valore morale alle conseguenze prodotte (in questo caso la morte di un individuo), non è importante il modo in cui vengono prodotte, se tramite un'azione o un'astensione; quello che in situazioni particolari stabilisce una differenza tra agevolare la morte e lasciare morire è la presenza di un qualche fattore (l'intenzione dell'agente, il motivo con cui agisce ecc.) che rende quel particolare caso di agevolazione della morte diverso, dal punto di vista morale, da un caso simile in cui invece il paziente è lasciato morire. Quando invece si registra una parità di condizioni (ad esempio, l'intenzione e il motivo con cui il medico agisce sono in un caso e nell'altro moralmente commendevoli) dovremmo formulare giudizi valutativi del tutto simmetrici. Questo approccio è anche condiviso da chi, muovendo da un'etica delle virtù o della cura, sostiene che la distinzione non ha senso se ci si pone dal punto di vista dell'etica della cura e dell'etica delle virtù. La modalità con cui si ottiene la morte del paziente è moralmente irrilevante, mentre è del tutto centrale la disponibilità del medico, nei suoi comportamenti, a essere attento ai diritti, ai bisogni e ai desideri del paziente¹⁸.

La Corte non sceglie però di seguire questa strada, evitando sia di ricostruire in senso naturalistico il legame tra l'agente (il medico) e le conseguenze (la morte del paziente), sia di adottare un ragionamento consequenzialistico, sia di considerare fattori soggettivi quali l'intenzione o il motivo con cui si prende la decisione di agevolare la morte o di lasciare morire. Essa traccia comunque un percorso di carattere

fondamentalmente deontologico (nel senso in cui, in etica, le teorie deontologiche si oppongono alle teorie consequenzialistiche e quindi utilizzano un linguaggio e un apparato concettuale basato su diritti, doveri e principi).

Già nell'Ordinanza, la Corte riconosce che, grazie alla legge 22 dicembre 2017 n. 219, i pazienti possono decidere di lasciarsi morire tramite il rifiuto o l'interruzione di trattamenti salvavita, comprese idratazione e alimentazione artificiali. Questa decisione ha effetti vincolanti sul medico che, come recita la legge, «è tenuto a rispettare la volontà del paziente» (art. 1, comma 6). Secondo il ragionamento della Corte, la possibilità di rifiutare o rinunciare a un trattamento salva-vita salvaguardia non solo il valore della libertà personale, ma anche quello della «dignità nel morire». Un paziente può così scegliere quale tipo di morte è da ritenersi più coerente con la sua visione e concezione della vita. Al contempo, il codice penale esclude che il paziente possa ricorrere a metodi alternativi per far valere questa sua immagine di sé nel processo del morire, soprattutto nelle situazioni in cui la rinuncia a o il rifiuto di trattamenti di sostegno vitale potrebbe produrre una morte più lenta e un «carico di sofferenze [maggiore] per le persone che [al paziente] sono più care» (Ordinanza, § 9); in questo modo si viene a creare una condizione che viola sia criteri sostanziali di giustizia sia criteri formali di coerenza. Dal punto di vista della giustizia, alcuni pazienti dipendenti da trattamenti vitali non possono far valere la propria autodeterminazione e la propria idea di dignità personale nel morire perché costretti a percorrere l'unica via ammessa dalla legge e impossibilitati a scegliere l'alternativa a loro più consona del suicidio medicalmente assistito. Proprio la vicenda di DJ Fabo mette in luce questo punto, perché, non essendo totalmente dipendente da un respiratore artificiale,

¹⁸ C. BOTTI, A. VACCARI, *End-of-life Decision-making and Advance Care Directives in Italy. A Report and Moral Appraisal of Recent Legal Provisions*, in *Bioethics*, 33, 2019, 842-848.

la morte avvenuta per effetto dell'interruzione del dispositivo medico sarebbe stata più lunga e questa conseguenza «egli stesso reputava non dignitosa», con l'aggravante che i suoi cari «avrebbero dovuto [condividerla] sul piano emotivo» (ivi). Una disparità quindi che non implica una discriminazione ed entra in conflitto con il principio di autodeterminazione degli individui.

La scelta tuttavia di consentire la sospensione di trattamenti salvavita e di punire l'aiuto al suicidio è anche incoerente. Come sostiene la Corte: «se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di una ferrea e indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri, quale alternativa reputata maggiormente dignitosa alla predetta interruzione» (Ordinanza § 9).

Qui si tratta di stabilire una coerenza tra casi ritenuti omogenei. Se nel caso del rifiuto o della rinuncia a un trattamento di sostegno vitale è prevalente l'autodeterminazione, che nel caso si specifico si ritiene un valore soverchiante il bene vita, non si vede perché non si debba trattare in modo analogo il caso in cui il medesimo paziente, tenuto in vita tramite dispositivi e trattamenti, consideri la scelta del suicidio medicalmente assistito come più coerente con la sua dignità. Si tratta, quindi, di ristabilire un bilanciato rapporto tra il bene autodeterminazione e il bene vita per tutti i pazienti dipendenti da trattamenti salva-vita, che deve prescindere dalla specifica modalità in cui tale rapporto viene tradotto nella pratica.

Questo ragionamento è stato anticipato dall'Ordinanza della Corte di Assise di Milano (14 febbraio 2018) ed è ribadito anche nella sentenza più recente della Corte costituzionale. Nella Sentenza si esplicita infatti che il riferimento all'autodeterminazione, determinante nelle pronunce sui casi Welby ed Englaro, è il faro che ha guidato la stesura della legge n. 219/2017 e ancora una volta non sembrano esserci ragioni sufficienti per non considerare che il principio che fa prevalere la libertà del paziente sulla tutela della vita nei casi specifici di dipendenza (attuale o prospettica) da trattamenti vitali come sufficientemente forte da coprire sia le decisioni di rifiuto/rinuncia a trattamenti vitali, sia richieste di suicidio medicalmente assistito. La parità logica tra casi di agevolare la morte e lasciare morire riguarda un caso circoscritto di pazienti, quelli i cui diritti sono già esplicitamente sanciti dalla legge n. 219/2017: «La declaratoria di incostituzionalità attiene, infatti, in modo specifico ed esclusivo all'aiuto al suicidio prestato a favore di soggetti che già potrebbero alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla loro sopravvivenza, ai sensi dell'art. 1, comma 5, della legge ora citata [la legge n. 219/2017]: disposizione che, inserendosi nel più ampio tessuto delle previsioni del medesimo articolo, prefigura una "procedura medicalizzata" estensibile alle situazioni che qui vengono in rilievo» (Sentenza, § 2.3).

3. Implicazioni bioetiche delle ragioni della simmetria

La Corte procede quindi per estensione e considera che esista, in questi casi specifici, un fattore comune che consente di stabilire una circoscritta simmetria valutativa tra lasciare morire e agevolare la morte: il fattore comune è la tutela dell'autodeterminazione dei pazienti di scegliere

re come morire, nel momento in cui si trovano nella condizione di decidere se iniziare o sospendere un trattamento salva-vita.

È significativo che, nella Sentenza, la Corte puntualizzi che la riconosciuta condizione di vulnerabilità dei pazienti sottoposti a trattamenti salva-vita non è sufficiente per prevedere per questi soggetti un regime di protezione che escluda la pratica del suicidio medicalmente assistito. Si potrebbe infatti argomentare che la vulnerabilità di questi pazienti dovrebbe indurre maggiore cautela ravvisando che la loro condizione non è poi così dissimile da quella in cui versano le persone malate, depresse, psicologicamente fragili, anziane e in solitudine la cui vita, secondo la Corte, è efficacemente protetta da un divieto generale di aiuto al suicidio. Credo che però a un simile tentativo di ricomprendere anche i pazienti dipendenti da trattamento salva-vita nella categoria di soggetti vulnerabili e meritevoli di ampia tutela si possa resistere con due obiezioni. Una è ricordata dalla stessa Corte, secondo cui prevedere un divieto di aiuto al suicidio assistito per questi pazienti significherebbe introdurre un'asimmetria perché da una parte si considerano sufficientemente competenti da rifiutare un trattamento salva-vita, con la conseguenza di andare incontro alla morte, ma non sufficientemente competenti da richiedere (e ottenere) un aiuto al suicidio che avrebbe lo stesso effetto. Ed è un'asimmetria difficile da comprendere (Sentenza, § 2.3). Inoltre, ed è questa la seconda obiezione, a differenza delle persone giudicate "vulnerabili" dalla Corte, per i pazienti dipendenti da trattamenti salva-vita si possono sempre stabilire criteri per accertare la genuina libertà della richiesta sia di interruzione dei trattamenti, sia dell'aiuto al suicidio. Del resto, è quanto in parte prevede la legge n. 219/2017 laddove sostiene che, nel caso di rinuncia a o rifiuto di trattamenti medici salva-

vita, il medico «promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica» (art. 1 comma 3). Questa previsione (per quanto possa apparire paternalistica) deve essere letta nell'ottica di salvaguardare l'autodeterminazione del paziente, fissando alcuni criteri per accertare che la scelta compiuta sia effettivamente libera, consapevole e non viziata, dato l'esito irreversibile che l'esecuzione dell'azione provoca.

Il percorso scelto dalla Corte, tuttavia, provoca anche un effetto di restringimento della popolazione di pazienti che potrebbero ricorrere al suicidio assistito. Da una parte, l'esigenza di modellare la decisione sul caso specifico di DJ Fabo, dall'altra la scelta di stabilire un parallelismo tra la casistica compresa dalla legge n. 219/2017 e la casistica coperta dall'aiuto al suicidio portano la Corte a sostenere che la dipendenza da trattamenti salva-vita sia condizione indispensabile perché venga meno la punibilità dell'aiuto al suicidio. In pratica, l'autodeterminazione terapeutica, fattore comune sia ai casi di lasciare morire, sia ai casi di agevolazione della morte, è concepita come valore definito in riferimento soprattutto alla rinuncia a continuare a vivere in dipendenza da trattamenti vitali. Il problema, quindi, risiede in una concezione angusta dello spazio di autodeterminazione, che lascia sullo sfondo la declinazione che a tratti compare anche nel testo dell'Ordinanza e della Sentenza e che collega la libertà individuale all'esigenza del paziente di morire secondo la propria idea di dignità personale. Ciò che dovrebbe prevalere, per i pazienti affetti da patologia inguaribile e sofferenze intollerabili, è la possibilità di vivere una *buona* morte, una morte che esprima i propri interessi vitali e critici, la propria autenticità, anche quando non si registra una dipendenza continuativa o discontinua

da dispositivi o trattamenti medici salva-vita. Se si fosse perseguita in modo più coerente questa strada, si sarebbe potuto sostenere l'asimmetria valutativa tra agevolare la morte e lasciare morire senza al contempo restringere eccessivamente la platea degli "aventi diritto", evitando così di creare un *vulnus* di giustizia e una potenziale disparità di trattamento di casi che meritano invece di essere trattati in modo uguale.

Forum

Il fine vita come spazio libero dal diritto penale

Antonio Vallini

Professore ordinario di diritto penale – Università di Pisa. Mail: antonio.vallini@unipi.it

Tre sono, in definitiva, i momenti salienti dell'ordinanza n. 207/2019 della Corte costituzionale (i primi due, in particolare, si riflettono nella sentenza 242/2019).

Un primo passaggio rilevante è quello in cui si attribuisce all'articolo 580 c.p., la norma che incrimina l'istigazione o l'aiuto al suicidio, una *ratio* che ne giustifica l'esistenza, che la rende costituzionalmente adeguata: anche, si badi, con riferimento all'aiuto al suicidio, non solo all'istigazione. Su questo punto in particolare la Corte si discosta dalle richieste del giudice *a quo*, volte a estromettere l'agevolazione dall'ambito del penalmente rilevante, o almeno a differenziare la risposta sanzionatoria riferita alle due condotte.

Secondo passaggio significativo: la Consulta ritaglia uno spazio in cui quella *ratio* dell'articolo 580 non ha più senso, a suo dire. Detto spazio è sovrapponibile a quello in cui opera il diritto di rifiutare trattamenti sanitari anche di sostegno vitale, ormai consolidato a più livelli: legge ordinaria, costituzione, fonti sovranazionali. In estrema sintesi, laddove sia già riconosciuta la facoltà di abbandonarsi alla morte, la Corte reputa insensato continuare a tutelare a ogni costo la vita: l'articolo 580 si trova dunque, rispetto a queste fattispecie, *teleologicamente disorientato*; fonte di un accanimento penale irragionevole tanto quanto lo sarebbe, sul versante medico, l'accanimento terapeutico.

Il terzo punto saliente ha a che fare con la tecnica della decisione dell'ordinanza, con la scelta insolita di annunciare ma postergare la dichia-

razione di incostituzionalità usando lo strumento del rinvio dell'udienza, contando che, nel frattempo, il Parlamento, bene avvertito, provveda (questione, tra l'altro, almeno nell'immediato superata dal sopravvenire della sentenza).

Vorrei percorrere a ritroso questi tre punti, giacché in questo modo essi verranno a collocarsi secondo un criterio di importanza crescente per il penalista; in altri termini, inforcando gli occhiali disciplinari che ci competono, è fissando il primo punto che emergono gli spunti più nitidi e interessanti, forse anche *de iure condito*. Dunque, un cenno, *in primis*, alla tecnica del dispositivo dell'ordinanza; questione di interesse preminentemente costituzionalistico. È qui sufficiente osservare come tale strategia contribuisca a evidenziare un aspetto che, forse, può reputarsi la cifra fondamentale di tutto questo provvedimento (e, più in generale, dell'intera vicenda giudiziaria, tra giudice ordinario e Corte costituzionale): si può parlare, invero, di una *decisione costituzionale empatica* – una qualità che ha risvolti positivi, ma porta con sé rischi – la quale, cioè, chiaramente risente della forte e singolare componente emotigena dello *specifico caso concreto*. Una decisione che, in certi passaggi, sembra quasi ispirarsi al brocardo "*ex facto oritur ius*", come se ricavasse le affermazioni di diritto direttamente da un giudizio di valore sul caso concreto. La scelta di rinviare l'udienza perché non vi siano, nel frattempo, conseguenze penali per Marco Cappato, evidentemente risente di una "intuita" inopportunità, in quel caso specifico, di intervenire penalmente. Tale aspetto emergerà, più nitidamente, in rapporto al primo profilo problematico tra quelli dianzi elencati.

Veniamo al secondo punto. La Corte delinea questa sorta di scriminante, di deroga



all'articolo 580 c.p., descrivendo situazioni (e, poi, procedure) che eccezionalmente consentirebbero di chiedere e ottenere l'aiuto al morire. Per giungere a tale risultato, propone una simmetria rispetto agli spazi di operatività del diritto di rifiutare trattamenti di sostegni vitale. L'argomento fondamentale, posto a sostegno di simili conclusioni, è già stato ricordato: non ha più senso una tutela a oltranza, tantomeno di carattere penale, della vita di colui che possa lasciarsi morire rifiutando le cure, men che mai quando il divieto di concedere la morte si tradurrebbe in sofferenze (anche dei familiari) o comunque lesioni alla dignità "soggettiva" del malato aggiuntive, gratuite, evitabili. La Corte adotta questo stratagemma probabilmente perché vuole dar l'impressione di ragionare a rime obbligate, quasi sulla base di un *tertium comparationis*: vuole il più possibile evitare di colorare la propria decisione di una discrezionalità politica che, istituzionalmente, non le compete. Il tentativo è comunque ambiguo, e incompiuto (nella sentenza l'art. 3 Cost. non viene neppure nominato). Il paragone tra "rifiuto di cure salvavita" e accesso al suicidio medicalmente assistito è spurio; tanto che, se immodestamente dovessi dar suggerimenti al legislatore, gli direi di non prendere troppo sul serio una simile indicazione della Consulta, soprattutto laddove costruisce un *identikit* della persona autorizzata ad accedere al suicidio appunto muovendo dal presupposto che costei sia tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale. Non a caso, per quanto mi consta, in nessuna delle legislazioni europee che disciplinano l'aiuto al morire si stabilisce un simile requisito, irragionevolmente limitante. Invero, rifiuto di cure e pratiche eutanasiche aprono prospettive completamente diverse. Il diritto di rifiutare le cure ancora risente fortemente di un interesse a non subire intrusioni sgradite sul corpo. La richiesta di suici-

dio assistito è esattamente il contrario; è, cioè, la pretesa a che qualcuno metta le mani sul mio corpo per aiutarmi a morire. Si tratta, in definitiva, di due prospettive a tratti indubbiamente combacianti, ma orientate verso scopi – e, quel conta, originanti da visuali – differenti. Prova ne è che la stessa Corte Costituzionale non sembra prendere pienamente sul serio una simile comparazione: se davvero ritenessimo che tutte le volte in cui è riconosciuto il diritto di rifiutare cure salvavita, allora è d'uopo ammettere il suicidio assistito, dovremmo coerentemente riconoscere la facoltà di accedere al suicidio assistito anche, ad esempio, al Testimone di Geova che rifiuti la trasfusione di sangue; anche a questa tipologia di paziente, tra le altre, l'ordinamento assegna una facoltà costituzionalmente rilevante di sottrarsi ai trattamenti sanitari, sino alle sue estreme conseguenze. Sennonché, la Corte elabora altri limiti e presupposti, per evitare che si arrivi ad una simile estensione (richiede, ad es., anche una "patologia irreversibile e fonte di sofferenze fisiche o psicologiche"). Evidentemente si rende ben conto del fatto che questa analogia tra facoltà di diverso segno è, per certi versi, a dir poco imprecisa: quei requisiti ulteriori hanno piuttosto a che fare con un diritto a non soffrire, o se preferiamo con una dignità (soggettiva) del morire, che però sarebbe stato arduo spingere a tante estreme conseguenze in virtù di (inesistenti) simmetrie con altra facoltà già precisamente riconosciuta dall'ordinamento. D'altronde, perché prevedere una "procedura" per il suicidio medicalmente assistito a tutela del soggetto debole, che non è invece egualmente prevista, dalla legge, per il rifiuto di trattamenti sanitari salvavita? (si pensi ad es. alla richiesta di intervento dei "comitati etici" territorialmente competenti, compiuta in particolare nella sentenza, con la quale si introduce un requisito

sconosciuto alla legge n. 219/2017). Eppure – è la stessa Corte ad affermarlo – le situazioni di vulnerabilità retrostanti l’una e l’altra richiesta sarebbero del tutto comparabili.

Qualcosa, insomma, “non torna”: neppure sostenendo che la Corte si sia limitata a riconoscere un “diverso modo di porre fine alla relazione terapeutica”, una libertà nel morire, sì, ma purché questo morire sia “già in atto”, e perciò impedibile solo con presidi salvavita: perché questo “diverso modo” viene connotato in termini molto diversi dal modo, diciamo così, “ordinario” di sottrarsi alle cure, cioè dalla richiesta di una loro sospensione. La simmetria tra rifiuto di cure e suicidio assistito è annunciata a parole, ma non si rivela allo sguardo, quando poi si vanno a disegnare le conseguenze “pratiche” di certe premesse argomentative. È, piuttosto, come se la Corte usasse il paragone col rifiuto di cure salvavita giusto per certificare già *de iure condito* il dissolversi di un tabù (quello della indisponibilità della vita), insieme al quale viene a sfumare anche la criminalizzazione dell’aiuto al suicidio, che di quel tabù vive; dopodiché, sentendo la necessità di “riempire” il vuoto di disciplina determinato dallo sgretolarsi di quel confine, oltre il quale allignano situazioni delicatissime, la Corte procede ad inventarsi criteri che non sono più ugualmente desumibili da altre disposizioni già vigenti, e prerogative già riconosciute, né implicati dai principi in modo stringente. Essi derivano, semmai, da una declinazione non a rime obbligate di principi di dignità, autodeterminazione, salute intesa anche come assenza di sofferenza psichica; una declinazione inconfessata perché, forse, inconfessabile, in quanto disvelatrice di una corte che, in certa misura, si sente costretta a far le veci di un legislatore pavido e inconcludente.

Alcuni costituzionalisti affermano che le troppo rigorose condizioni cui, nel dispositivo, si subor-

dina la facoltà di anticipare la morte, non deriverebbero da ragioni di principio, ma risentirebbero di un criterio di rilevanza rispetto al giudizio *a quo*. Tale affermazione continua a risultarmi poco comprensibile, senz’altro per miei limiti di penalista. La Corte mi appare invero giudice non già del “caso concreto”, bensì della legge, applicabile sì al caso concreto, e però considerata nella sua valenza generale ed astratta; e una dichiarazione di incostituzionalità tale da estendere l’ambito del penalmente lecito oltre quanto “strettamente attinente” ai dettagli della vicenda di Dj Fabo sarebbe stata, *a fortiori*, rilevante nel giudizio *a quo*.

A ogni modo, quale che sia il fondamento di validità delle scelte compiute dalla Corte, è indubbio che il dispositivo della decisione appaia assai problematico nella misura in cui, pur non potendo dirsi precisamente derivato dal diritto di rifiutare le cure, non trova altresì corrispondenza con altri casi per altro verso del tutto analoghi a quello di Dj Fabo, come quello, *sub iudice*, di Davide Trentini. La vicenda dovrebbe essere nota: il sig. Trentini era affetto da una forma di SLA particolarmente maligna e inesorabilmente ingravescente, che gli procurava un dolore terribile ventiquattro ore su ventiquattro, non lenibile con trattamenti antidolorifici; egli, però, non era mantenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale, quindi viene a mancare uno dei requisiti necessari affinché l’esimente disegnata dalla Corte possa trovare applicazione. A Massa si sta svolgendo il processo nei confronti di Marco Cappato e Mina Welby, per aver aiutato anche Trentini a ottenere il suicidio medicalmente assistito in una clinica svizzera (la supposta vittima di questa agevolazione aveva già annunciato di aver disponibile un’alternativa: buttarsi giù dal terrazzo): gli imputati saranno, a questo punto, condannati? Le difese sollevano questione di costituzionalità ritenendo

irragionevole la limitazione della “dipendenza da trattamenti di sostegno vitale”, definita da altra sentenza della stessa Corte costituzionale, ma per ragioni – ci dicono alcuni – puramente “tecniche” di rilevanza rispetto al caso concreto?

Allargando lo sguardo, potremmo individuare un'altra biografia “paradigmatica” cui la sentenza della Corte sembra non riferirsi, con ciò suscitando ulteriori perplessità: è quella che vede come protagonista, suo malgrado, Ramón Sampederro – magistralmente interpretato da Javier Bardem nel bel film di Alejandro Amenábar “Mare dentro” –, un tetraplegico che in Spagna ha lottato a lungo e vanamente per il diritto a morire, con le armi della poesia e del diritto, per poi realizzare il suo desiderio con una sorta di sotterfugio. Ebbene, anche il sig. Sampedro non era tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale, riusciva a respirare da solo, riusciva a digerire da solo; generalizzando le conclusioni dei provvedimenti costituzionali in esame, chi si trovasse nella sua stessa condizione non avrebbe facoltà di accesso al suicidio medicalmente assistito – né, d'altronde, potrebbe darsi la morte in altra e più brutale maniera, come invece minacciava Davide Trentini.

In definitiva, assumendo che il suicidio medicalmente assistito costituisca una modalità alternativa, rispetto a quella più direttamente derivabile dall'art. 32, 2° co., Cost., di “emancipazione” da una sopravvivenza dolorosa sostenuta soltanto da presidi medici salvavita, sfuma il motivo per cui l'accesso al suicidio debba essere condizionato a requisiti non necessari per potere liberamente esercitare la facoltà di rifiutare le cure. Se, invece, si ritiene che nel suicidio medicalmente assistito si manifesti una libertà di morire con dignità (artt. 2 e 13 Cost.), bisogna tuttavia di essere orientata, limitata e disciplinata ad evitare abusi e per tutelare situa-

zioni di vulnerabilità, non si comprende perché uno di questi limiti sia costituito dalla dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, che non segna alcuno spartiacque né tra condizioni di dignità, né tra condizioni di vulnerabilità, o di dolore, diversamente qualificabili. In breve, la Consulta (che pure, specie in sentenza, richiama tanto l'art. 32, quanto gli artt. 2 e 13 Cost.) è come se rimanesse “in mezzo al guado” di due concezioni e approcci differenti, giungendo così a risultati di dubbia coerenza.

Tanto premesso, è casomai il *primo momento* saliente dell'ordinanza (e, poi, della sentenza) ad apparire meritevole di attenta considerazione, vale a dire l'interpretazione che si offre dell'articolo 580 c.p., per affermarne la compatibilità costituzionale in virtù di una *ratio* strettamente personalistica e solidaristica; *ratio* che, proprio nel mentre illumina l'orientamento teleologico della fattispecie, di quella fattispecie – è questa la proposta ermeneutica che vorrei adesso tratteggiare – traccia i confini logico-applicativi.

La Corte, con necessaria sintesi, sembra individuare l'oggetto giuridico della figura criminosa dell'istigazione o aiuto al suicidio nel diritto alla vita, in specie, di soggetti fragili, che potrebbero essere spinti da condizioni di vulnerabilità all'atto suicidario. Di primo acchito potrebbe apparire una impostazione paternalista, ma essa, in realtà si illumina di un solido significato medico-scientifico, se la si intende col supporto delle più accreditate evidenze suicidologiche.

Se, invero, diamo credito a questa peculiare disciplina, che si fonda sullo studio clinico ed empirico di una enorme e variegata casistica, il suicidio *nella normalità dei casi* è l'esito di dinamiche psichiche aberranti, che non necessariamente presuppongono uno stato di malattia psichiatrica. Su un substrato di fattori predisponenti, appunto non necessariamente patologici,

ma anche di tipo, ad esempio, genetico o sociale, viene ad innestarsi un fattore scatenante (una frustrazione, una delusione, una sconfitta, un abbandono) che genera un'angoscia esistenziale continua e una visione c.d. "a tunnel": la persona non vede altre possibilità nella sua vita, non sperimenta nessun'altra sensazione, se non quel dolore incessante, prevalentemente psicologico, esistenziale, assoluto (*psychache*). Si desidera dunque la morte non in quanto tale, ma perché essa viene percepita come l'unico modo per spegnere l'interruttore, come l'unica via di fuga per mettere a tacere quell'angoscia incessante, irrisolvibile e insostenibile. In breve, ci ammoniscono valenti suicidologi, a fronte di chi soffre di una sindrome suicidaria la domanda giusta da porsi non è "ma perché non consentiamo a questa persona di dare sfogo a un tale desiderio, liberamente maturato?", bensì "perché non lo aiutiamo a superare altrimenti quel dolore esistenziale?". Tradotto in termini giuridico-costituzionali, l'istanza che dovrebbe prevalere non è, dunque, quella a favore della autodeterminazione, bensì l'impegno solidaristico dell'ordinamento, ex artt. 2 e 3, 2° co., Cost. È vero che, come emerge anche da ricerche e raccomandazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, la prevenzione del rischio suicidario, e il monitoraggio e il trattamento delle relative sindromi, chiamano in causa ben altre strategie e competenze che non quelle penalistiche. Nondimeno, in questa prospettiva il diritto penale assume una funzione strumentale rispetto a simili progetti, di rilievo costituzionale, di governo e minimizzazione di quel peculiare rischio, andando a garantire l'indispensabile acciocché detti progetti possano essere correttamente implementati, punendo quelle condotte – di istigazione e di aiuto – che rappresentano esattamente il contrario di quanto è necessario fare a fronte di chi soffre di un tale tipo di vul-

nerabilità. È in effetti interessante notare come, in quest'ottica, comportamenti di supporto al suicidio assumano un significato causale, e dunque guadagnino una meritevolezza di pena, analoghi a quelli che connotano le condotte di incitamento – ed anche su questo punto, dunque, la scelta della Corte di non dichiarare incostituzionale né l'incriminazione dell'aiuto in quanto tale, né la relativa risposta sanzionatoria, appare in fondo ragionevole. Come noto, secondo un'opinione molto rappresentata – ed emersa anche nella questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di Appello di Milano – potrebbe essere sensato, al più, punire l'istigazione, non già l'agevolazione: aiutare chi abbia già deliberato di uccidersi significa sostenere l'esercizio di un atto di autodeterminazione in sé non illecito, senza porre in essere un atto condizionante la morte; il vero disvalore penale starebbe, casomai, nel convincere qualcuno a suicidarsi, laddove, altrimenti, questa persona non si sarebbe convinta a togliersi la vita. Tuttavia, gli studi suicidologici evidenziano come chi sia ossessionato dal proposito, anche intenso, di congedarsi dal mondo, è comunque sovente lontano dal realizzarlo, per il semplice fatto di non sapere come agire. Non è abilità usualmente esperita quella di uccidere ed uccidersi, sicché è normale che difettino competenze, strumenti, occasioni e strategie. L'aiuto al suicidio, specie quando "infungibile", colma questo iato tra "mozione" ed "atto", rendendo la prima, sebbene in origine liberamente elaborata, per la prima volta concretamente fattibile: e, solo allora, il proposito precipita nella sua esecuzione. In questo senso intesa, l'agevolazione rivela una portata causale, rispetto all'evento morte, non dissimile dall'istigazione. Leggendo la norma sotto queste luci, e intendendo la vulnerabilità di cui parla la Corte costituzionale, quale quanto si afferma nell'ordinan-

za (e, poi, nella sentenza): aiuto ed istigazione al suicidio meritano d'essere penalmente sanzionati, persino in egual maniera. E però in questa prospettiva l'art. 580 c.p. manifesta anche un probabile limite applicativo. In breve, proprio perché l'articolo 580 ha un senso rispetto alla vulnerabilità suicidaria, come poc'anzi sommariamente descritta, esso non c'entra niente con casi, per intendersi, come quello di Dj Fabo, di Piergiorgio Welby, espressivi di tutto un altro tipo di vulnerabilità. Dj Fabo e Piergiorgio Welby sono fragili biologicamente, è indubbio, ma non lo sono psicologicamente: hanno convinzioni forti, maturate in autonomia, elaborate razionalmente, ed esprimono una fortissima capacità di resilienza. Per intendersi: l'aspirante suicida, quando viene salvato – testimoniano di nuovo i suicidologi – nella gran parte dei casi ringrazia; riconosce col senno di poi d'esser rimasto prigioniero di una esiziale assurdità. Welby, Dj Fabo non sono affatto riconoscenti per gli ostacoli frapposti al loro desiderio di porre termine a una sofferenza intollerabile, originata da patologie gravissime, clinicamente attestabili, e fondata sulla percezione, tratta da dati oggettivi inequivocabili, di una ormai sfumata dignità del proprio vivere. Non si tratta, solitamente, di soggetti che soffrono di deprivazioni affettive e familiari, anzi, spesso sono iperaccuditi.

In definitiva, si può asserire che, esercitando quella spiccata sensibilità per il caso concreto oggetto del giudizio *a quo*, cui già si è accennato, la Corte costituzionale riesce a mettere a fuoco un'aporia del tipo criminoso. La vicenda ad alta intensità emotiva che ha visto come protagonisti Fabiano Antoniani e Marco Cappato svela agli occhi del giudice delle leggi come l'art. 580 c.p., senza correttivi, rischi di essere applicato a fattispecie completamente differenti: al caso di chi si trova in una situazione di vulnerabilità suicidaria, nel senso "tecnico" di cui si

è detto, così come a situazioni di tutt'altro tipo, quanto a dinamiche psicologiche, premesse essenziali, valenza clinica.

Se così è, il penalista non dovrebbe tanto domandarsi se, nelle vicende del "fine vita", possa operare una scriminante rispetto all'art. 580 c.p., ma, diversamente, se il fatto tipico del 580 possa davvero applicarsi anche in tali frangenti. È, forse, questo messaggio alto che la Corte ci comunica, tra le righe di una motivazione non sempre perspicua: in situazioni come quella vissuta da Dj Fabo differenti da quelle a presidio delle quali si pone l'art. 580 c.p., il diritto deve regolamentare e garantire, ma a tal fine riponendo la clava del diritto penale. Serve, piuttosto, un'altra tecnica di disciplina, che assomigli a una carezza; un diritto più duttile, capace di svilupparsi proceduralmente, così da aderire alla peculiare situazione clinica, al vissuto del paziente concreto, alle relazioni che intorno a lui si sviluppano, alle dinamiche specifiche della sua psicologia, ai connotati irripetibili della sua sofferenza. Sostituendo il tempo del dialogo, della comprensione, dell'accompagnamento, a giudizi di valore precostituiti, atemporali ed abiografici, circa il "senso" della vita o della morte, e a regole strutturate su un discrimine rigido tra lecito e illecito. Cantava Fabrizio De Andrè: "quando si muore, si muore soli"; ci raccontano i palliativisti che nessuno sa cos'è il morire finché non sta morendo, nessuno sa cos'è il soffrire finché non sta soffrendo, e dunque l'essenziale, per chi dall'esterno accompagna altri nei meandri oscuri che conducono alla fine della vita attraverso la malattia, è sospendere il giudizio ed ascoltare il sofferente e il morente, per provare a decifrare quale sia la sua, sempre personalissima, esperienza. Il paziente deve essere compreso, anche imparando a leggere i segni non verbali di un linguaggio che prova a dire l'indicibile. Si deve certo tentare di non equivo-

care il suo reale desiderio, bisogna misurare quanto profonda sia la consapevolezza che sorregge certe estreme richieste, ed infine si deve rispettosamente provare a dissuaderlo, non certo però minacciando il carcere a chi si proponga di assisterlo, bensì proponendo motivazioni e alternative valide: un supporto psicologico, un percorso di cure palliative, l'opzione della sedazione terminale.

Le pronunce in esame sono sensibili a queste istanze; sono – si potrebbe dire – intrise di filosofia palliativista. In esse non si riconosce un “diritto di morire”, ma si dà conto dell'immane concretezza e dell'inesauribile problematicità del morire; tanto da percepire come, nei luoghi esistenziali estremi attraversati insieme da Fabiano Antoniani e Marco Cappato, il diritto penale, con i suoi precetti assertivi e netti, venga impropriamente evocato. Sono luoghi che devono essere liberati dal diritto penale, proprio per poter essere riempiti da un altro tipo di diritto.

Sarebbe bene – sembra insomma suggerire la Consulta – fermare sul labbro le parole con cui istintivamente si tende a giudicare, muovendo da schemi precostituiti, l'esperienza di chi, soffrendo e morendo, vuole scegliere come morire e come smettere di soffrire; semmai, bisogna a costui dare voce: «Eppure sono convinto che, se esistesse un percorso di assistenza, dove in caso di fallimento di ogni supporto medico e psicologico sia prevista l'eutanasia, già intraprendere questo percorso creerebbe nel malato e in chi lo assiste un senso di quiete. La certezza di non dover sopportare l'insopportabile e di non dover assistere impotente all'evolversi di alcune patologie, renderebbe più gestibile la disperazione, quando scienza e amore si scontrano con la fine della vita. Una legge sull'eutanasia non è il rimedio a tutti i mali, è soltanto il male minore», provava a spiegarci Piergiorgio Welby.

Paziente e medico, la relazione come incontro di soggettività

Grazia Zuffa

Psicologa e psicoterapeuta. Componente del Comitato Nazionale per la Bioetica. Mail: graziazuffa@me.com

Nell'esame dell'ordinanza della Corte 207/2018, relativa all'assistenza al suicidio e sollevata dal caso del Dj Fabo, scelgo di affrontare alcuni aspetti etici. In questa luce, la prima questione che emerge è la contiguità, o più precisamente la continuità, che la Corte intravede fra le due situazioni: l'interruzione dei trattamenti non voluti e il suicidio medicalmente assistito. La legge n. 219 del 2017 ("Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento") sarebbe il pilastro che regge tale continuità, laddove riconosce al malato la facoltà di ottenere in ogni caso l'interruzione dei trattamenti, anche quando si tratti di sostegni vitali e la sospensione comporti come conseguenza la morte. Come vedremo meglio tra poco, la continuità è presente dal punto di vista del paziente, nel rispetto della «decisione del malato di porre fine alla propria esistenza», come recita l'ordinanza¹. La continuità si riscontra anche nella centralità del rapporto paziente - medico («di cura e fiducia», come recita il testo), poiché la Corte la indica come il contesto relazionale entro cui il paziente dovrebbe maturare l'opzione del suicidio medicalmente assistito, così come il rifiuto dei sostegni vitali.

Il secondo punto è particolarmente delicato, poiché contrasta col documento della Federazione Nazionale dell'Ordine dei Medici chirurghi e degli Odontoiatri (FNOMCeO), laddove si ribadisce la validità di «quanto stabilito dall'art.

17 [del Codice di Deontologia Medica n.d.r.], che vieta ogni adempimento medico che procuri la morte del paziente»². Peraltro, anche l'Ordine dei Medici menziona con forza la relazione di cura: in particolare, il documento parla di «una alleanza terapeutica basata [...] sul rispetto degli specifici ruoli e sul riconoscimento dei rispettivi diritti» e sottolinea «l'esigenza primaria e etica che il medico rivendichi e utilizzi il tempo necessario alla relazione di cura». Tuttavia, come si vede, l'enfasi sul rapporto medico-paziente conduce a conclusioni opposte a quanto suggerito dalla Corte.

Sta ad altri ragionare sul conflitto che si preannuncia fra le differenti fonti normative (la legge e il codice deontologico): qui interessa, come detto, il versante etico del dissidio, che evidentemente sottintende due diverse visioni della relazione terapeutica.

Prima di addentrarsi in tali questioni, è bene ricordare quanto sino a oggi rimane in ombra nell'attuale dibattito pubblico: il tema delle odierne tecnologie della sopravvivenza, per come determinano vicende esistenziali estreme come quella del Dj Fabo. L'ordinanza n. 207 del 2018 è esplicita in merito, laddove cita «gli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali». Detto con parole nostre. L'enorme sviluppo tecnologico evita molto più frequentemente di un tempo la morte, ma a prezzo di «creare» – si potrebbe dire – condizioni esistenziali inedite, che possono essere percepite dalla persona come «non vita»: come tali, fonte di

¹ Corte costituzionale, ord.2 07/2018 <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2018&numero=207>.

² FNOMCeO, Consulta Deontologica Nazionale, *Documento conclusivo dei lavori della Consulta Deontologica Nazionale della FNOMCeO chiamata ad esprimere parere sul suicidio assistito in merito all'ordinanza 207/18 della Corte costituzionale*, Roma, 14 marzo 2019.

gravissime sofferenze fisiche e/o psicologiche. E infatti, fra le condizioni di ammissibilità del suicidio medicalmente assistito, la Corte indica specificatamente uno stato «fonte di sofferenze assolutamente intollerabili», che può entrare in contrasto con la propria personale concezione di dignità della persona³.

1. La “continuità” fra rifiuto delle cure e suicidio assistito

Venendo ad approfondire la questione della contiguità/continuità fra la facoltà del paziente di richiedere la cessazione di trattamenti vitali da un lato, e il suicidio medicalmente assistito, dall'altro: è uno dei punti maggiormente controversi nel dibattito pubblico, contrastato anche (e soprattutto) nelle possibili conseguenti ricadute normative: la Corte infatti avanza l'ipotesi di inserire il suicidio medicalmente assistito (in particolari e delimitate situazioni) nella legge n. 219 del 2017. Non condividono la tesi della continuità molti di coloro che non sono d'accordo sul suicidio medicalmente assistito, ma accettano il rifiuto delle cure proprio sulla base della radicale discontinuità fra rifiuto delle cure (anche salvavita) e pratiche quali il suicidio assistito e/o l'eutanasia; ma anche da alcuni che sarebbero favorevoli al suicidio assistito, ma sollevano ragioni di opportunità politica alla prospettiva di modificare la legge n. 219 del 2017, non ritenendo opportuno ritornare su un testo frutto a suo tempo di un faticoso travaglio legislativo.

Lasciando da parte i giudizi di natura politica, cerco di chiarire le visioni etiche che sottendono

³ Scrive la Corte che l'aiuto al suicidio «può presentarsi al malato come l'unica via di uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare» (corsivo aggiunto).

la tesi della continuità. Il plurale non è casuale: infatti, dal punto di vista storico, la continuità fra interruzione dei trattamenti vitali e suicidio assistito/eutanasia non è cosa nuova, ed è stata sollevata in una prospettiva ben diversa da quella dell'ordinanza della Corte, per respingere il rifiuto delle cure.

A riprova si può citare la vivace dialettica all'interno del Comitato Nazionale di Bioetica che portò al parere del 2008 in merito al rifiuto e rinuncia delle cure⁴. Vale la pena ricordarla, poiché le argomentazioni per respingere/rifiutare la liceità (morale) del rifiuto delle cure da parte del paziente sono pressoché le stesse utilizzate per contrastare il suicidio medicalmente assistito. In particolare è illuminante una postilla al Parere (a firma di Adriano Bompiani e di altri componenti), in cui si contesta che il paziente possa rifiutare cure ritenute (dal medico) appropriate e «proporzionate», poiché in tal caso si «legittimerebbe di fatto l'eutanasia indiretta o per omissione». E si contesta la terminologia usata nel dibattito, e cioè che il termine eutanasia «sia utilizzato per indicare solo forme dirette o attive di uccisione del paziente, mentre l'eutanasia indiretta o per omissione è stata ridotta al rango di un generico rifiuto/rinuncia ai trattamenti sanitari»⁵. È interessante la controversia terminologica, che separa coloro che usano la dizione “assimilante” di eutanasia (con una distinzione minore interna di “attiva”/“passiva”), da quanti rifiutano di parla-

⁴ Parere CNB (2008), *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento nella relazione medico-paziente*, <http://bioetica.governo.it/it/documenti/pareri-e-risposte/rifiuto-e-rinuncia-consapevole-al-trattamento-sanitario-nella-relazione-paziente-medico/>.

⁵ CNB, cit., postilla a firma dei Proff. Adriano Bompiani, Bruno Dallapiccola, Maria Luisa Di Pietro e Aldo Isidori, 21 e 22. In particolare cfr. il paragrafo 3 della Postilla, “La sottaciuta definizione di eutanasia”.

re di “eutanasia passiva”, e utilizzano invece la dizione “rinuncia ai trattamenti sanitari” (segnalando così la cesura fra le differenti pratiche). Peraltro, la terminologia “assimilante” eutanasi-ca serve in controtelaio a rafforzare il «dovere morale (o se vogliamo civico) di curarsi» della persona⁶. Una posizione non molto diversa è presente in altra parte del Parere, laddove parte dei componenti del CNB sostiene che, quando si tratti di terapie proporzionate, «l’eventuale rifiuto opposto dal paziente non può essere acriticamente accolto. In particolare, la richiesta indirizzata al medico di farsi strumento per l’interruzione di trattamenti necessari alla sopravvivenza appare bioeticamente problematica: vi è infatti un evidente nesso di causa-effetto fra l’atto medico (del distacco del respiratore, dei mezzi di idratazione o alimentazione artificiale etc.) e la morte del paziente»⁷. Di nuovo, la «continuità eutanasi-ca» è utilizzata per negare, o almeno per limitare al massimo, l’autodeterminazione del paziente, che sarebbe moralmente abilitato a rifiutare solo le terapie «sproporzionate» che si configurano come accanimento clinico⁸: facendo leva da un lato sul suo «dovere morale» di curarsi, dall’altro sulla irrinunciabile «funzione sociale del medico», di garanzia del diritto alla salute.

L’ordinanza della Corte però invoca la continuità fra rifiuto delle cure e suicidio assistito con un ragionamento inverso, che dalla legittimazione dell’una procede alla legittimazione dell’altra. Scrive a tal proposito la Corte nel passaggio

⁶ Il passaggio così prosegue: «anche se in senso strettamente giuridico non è obbligato a farlo». In tal modo si inserisce una distinzione fra piano giuridico ed etico tutta da approfondire. (CNB, cit., 20).

⁷ CNB, cit., 9.

⁸ Il che significa in pratica annullare l’autodeterminazione del paziente, perché dovrebbe essere il medico in prima istanza a non indulgere all’accanimento clinico.

chiave dell’ordinanza: «Se, infatti, il cardinale rilievo del valore della vita non esclude l’obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l’interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – 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».

Cercando di chiarire i diversi punti che piegano l’argomento della “continuità” in direzioni opposte. Chi rifiuta il suicidio medicalmente assistito (così come prima si opponeva o comunque cercava di limitare l’ambito del rifiuto delle cure) guarda con diffidenza all’autodeterminazione del paziente, e pensa che in ogni caso essa dovrebbe recedere di fronte alla «missione sociale» del medico e alla sua *téchne iatriké*⁹; lo

⁹ Alcuni passaggi del citato parere CNB sul rifiuto delle cure sono particolarmente illuminanti in proposito, laddove l’autodeterminazione del paziente è dipinta in chiave di deriva “individualista”, e di sopraffazione del ruolo del medico: «la salute è sia un diritto individuale che un diritto sociale, e come tale oggetto del principio di solidarietà. In base a tale principio occorre evitare una radicale “privatizzazione” della questione concernente il rifiuto o la rinuncia alle terapie, tale da ridurre l’atto medico a mera variabile dipendente delle opzioni individualistiche del paziente» (CNB, cit., 9, 10). E ancora: «Il limite del rispetto della persona umana posto dalla norma in esame (art. 32 della Costituzione, n.d.r.) avalla la configurazione di un diritto alla vita e non sulla vita, il che esclude un potere dispositivo di carattere assoluto del titolare del diritto» (CNB, cit., 10, corsivo ag-

sguardo è appuntato sul comune esito di morte, che considera in contrasto col valore assoluto della vita (*absolutus*, ossia “sciolto” dal vivente, nel senso di non a lui/lei disponibile). Chi invece l’ammette, proprio sull’autodeterminazione fa leva. E assume il punto di vista del vivente che va incontro alla morte: come affrontarla, se sprofondato nell’incoscienza attraverso la sedazione continua e profonda, oppure in stato vigile fino all’ultimo, attivamente iniettandosi la sostanza letale, è “l’ultima scelta” di ciò che rimane del giorno. Qualunque sia, il fatto di rimetterla nelle mani del morente è l’estremo “riconoscimento di umanità” da parte degli umani a un essere umano che se ne va; e l’estremo atto di rispetto della sua dignità. Poiché – vale la pena aggiungere – la dignità è inscindibile dall’esercizio della responsabilità, tanto più nell’estremo atto dell’esistenza.

2. Dall’autodeterminazione alla soggettività

Sin qui ho parlato di autodeterminazione del paziente, seguendo la tematizzazione e la terminologia dominanti nel dibattito. L’autodeterminazione allude alla facoltà di decidere e rinvia al momento della decisione circa gli interventi da effettuarsi: affrontare la questione solo in termini di autodeterminazione rischia di illuminare solo una parte, quella finale, del problema. Dobbiamo invece ampliare la visuale alla *soggettività* del paziente, che precede e in certo modo “prepara” l’autodeterminazione. La soggettività rimanda al vissuto della persona: è fatta di pensiero ma anche di emozioni, si nutre della storia di vita del paziente quale cornice che permette di proiettarsi nella progettualità futura, in coerenza con le proprie convinzioni e con la propria visione della “dignità” della persona. In questa luce, il paziente è portatore di

giunto)

un “sapere” esistenziale su di sé, lo scenario entro cui si dispiega il difficile e doloroso percorso che conduce alla decisione¹⁰.

Alzare gli occhi dall’autodeterminazione alla soggettività comporta diversi vantaggi. In primo luogo, permette di affrontare dalla giusta prospettiva aspetti importanti che entrano in gioco nella scelta del suicidio assistito (ma anche del rifiuto delle cure): il sentire della persona balza in primo piano e la questione della sopportabilità/insopportabilità di condizioni di vita “estreme” trova una misura di riferimento nella coscienza della persona che le vive sulla propria pelle. Anche le nuove tecnologie, chiamate in causa per come “creano” situazioni “al limite” (fra vita e non-vita), possono essere nominate dalla prospettiva del vivente, al di fuori dell’astrazione,

In secondo luogo, si evita che, centrando sulla (sola) autodeterminazione, si resti rinchiusi nel linguaggio dei diritti, con la loro logica contrapposta. Il che è tanto più grave, poiché tale linguaggio e tale logica sono radicalmente antitetici alla ratio della *relazione* (fra paziente e medico, e più in generale fra persone). Ed è paradossale che proprio chi più chiama in causa la relazione paziente medico, al tempo stesso rilanci con forza la rappresentazione dei diritti contrapposti, del paziente da un lato, del medico dall’altra. Di nuovo, si ricordino le citate argomentazioni di alcuni membri del CNB volte a limitare il rifiuto del paziente alle cure: fondate appunto sul conflitto fra la volontà del paziente e la *téchne iatriké* del medico, paventando l’ipotesi che quest’ultima venga “sopraffatta” (si noti il linguaggio guerriero) dalla prima¹¹. Ne

¹⁰ Per una più ampia trattazione cfr. M. TORALDO DI FRANCIA, G. ZUFFA, *Accanimento terapeutico e dilemma etici*, in *Democrazia e Diritto*, 1, 2018, 179-185.

¹¹ Così recita il passaggio della citata postilla: «la *téchne iatriké* del medico viene totalmente sopraffatta dall’esercizio di autodeterminazione da parte del pa-

consegue che la logica (e il linguaggio) relazionali non riescono a prendere corpo, nonostante la relazione terapeutica sia citata, per non dire invocata, da più parti. Più precisamente, la relazione esce stravolta: o irrigidita nella formula gerarchica della rivendicata supremazia del “sapere” medico e della sua missione professionale, come si è appena visto; oppure ridotta a pura evocazione retorica, come nel documento FNOMCeO sul suicidio assistito, quando sottolinea la distinzione (e potenzialmente la contrapposizione) fra «gli specifici ruoli e il riconoscimento dei rispettivi diritti». Peraltro la gerarchia dei ruoli sembra riaffacciarsi di nuovo nel riferimento ai «principi etici e deontologici che segnano e caratterizzano il rapporto fra medico e paziente, *del cui valore assoluto ne sono interpreti*».

Il focus sulla soggettività permette di dare senso al rapporto paziente-medico, nella corretta logica relazionale, appunto. Tale relazione può dunque dispiegarsi come *incontro fra due soggettività*, in una logica non statica-gerarchica, bensì dinamica e evolutiva per ambedue i soggetti, chi cura e chi è curato, che hanno da “imparare” l’uno dall’altro. Cambia e in certo senso si arricchisce il ruolo del medico: che non è solo portatore della *téchne iatriké*, né è investito da una missione terapeutica avulsa dalla persona sofferente. Fa parte, o dovrebbe fare parte, di quella “missione” la volontà e la capacità di entrare in sintonia col sentire del paziente, di ascoltarlo e di riconoscere il suo “sapere” su di sé, recuperando appieno la dimensione empatica della relazione.

ziente» (nel caso in cui il diritto del paziente all’interruzione della cura venga comunque soddisfatto). Tale “sopraffazione” sarebbe alla base della «totale perdita di senso della relazione paziente-medico» (CNB, cit., 22).

In questa luce, la spesso citata linea di divisione fra “accompagnamento nella morte” e “accompagnamento alla morte” (argomento sollevato per respingere il suicidio assistito) si assottiglia e si confonde: se il morire fosse recuperato come parte della vita – invece che da esso espunto – l’assistenza del medico alla persona che vuole porre fine a un’esistenza non più ritenuta degna di questo nome, sarebbe plausibile, se non “naturale”.

3. Verso il paradigma della Responsabilità

Ancora, l’accento sulla soggettività permette di sgombrare il campo da molti equivoci. Fra gli altri, quello di leggere la facoltà di decisione del paziente in termini di deriva “individualista” in un quadro di “privatizzazione” della morte (di contro alla difesa della dimensione sociale-solidale della cura del morente che sarebbe garantita dalla facoltà decisionale nelle mani del medico). L’accusa di “individualismo” perde di significato perché la soggettività di per sé si sviluppa e si “struttura” nella relazione con l’altro/l’altra da sé. Peraltro la prospettiva relazionale che ho cercato di delineare non toglie affatto ruolo al medico: anche se l’ultima parola spetterà al paziente, com’è giusto, è evidente che su quella parola il medico avrà un peso importante. Di più: eserciterà comunque un potere, che gli deriva dall’occupare la posizione di colui/colei che *offre aiuto*, a colui/colei che *versa in stato di bisogno (di aiuto)*. Un’asimmetria di potere grande, che dovrebbe indurre chi offre aiuto alla riflessione, alla cautela, al massimo rispetto della parola di chi chiede aiuto, all’autolimitazione: è perciò sconcertante che al contrario spesso si rivendichi al medico il potere pieno di decidere, contro la parola del paziente. L’altro equivoco riguarda la cattiva (e un po’ paradossale) rappresentazione del suicidio medicalmente assistito come “diritto alla morte”.

Restituire senso pieno al vissuto del paziente permette un salto, dalla logica (astratta) dei diritti, al *paradigma della responsabilità*, sia nella dimensione individuale che sociale. Dell'importanza di restituire la responsabilità della propria sorte al morente, quale riconoscimento della sua dignità umana, già si è detto. Quanto alla responsabilità sociale, essa apre una prospettiva che permette di affrontare il tema più trascurato: come governare le nuove tecnologie, quando conducono a una «parvenza di vita» che in passato era considerata una disgrazia come evento naturale e «che oggi viene attivamente data a soggetti anziani o anche giovani, quasi come sottoprodotto o scoria di una rianimazione che in altri casi è invece efficace». Sono parole di Marina Rossanda, scritte oltre trent'anni fa. Ho voluto riportarle non solo perché colgono con lucidità il nodo etico relativo allo sviluppo tecnologico; ma anche perché, nella loro attualità, testimoniano lo scarto fra la – ancora debole – consapevolezza sociale e il rapido sviluppo tecnologico¹².

Un'ultima considerazione, in merito ai principi dell'etica medica (beneficienza, non maleficenza, autonomia del paziente, equità nella ripartizione delle risorse). Va ricordato che storicamente vi è sempre stata tensione fra i principi di etica medica: in specie fra principio di beneficienza e principio di autonomia, che tradizionalmente ha dovuto cedere il passo al principio di beneficienza. Così è stato nel campo della psichiatria, e la tensione esiste ancora (basti pensare ai conflitti anche a livello internazionale intorno a temi come lo *involuntary treatment*)¹³.

¹² M. ROSSANDA, *La medicina, la vita, la morte*, in *Donne e Politica*, 4, 17, 1986, 24.

¹³ Ad esempio, il Comitato di Bioetica del Consiglio d'Europa lavora da diversi anni a un Protocollo Aggiuntivo alla Convenzione di Oviedo circa lo *Involuntary Treatment e lo Involuntary Placement*, senza trovare finora un accordo.

Così è stato per la facoltà del malato di rifiutare le cure, poiché, nonostante la garanzia del dettato costituzionale, c'è voluta una legge apposita per riconoscerla e farla rispettare. Il limite della tradizionale etica medica è di vedere i suddetti principi giustapposti. In particolare, il principio di beneficienza risulta sganciato dall'autonomia del paziente, con la conseguenza che la pratica di cura si presta ad essere rappresentata come indipendente dal sentire/volare del paziente. In questa prospettiva, la giustapposizione facilmente si presta alla contrapposizione fra i due principi. Non a caso, proprio su questa contrapposizione ancora si incardina il dibattito sul fine vita. C'è da chiedersi se non sia giunto il tempo di superare tale giustapposizione, facendo dell'autonomia del paziente (intesa come riconoscimento della sua soggettività) il perno su cui ruota la missione di cura del medico. Il significato ultimo, più profondo, del consenso informato è (o dovrebbe essere) questo.

La Corte costituzionale chiude il caso Cappato ma sottolinea ancora una volta l'esigenza di un intervento legislativo in materia di "fine vita"

Paolo Caretti

Ordinario emerito di diritto costituzionale, Università degli Studi di Firenze. Mail: paolo.caretti@unifi.it

Con la sentenza n. 242/2019, la Corte costituzionale ha detto la "sua" ultima parola sul caso Cappato. La vicenda, come si ricorderà, è partita dall'ordinanza della Corte di assise di Milano del 14 febbraio 2018, che sollevava dubbi di legittimità costituzionale in relazione all'art. 580 c.p., che punisce l'istigazione e l'aiuto al suicidio, per contrasto con gli artt. 2, 13, c. 1 e 117 (in relazione agli artt. 2 e 8 della CEDU).

Come è noto, ipotesi di reato analoghe a quelle punite dal richiamato art. 580 c.p. sono previste in quasi tutti gli ordinamenti europei e si fondano sull'esigenza di salvaguardare la vita come valore superiore di fronte a tutti quei comportamenti che possano metterlo in discussione. In particolare, quei comportamenti di soggetti terzi che possono portare al suicidio di una persona, operando sul piano psicologico ("istigazione") ovvero su quello materiale contribuendo a determinare le condizioni strumentali idonee a produrre lo stesso effetto ("aiuto"). Tuttavia, da tempo, in molti di questi ordinamenti la giurisprudenza, di fronte a casi di particolare gravità, una volta esclusa l'istigazione, ha fatto largo uso della non punibilità di certe ipotesi di aiuto, ritenendo che, ricorrendo determinate condizioni, il mero aiuto non configuri un comportamento penalmente rilevante, essendo il valore della vita già definitivamente compromesso e non più in grado di prevalere sulla espressa volontà del malato terminale. È anche grazie alla spinta di questa giurisprudenza che in certi Paesi come l'Olanda (2000) si è arrivati ad approvare una

legge sull'eutanasia: una legge molto severa e rigorosa che ha largamente utilizzato l'opera interpretativa dei giudici per definire presupposti, modalità, controlli e così via.

Tutto diverso l'atteggiamento tenuto al riguardo dai giudici italiani, che, salvo qualche eccezione, hanno invece optato per un'interpretazione estensiva della norma penale, con particolare riferimento alla nozione di aiuto, facendovi rientrare anche quei comportamenti che non incidono né direttamente né indirettamente sulla volontà del malato. Determinando così una sorta di sovrapposizione tra le due ipotesi dell'istigazione e dell'aiuto, del resto punite allo stesso modo dalla norma penale in questione.

È in particolare su questo punto che è centrata l'ordinanza della Corte di assise di Milano: così interpretata, la nozione di aiuto al suicidio finisce per risultare irragionevolmente assimilata all'ipotesi di istigazione (violazione art. 3), sproporzionata rispetto ai valori in gioco e comporta una violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica, secondo quanto stabilito dall'art. 32 Cost., in tema di diritto al consenso informato (principio più volte affermato anche dalla Corte EDU, in relazione agli artt. 2 e 8 della Convenzione, salvo richiamare gli Stati a predisporre un'apposita disciplina che eviti il rischio di abusi e indebite interferenze). Queste in estrema sintesi le tesi sostenute dalla Corte milanese. Ad essa la Corte costituzionale rispondeva con l'ordinanza n. 207/2018. Una volta ribadito che il diritto alla vita costituisce il diritto più importante di ogni persona, puntualizza la perdurante positiva funzione dell'art. 580 c.p., in quanto norma volta alla tutela dei soggetti più fragili e suscettibili di subire pressioni psicologiche. Tuttavia, in questo seguendo l'ordinanza di rimessione, la Corte individua una ristretta area nella quale è possi-

bile che la tutela penale si arresti per il prevalere di altri valori. Un'area che copre quelle situazioni nelle quali il ricorso a terzi può essere l'unica via d'uscita per realizzare l'autodeterminazione di porre fine alla propria esistenza (sottolineando così l'esigenza di operare una distinzione all'interno della nozione di aiuto). «Il riferimento», afferma la Corte, «è in particolare alle ipotesi in cui il soggetto agevolato si identifichi in una persona a) affetta da una patologia irreversibile e b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli». In questi casi estremi, il valore della vita non esclude, conclude la Corte sul punto, l'obbligo di rispettare la decisione del malato anche con una condotta attiva da parte di terzi che si presenta come meramente strumentale all'esecuzione della volontà del malato.

Queste ipotesi, prosegue la Corte, non risultano coperte dalla recente legge n. 219/2017: quest'ultima consente sì ad ogni persona di rifiutare o di interrompere i trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza (compresi quelli di idratazione e nutrizione artificiale), in nome del diritto al consenso informato, ma non consente al medico di mettere a disposizione del malato trattamenti diretti non ad alleviarne le sofferenze ma a causarne la morte.

Nelle specifiche ed estreme ipotesi descritte, «il divieto assoluto al suicidio finisce per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con

conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di eguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive».

In sintesi dunque la mancata distinzione delle diverse ipotesi di aiuto al suicidio tutte riassunte dall'art. 580 nella nozione di "aiuto" determina l'incostituzionalità della detta norma. Compito, questo, che però spetta al legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità: una immediata declaratoria di incostituzionalità per le ragioni dette, lascerebbe, infatti, secondo la Corte senza un adeguata disciplina alcuni profili di fondamentale rilievo quali quello del soggetto abilitato a prestare aiuto al suicidio nelle ipotesi estreme indicate, quello del soggetto abilitato a verificarne i presupposti, quello dell'eventuale riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza e così via.

Questa conclusione avrebbe dovuto portare (come sino ad oggi è avvenuto) ad una pronuncia di inammissibilità, accompagnata da un monito al legislatore di provvedere a dar seguito a tale pronuncia secondo le linee indicate dalla Corte stessa. Viceversa, «per le peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori coinvolti» nel caso di specie (nonché per l'incertezza di un sollecito adempimento da parte del legislatore) la Corte adotta un dispositivo inedito: rinvia ad altra udienza la decisione della questione (24 settembre 2019) ponendo contemporaneamente questo termine per il varo della disciplina legislativa della materia.

Come non era difficile immaginare, data l'estrema delicatezza della materia e i contrasti che essa ha da sempre suscitato legati a ragioni di natura etica e religiosa, nell'inerzia del legislatore, la Corte è di nuovo intervenuta e, questa volta con una sentenza interpretativa additiva (la n. 242/2019 richiamata all'inizio), dichiarando incostituzionale l'art. 580 c.p. «nella parte in

cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219, ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza [...] agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

La Corte ha dovuto dunque farsi direttamente carico di fissare una serie di "regole" atte ad evitare i rischi che una semplice declaratoria di incostituzionalità avrebbe potuto comportare (abusi da parte di terzi, assenza di controlli adeguati sulle condizioni del paziente, in una parola mancata tutela effettiva di chi si trova in condizioni di particolare vulnerabilità come i malati terminali). La Corte fa dunque ciò che con l'ordinanza n. 207/2018 aveva ritenuto fosse compito del legislatore sottolineando come «i vuoti di disciplina, pure in sé variamente colmabili, rischiano di risolversi a loro volta, come nel caso di specie, in una menomata protezione dei diritti fondamentali (susceptibile anch'essa di protrarsi nel tempo nel perdurare dell'inerzia legislativa)». In questi casi, aggiunge la Corte, «l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità». Si tratta di regole transitorie e che una legge successiva può modificare e integrare (non sono regole costituzionalmente imposte); tanto è vero che di nuovo la

Corte rivolge l'invito al legislatore ad intervenire sollecitamente a dotare la materia di una disciplina organica, che certo una sentenza di un giudice non può dare.

Al fine di colmare parzialmente i vuoti legislativi la Corte, ribadita la definizione delle categorie di malati terminali in ordine ai quali l'aiuto al suicidio è comportamento non punibile, si impegna in un'interpretazione sistematica dei dati normativi a disposizione e in particolare di quanto stabilito dagli artt. 1 e 2 della più volte richiamata legge n. 219/2017, la quale contiene, a parere della Corte, una disciplina in larga misura estensibile ai casi sottratti alla repressione penale. Così in primo luogo la applicazione della "procedura medicalizzata" consente la verifica della capacità di autodeterminazione del malato e il carattere libero e informato della sua scelta prevista dalla legge (art. 1). Allo stesso modo questa procedura obbliga il medico a prospettare al malato ogni possibile terapia alternativa, ivi comprese quelle di sostegno psicologico e di cura del dolore. A quest'ultimo proposito, la Corte rileva che l'art. 2 della legge n. 219 stabilisce che al malato siano sempre prestate le cure palliative, previste dalla legge n. 38/2010. In secondo luogo, secondo la Corte, la verifica delle condizioni per procedere legalmente al suicidio assistito non può che essere rimessa alle strutture del servizio sanitario nazionale, cui spetta anche il compito di fissare le modalità di esecuzione, nel rispetto della dignità del paziente. In terzo luogo, la delicatezza degli interessi in gioco richiede, sempre secondo la Corte, l'intervento di organi collegiali terzi, dotati delle necessarie competenze in grado di assicurare una tutela effettiva a persone in situazione di grande vulnerabilità; compito questo da attribuire, in via transitoria ai comitati etici. Infine, quanto al problema dell'obiezione di coscienza, la Corte sottolinea che oggetto della pronuncia

è solo quello di garantire, in certe situazioni, la non punibilità dell'aiuto al suicidio e non crea alcun obbligo a carico del medico: «resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi o no a esaudire la richiesta del malato».

Si tratta ora di vedere se il modo per riempire i vuoti legislativi servirà da stimolo al legislatore a por mano ad una più compiuta e articolata disciplina della materia o se, al contrario, il compito di dar seguito alle precise indicazioni della Corte graverà (come pare inevitabile, almeno nel breve termine) sulle spalle dei giudici di merito, alimentando l'ormai lungo dibattito sul rapporto tra diritto legale e diritto giurisprudenziale. Un diritto quest'ultimo non in grado di dotare di una valenza generale le decisioni dei singoli giudici, col rischio di una disomogeneità che non serve certo gli interessi dei diretti interessati.

Suicidio assistito e amministrazione sanitaria. Note a prima lettura sulle prospettive aperte dalla Corte costituzionale

Nicoletta Vettori

Ricercatrice (t.d.B) di diritto amministrativo presso l'Università di Siena. Mail: nicoletta.vettori@unisi.it

1. Premessa

Le recenti pronunce con cui la Corte costituzionale ha legalizzato – nel rispetto di determinate condizioni – il suicidio medicalmente assistito sono dense di implicazioni per l'amministrazione.

Da un lato, in esse trova autorevole conferma il ruolo essenziale che svolge la dimensione organizzativa per la regolazione delle pratiche mediche eticamente sensibili e per l'effettiva garanzia dei diritti fondamentali coinvolti.

Dall'altro lato, in termini ancora più rilevanti in chiave sistematica, mette in evidenza l'esistenza di un'amministrazione dei servizi biomedici, quale sistema tendenzialmente coerente che – già allo stato del diritto positivo – dispone di poteri e di strumenti adeguati a rispondere ai bisogni di tutela emergenti dalla società.

2. Le prospettive aperte dalla “doppia-pronuncia”

Con l'ordinanza n. 207 del 2018 la Corte costituzionale aveva prospettato un'area di non conformità costituzionale dell'art. 580 c.p. coincidente con i casi «inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portati sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia» relativi a quelle persone affette da patologie irreversibili, fonte di sofferenze intollerabili, tenute in vita grazie al ricorso a trattamenti medici ma pienamente capace di autodeterminarsi.

Tuttavia, consapevole della complessità delle questioni coinvolte e della delicatezza dei bilanciamenti necessari alla loro soluzione, la Corte aveva deciso di non accogliere la questione di legittimità costituzionale e di rinviarne la trattazione (all'udienza del 24 settembre 2019), invitando il Parlamento a intervenire per rimediare al *vulnus* costituzionale.

In questa prospettiva aveva offerto puntuali indicazioni dei profili di disciplina da introdurre, che già lasciavano intendere l'importanza dei compiti che prefigurava per le strutture del servizio sanitario (ord. n. 207/2018, § 10 del *Considerato in diritto*).

A fronte dell'inerzia del legislatore, la Corte si è trovata nuovamente a decidere della costituzionalità dell'art. 580 c.p. e ne ha dichiarato la (parziale) illegittimità con una pronuncia (sent. n. 242/2019) che valorizza ulteriormente il ruolo dell'amministrazione.

In primo luogo, in continuità con quanto prospettato nell'ordinanza, si afferma che il valore costituzionale violato dal divieto assoluto di aiuto al suicidio è «la libertà di autodeterminazione del malato nelle scelte delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13, 32 secondo comma, Cost.», letto congiuntamente ai principi di dignità umana, di ragionevolezza e di uguaglianza¹.

¹ Più precisamente, e in estrema sintesi, la tesi su cui sia fondata la doppia-pronuncia è che in un quadro normativo che riconosce alle persone che si trovano nelle condizioni indicate, la libertà di lasciarsi morire attraverso il distacco dei trattamenti sanitari e la sottoposizione a sedazione palliativa profonda continua (artt. 1 e 2, l. 219/2017), il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare «la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, co. 2, Cost.», imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse

Inoltre, la Corte dopo aver dichiarato di non potersi limitare ad una sentenza di mero accoglimento, che avrebbe determinato un vuoto di tutela pericoloso soprattutto per le persone più vulnerabili, ha ritenuto che alcune attività di cui è responsabile l'amministrazione sanitaria potessero rappresentare «un preciso punto di riferimento» per l'individuazione degli elementi di disciplina costituzionalmente necessari.

In particolare – per quanto qui interessa – ha definito le specifiche condizioni, sostanziali e procedurali, cui subordinare – nelle more dell'intervento del legislatore – la non punibilità delle condotte di agevolazione al suicidio, e ha stabilito che la verifica dell'effettiva esistenza di tali condizioni e delle modalità di esecuzione delle relative prestazioni, spetta alle strutture pubbliche del SSN, previo parere del comitato etico territorialmente competente.

Infine, nel completare il quadro dei profili di disciplina (prefigurati nell'ordinanza), la Corte ha fatto riferimento alla questione dell'obiezione di coscienza, limitandosi però ad affermare, in modo problematicamente stringato, che «la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita ad escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato».

In questo modo ha (indirettamente) affidato alle aziende sanitarie anche il delicato compito di regolare in via organizzativa l'eventuale obiezione di coscienza del personale dipendente.

Com'è evidente, le prospettive aperte per l'amministrazione sono molteplici e molto rile-

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».

vanti. Nel limitato spazio di questo intervento vorrei mettere in evidenza quelle che, a prima lettura, mi sembrano le principali².

3. Un nuovo obbligo per l'amministrazione sanitaria

In primo luogo, pare potersi sostenere che, per effetto delle decisioni in commento, alla persona che si trovi nelle specifiche condizioni indicate (§ 2) risulta riconosciuto il diritto di richiedere assistenza medica al suicidio presso una struttura del Servizio Sanitario Nazionale³.

La precisazione che la depenalizzazione di alcune condotte di aiuto al suicidio non permette di imporre alcun obbligo ai medici, non può valere ad escludere il dovere delle istituzioni sanitarie di prendere in carico un'eventuale richiesta del paziente.

Non pare sostenibile, infatti, che dalla sentenza della Corte possa discendere «un mero riconoscimento “formale” di un diritto, reso tuttavia *ineffettivo* poiché non azionabile in concreto e rimesso alla volontà e alla coscienza del singolo medico»⁴.

La vicenda Englaro dovrebbe aver chiarito che il riconoscimento di un diritto da parte della giurisprudenza, in assenza di legge, non esclude la

² Pare opportuno precisare che, per esigenze editoriali, ho limitato al massimo i riferimenti dottrinali e utilizzato le note a piè di pagina solo per necessarie precisazioni relative a dati normativi e giurisprudenziali.

³ In questi termini v. D. SORACE, *Se questa è vita*, in corso di pubblicazione in *Diritto amministrativo e società civile*, III – *Prospettive*, BUP; contra L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2019, 194.

⁴ Così, ma escludendolo v. C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, in *Sistema penale*, 12, 2019, 50.

sua esigibilità in concreto nei confronti dell'amministrazione sanitaria⁵.

In ogni caso, dalla "doppia-pronuncia" deriva più di una conferma in tal senso.

Innanzitutto, il fatto che la Corte rinvienga il fondamento costituzionale della pretesa portata in giudizio nella «libertà di autodeterminazione del malato nelle scelte delle terapie» letta congiuntamente ai principi di dignità umana e di uguaglianza, conferma che la tutela di tale pretesa è a tutti gli effetti un obbligo di servizio pubblico.

Se, infatti, le prestazioni di aiuto al suicidio sono necessarie per assicurare la libertà di salute e la piena dignità anche nel morire (della persona che si trovi in certe condizioni), ciò significa che la loro erogazione è doverosa per il servizio sanitario nazionale.

Né vale ad escludere l'esistenza di un obbligo la mancanza di una normativa di rango primario o il permanere di aspetti che devono essere regolamentati (v. § 4.1. 4.2). Ciò perché i poteri/doveri dell'amministrazione sanitaria trovano fondamento e disciplina anche direttamente nelle norme costituzionali, per come precisate e interpretate dalla giurisprudenza: nel momento in cui la Corte ha ricondotto l'aiuto al suicidio agli artt., 2, 13, 32, co. 2, Cost. è in queste norme che si rinviene la copertura legale dell'attività di organizzazione e di prestazione che l'amministrazione dovrà svolgere⁶.

⁵ V. Tar Lombardia, sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214 e soprattutto Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460.

⁶ Altro problema è se la richiesta di ottenere l'assistenza medica al suicidio possa essere oggetto di una DAT ovvero possa essere "inserita" in un protocollo di pianificazione condivisa delle cure. Il fatto che la Corte costituzionale abbia qualificato «la somministrazione dei farmaci atti a provocare la morte» come «trattamenti sanitari» potrebbe far propendere per una risposta positiva.

D'altra parte – verrebbe da aggiungere – il fatto che la Corte abbia precisato che il medico non è tenuto a cooperare alle pratiche di aiuto al suicidio, può essere considerata come una conferma che la prestazione è doverosa per il SSN. Infatti, si può parlare di obiezione solo ove vi sia la doverosità della prestazione che l'obiettore può rifiutare di compiere.

Infine, sembra dimostrare l'esigibilità della pretesa nei confronti dell'amministrazione anche la decisione di affidare le funzioni di verifica dei presupposti e delle modalità di esecuzione alle strutture *pubbliche* del servizio sanitario. Gli enti pubblici, infatti, oltre probabilmente a fornire maggiori garanzie di competenza e di controllabilità, sono istituzionalmente tenuti (e quindi possono essere obbligati da un giudice) ad erogare le prestazioni di servizio pubblico. Diversamente, le strutture private convenzionate, che pur fanno parte del SSN (in forza di un rapporto negoziale con le ASL), rimangono libere di decidere e possono rifiutarsi di erogare certe prestazioni.

4. La funzioni riservate alle strutture pubbliche del SSN: la procedura di garanzia dell'autodeterminazione terapeutica

La seconda questione che dovrà affrontare l'amministrazione è l'organizzazione delle funzioni di verifica delle condizioni di legittimità dell'aiuto al suicidio e delle modalità di esecuzione.

Per una parte si tratta di attività già compiutamente disciplinata, corrispondente alla «procedura medicalizzata» di garanzia del consenso informato di cui agli artt. 1 e 2 della l. n. 219/2017 (v. sent. 242 del 2019 § 5 del Considerato in diritto).

Pertanto, le strutture sanitarie a cui venisse rivolta una richiesta di assistenza al suicidio dovranno garantire la disponibilità di personale

medico competente ad accertare le condizioni cliniche del paziente e a svolgere le varie fasi della procedura: fornire adeguata informazione, proporre azioni di sostegno (anche psicologico) al paziente e ai suoi familiari, prospettare tutte le possibili alternative; infine assicurare l'acquisizione del consenso informato, con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, e la sua registrazione in cartella clinica.

In questo quadro, merita di essere evidenziato il passaggio in cui si chiarisce il senso da attribuire al coinvolgimento del paziente in un percorso di cure palliative, come possibile alternativa alla richiesta di assistenza al suicidio. Nella prospettiva della Corte, la terapia del dolore rappresenta lo strumento con cui si realizza la c.d. "strategia della persuasione" ossia si verifica se non vi sia la possibilità di indurre il paziente a determinarsi diversamente. Il personale medico dovrà perciò proporre l'accesso alle cure palliative per appurare se, ove idonee ad eliminare la sofferenza, possano essere sufficienti «a rimuovere le cause della volontà del paziente di congedarsi dalla vita».

Sotto questi profili, dunque, le pronunce non attribuiscono funzioni nuove, ma hanno una grande importanza sistematica perché confermano che la libertà di salute della persona, quando coinvolge beni di primaria rilevanza (come la vita e la dignità), va esercitata entro una cornice procedurale di cui deve essere garante l'amministrazione pubblica.

La ragione, come ho cercato di dimostrare in altra sede, è chiara: l'amministrazione sanitaria è il soggetto istituzionale tecnicamente più qualificato a svolgere *un controllo sulla libertà* individuale a garanzia dei fondamentali beni giuridici coinvolti e – ad un tempo – *assicurare un servizio calato sulle esigenze della persona*, nel momento in cui si trova ad assumere decisioni tanto importanti e delicate.

4.1. Le modalità di esecuzione delle prestazioni: riserva di erogazione o riserva di valutazione tecnica?

La definizione delle modalità di esecuzione delle pratiche di suicidio assistito richiederà, invece, apposita regolamentazione. Anche se la delicatezza dei bilanciamenti in gioco lascia impregiudicata l'opportunità di un intervento del legislatore, tuttavia le competenze, le procedure e gli strumenti necessari possono essere individuati considerando le materie e la natura delle funzioni coinvolte.

Trattandosi di prestazioni che coinvolgono diritti fondamentali, dovrebbero essere incluse tra i livelli essenziali delle prestazioni sanitarie⁷ (quindi definiti dal legislatore statale, ma erogate dai servizi sanitari regionali); pertanto sarà necessario l'intervento degli organi dell'amministrazione statale d'intesa con le amministrazioni regionali (la sede potrebbe essere la Conferenza Stato-Regioni).

D'altra parte, poiché sono atti di carattere tecnico, le regole concernenti l'esercizio della discrezionalità politico-amministrativa in ambito medico-scientifico definite dalla giurisprudenza costituzionale (a partire da Corte cost., sent. n. 282/2002), impongono che il Ministero della Salute e i corrispondenti organi politici regionali coinvolgano i competenti organismi tecnici. Imprescindibile sarà, in particolare, l'intervento dell'Agenzia italiana del farmaco a cui spetta la definizione delle condizioni di prescrizione dei medicinali anche ai fini del loro regime di rimborsabilità a carico del SSN.

Un profilo problematico si pone, però, per l'esecuzione in senso stretto delle prestazioni perché dalla doppia-pronuncia emergere una contraddizione.

⁷ In questo senso anche la proposta contenuta nel documento *Aiuto medico a morire e diritto: per la costruzione di un dibattito pubblico, plurale e consapevole*, in questa Rivista, 3, 2019.

Infatti, mentre nella ordinanza si prospettava «l'eventuale riserva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale», la sentenza sembra configurare una *riserva di valutazione tecnica*; sembra cioè riservare alle strutture sanitarie pubbliche solo l'attività di *verifica* delle condizioni legittimanti la richiesta di aiuto al suicidio e di *verifica* delle modalità di esecuzione.

Se così fosse, si potrebbe ritenere che, una volta definite in via generale le modalità di esecuzione e avvenuto il controllo preventivo sull'effettiva presenza delle condizioni legittimanti da parte delle strutture pubbliche, l'erogazione delle prestazioni di assistenza al suicidio in senso proprio (i.e. la somministrazione dei farmaci) potrebbe essere svolta anche da strutture private rese disponibili e debitamente autorizzate dalle Regioni.

4.2. La gestione organizzativa della obiezione di coscienza del personale medico

In attesa dell'intervento del legislatore, le aziende sanitarie dovranno affrontare anche la questione dell'obiezione di coscienza del personale medico.

Al riguardo, come accennato, la Corte costituzionale è stata molto sintetica, omettendo ulteriori precisazioni che «le coordinate del sistema normativo» in materia le avrebbero consentito di fare e che, alla luce della prassi applicativa, tutt'altro che virtuosa⁸, e delle posizioni assunte dalla Federazione degli Ordini dei medici⁹ sarebbero state decisamente opportune.

⁸ Il riferimento è alle gravi disfunzioni provocate nei servizi di interruzione della gravidanza dall'alto numero di obiettori di coscienza.

⁹ V. FNOMCEO, *Protocollo N. 4979/2019 del 22-03-2019*. <https://bit.ly/2UoBMBf> (ultimo accesso 3/01/2020); *Audizione presso le Commissioni Riunite Giustizia e Affari Sociali della Camera dei deputati del 30 maggio 2019*. <https://bit.ly/2ZB5Aj7> (u. a.

La Corte avrebbe potuto precisare, ad esempio, che l'obiezione va limitata «alle attività specificamente e necessariamente dirette» all'assistenza al suicidio e che il riconoscimento dell'obiezione di coscienza al personale medico non esonera la struttura dal garantire «in ogni caso» l'erogazione delle relative prestazioni, così come è previsto dall'art. 9 della l. n. 194/78 e come ribadito, anche da ultimo, dal Comitato Nazionale di Bioetica nel parere *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*¹⁰.

Come ho già avuto modo di considerare in altra sede, alle amministrazioni non mancano i poteri e gli strumenti per garantire la soddisfazione dei diritti dei pazienti, dando adeguata considerazione a tutte le pretese coinvolte e cercando di tutelare le diverse sensibilità¹¹.

Nondimeno, qualche indicazione da parte della Corte costituzionale avrebbero facilitato il compito, che è delicato e complesso, ma decisivo per la tenuta del sistema e per l'effettività dei diritti.

5. L'intervento dei comitati etici e il sistema dell'amministrazione biomedica

Infine, merita particolare attenzione la scelta di prevedere l'intervento dei comitati etici, quali organismi specializzati nella tutela della persona che operano da molto tempo nell'ambito del

3/01/2020), su cui v. il contributo di S. STACCA in questo *Forum*.

¹⁰ <http://bioetica.governo.it/it/documenti/pareri-e-risposte/riflessioni-bioetiche-sul-suicidio-medicalmente-assistito/> (u.a. 9/01/2020)

¹¹ In particolare atti di gestione del personale in modo che, nonostante l'obiezione di alcuni, vi siano medici disposti a cooperare nelle procedure di aiuto al suicidio, procedure di mobilità, e - se necessario - assunzione di personale espressamente dedicato a svolgere quelle prestazioni e, perciò, disposto ad impegnarsi contrattualmente a non opporre rifiuti motivati da ragioni di coscienza.

SSN con particolare riguardo alle situazioni di vulnerabilità¹².

La scelta mi pare significativa. In particolare, perché la peculiare composizione multidisciplinare (medico-scientifica, bioetica e giuridica) e la posizione di indipendenza funzionale rendono questi organi particolarmente adeguati a svolgere una funzione di controllo e – soprattutto – di consulenza, senz'altro utile considerata la novità e la rilevanza delle questioni che si porranno¹³.

In termini più generali, perché il loro coinvolgimento nella regolazione di queste vicende costituisce un'autorevole dimostrazione che esiste un sistema dei servizi biomedici cui "attingere" per garantire tutela alle «nuove frontiere» del diritto alla salute progressivamente aperte dallo sviluppo della scienza e della tecnologia.

¹² In particolare, svolgono funzioni di consulenza nella pratica clinica, di autorizzazione e controllo sulle sperimentazioni cliniche dei farmaci e sulle c.d. terapie innovative (farmaci in sperimentazione, uso compassionevole di medicinali. V. d.m Ministero della salute 8.2.2003, e 7.9.2017, reg. UE n. 536/2014.

¹³ Anche se la legge attribuisce natura vincolante solo al parere reso in materia di sperimentazione clinica dei farmaci, data la particolare competenza di tali organismi è ragionevole ritenere che un eventuale parere negativo indurrebbe la struttura sanitaria a respingere la richiesta di aiuto al suicidio.

Cosa c'è di sbagliato nel modificare la linea germinale?

*Iñigo de Miguel Beriain, Lara Mastrangelo**

WHAT IS WRONG WITH EDITING THE GERM-LINE?

ABSTRACT: This work analyses the ethical questions raised by CRISPR-Cas9 technology. CRISPR, which is part of a naturally occurring defense mechanism used by bacteria, has already revolutionized the field of gene editing: it enables scientists to cut the DNA at a precise point and delete, modify or substitute a defective gene in a relatively cheap and quick way, avoiding the manifestation of genetic diseases. However, this technology is extremely controversial, especially with regard to heritable changes in the genome. Our inquiry focuses on the main arguments raised by detractors of germline editing, to clarify the complex interplay of interests linked with genome editing by an ethical and legal perspective.

KEYWORDS: Gene editing; enhancement; human dignity; preimplantation genetic diagnosis, eugenics

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Basi scientifiche dell'*editing* genetico – 3. *Editing* genetico e rischio – 4. La futilità della tecnica – 5. La necessità di preservare il genoma umano nella sua forma attuale – 6. L'obbligo morale di non intervenire nella struttura del genoma umano. La necessità di rispettare il disegno divino o la saggezza della natura – 7. *Editing* genetico e autonomia – 8. *Editing* genetico e identità – 9. *Editing* genetico e miglioramento umano. L'argomento della china scivolosa – 10. Riflessioni conclusive

1. Introduzione

Nel novembre 2018, un ricercatore cinese, He Jiankui, ha annunciato quella che sarà a lungo ricordata come una tappa senza precedenti nell'applicazione delle biotecnologie alla specie umana o, se vogliamo, come una vera e propria – sebbene estremamente discutibile e prematura – pietra miliare nella storia dell'umanità. In quell'occasione, infatti, è stata annunciata la nascita dei primi esseri umani geneticamente modificati allo stato embrionale: due gemelle cinesi, Lulu e Nana, la cui identità esatta rimane anonima per esigenze di tutela della privacy¹. Più tardi, nel gennaio 2019, le autorità cinesi hanno confermato la veridicità dei fatti riportati nell'annuncio, aggiungendo

* Iñigo de Miguel Beriain, Investigador Distinguido. Grupo de Investigación de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano, University of the Basque Country and IKERBASQUE Research Professor. Mail: inigo.demiguelb@ehu.eus; Lara Mastrangelo, Praticante avvocato. Mail: lara.mastrangelo@alumni.unitn.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ S. BEGLEY, A. JOSEPH, *The CRISPR shocker: How genome-editing scientist He Jiankui rose from obscurity to stun the world*, 17 dicembre 2018, disponibile sul sito <https://www.statnews.com/2018/12/17/crispr-shocker-genome-editing-scientist-he-jiankui/> (ultima consultazione 15/02/2020).

che nel corso dell'esperimento che ha portato alla nascita delle gemelle, una seconda donna sarebbe rimasta incinta di un bambino con DNA modificato².

La comunità scientifica internazionale non ha tardato a condannare fermamente tale esperimento³, il che non sorprende se si considera che He, per ottenere il risultato voluto, non solo sembra aver aggirato i protocolli e i controlli etici previsti per un *trial* di questo genere, ma soprattutto, ha sottoposto gli embrioni coinvolti ad un rischio non necessario. L'esperimento, infatti, per il quale sono state reclutate otto coppie di volontari, con uomini positivi all'HIV e donne negative, era finalizzato non tanto alla cura da una malattia ereditaria, quanto ad una modifica genetica che rendesse gli embrioni coinvolti immuni all'HIV. Sebbene le modalità, le tempistiche e le ragioni che hanno caratterizzato questo primo esperimento non possano trovare giustificazione alcuna, è altrettanto importante non dimenticare che la possibilità di modificare i geni di esseri umani o, più in generale, di qualsiasi essere vivente, è un risultato enorme, quasi incomparabile nel contesto dello sviluppo della biologia e delle biotecnologie. Inoltre, non possiamo nemmeno ignorare il fatto che il dibattito relativo all'opportunità di introdurre un quadro normativo più permissivo di quello attualmente esistente nella maggior parte dei paesi, di fatto, è già in corso. Naturalmente, per arrivare a ciò è necessario partire da una profonda riflessione sulle questioni etiche legate alla modificazione genetica degli esseri umani nel contesto della riproduzione assistita.

Questo elaborato, infatti, si propone di indagare le principali problematiche etiche sollevate dall'*editing* genetico, con particolare riferimento agli interventi che interessano la linea germinale e sono – pertanto – potenzialmente trasmissibili alle generazioni future. In particolare, nel presente lavoro, passeremo in rassegna gli argomenti più pregnanti utilizzati per sottolineare l'esigenza di una moratoria del mondo scientifico (in particolare, i rischi connessi all'*editing*, la futilità della tecnica, la sacralità del genoma umano, la necessità di rispettare il disegno divino o la saggezza della natura, le esigenze di autonomia e la difficoltà di tracciare una linea tra interventi terapeutici e migliorativi), al fine di valutare se tali argomenti debbano essere condivisi o confutati e in che termini. Tuttavia, prima di procedere in questo senso, riteniamo sia opportuno – al fine di garantire una piena comprensione delle questioni etiche – introdurre dapprima una breve premessa di carattere scientifico.

2. Basi scientifiche dell'*editing* genetico

L'idea di manipolare il DNA umano non è certo una novità. Non appena l'uomo ha preso coscienza della propria struttura, a partire dai lavori di Watson e Crick negli anni Cinquanta, l'idea di intervenire

² *Second woman carrying gene-edited baby, Chinese authorities confirm*, 22 gennaio 2019, disponibile sul sito <https://www.theguardian.com/science/2019/jan/22/second-woman-carrying-gene-edited-baby-chinese-authorities-confirm> (ultima consultazione 15/02/2020). In particolare, He Jiankui, ricercatore cinese dell'Università di Shenzhen, a fine novembre 2018 informò la comunità scientifica di aver modificato geneticamente alcuni embrioni, attraverso la tecnica CRISPR-Cas9, al fine di renderli immuni all'infezione dell'HIV, disattivando il gene Ccr5. Dalle indagini delle autorità cinesi emerse che tra marzo 2017 e novembre 2018, He aveva segretamente organizzato un *team* per il progetto, reclutando otto coppie di volontari, con maschi positivi all'HIV e donne negative. A seguito di un'indagine portata avanti dalle autorità cinesi, il 30 dicembre 2019 He è stato condannato a tre anni di reclusione e al pagamento di una multa ingente, oltre al divieto di proseguire la ricerca nel campo e di richiedere finanziamenti per la ricerca.

³ S. BEGLEY, A. JOSEPH, *op. cit.*

sulle vere e proprie basi della natura umana si è fatta strada nella mente di molti ricercatori. Già nel 1972 un articolo pubblicato su *Science*, firmato da Theodore Friedmann e Richard Roblin ha sottolineato che «la terapia genica può migliorare alcune malattie genetiche umane in futuro»⁴. Tuttavia, la possibilità di mettere in pratica questa ambizione era attesa da tempo. Del resto, la vera e propria modifica del DNA è diventata una realtà tangibile solo negli ultimi anni, grazie alla concatenazione di una serie di fortunate scoperte.

Le basi di questo sviluppo scientifico sono state gettate da un microbiologo spagnolo, Francisco Juan Martínez Mojica (Elche, 1963), che ha concentrato le sue ricerche sui frammenti di DNA presenti nel batterio *Escherichia coli* che popolava le saline di Santa Pola, ben lontano dai tradizionali teatri delle rivoluzioni scientifiche. Già nel 1987 era stato reso noto che il genoma di questo batterio mostrava un insieme di sequenze ripetute di 29 nucleotidi, intervallate da altre sequenze di 32 nucleotidi, all'interno di un frammento di DNA codificante⁵. Esperimenti successivi hanno confermato l'esistenza dello stesso tipo di sequenze in altri batteri, come lo *Shigella dysenteriae* e la *Salmonella typhimurium*⁶. È stato Mojica a chiamare questi frammenti CRISPR (*Clustered regularly Interspaced Short Palindromic Repeats*) e a descrivere il loro ruolo come qualcosa di simile ad un sistema immunitario batterico⁷. Tuttavia, per lungo tempo la scienza ha complessivamente prestato poca attenzione al lavoro del ricercatore spagnolo.

Il vero momento di svolta sarebbe arrivato anni dopo, nel 2012, quando Jennifer Doudna, biochimica americana, ed Emmanuelle Charpentier, microbiologa e biochimica francese, hanno elaborato una sorta di Stele di Rosetta dell'*editing* genetico⁸. Il loro contributo è consistito nientemeno che nello sviluppo di uno strumento in grado di selezionare una parte del DNA, fissarsi ad esso come se fosse un magnete, tagliarlo e sostituirlo, grazie all'apporto dell'enzima Cas9⁹. Da quel momento in poi è stato possibile modificare i geni in modo semplice, veloce ed economico¹⁰. Per dirla con altre parole: si erano aperte le porte di un nuovo mondo.

⁴ T. FRIEDMANN, R. ROBLIN, *Gene therapy for human genetic disease?*, in *Science*, 175, 1972.

⁵ Y. ISHINO, H. SHINAGAWA, K. MAKINO, ET AL., *Nucleotide sequence of the iap gene, responsible for alkaline phosphatase isozyme conversion in Escherichia Coli and identification of the gene product*, in *Journal of Bacteriology*, 169, 12, 1987, 5429-5433.

⁶ A. NAKATA, M. AMEMURA, K. MAKINO, *Unusual nucleotide arrangement with repeated sequences in the Escherichia coli K-12 chromosome*, in *Journal of Bacteriology*, 171, 6, 1989, 3553-3556.

⁷ F.J.M. MOJICA, G. JUEZ, F. RODRÍGUEZ-VALERA, *Transcription at different salinities of Haloferax mediterranei sequences adjacent to partially modified PstI sites*, in *Molecular Microbiology*, 9, 1993, 613-621.

⁸ M JINEK, K. CHYLINSKI, M. HAUER, J.A. DOUADN, E. CHARPENTIER, *A programable dual-RNA guided ADN endonuclease in adaptative bacterial immunity*, in *Science*, 337, 6096, 2012, 816-821.

⁹ Il sistema CRISPR-Cas9 si basa sull'impiego della proteina Cas9, una sorta di forbice molecolare in grado di tagliare un DNA bersaglio, che può essere programmata per effettuare specifiche modifiche al genoma di una cellula, sia questa animale, umana o vegetale. A seguito del taglio introdotto da Cas9, attraverso opportuni accorgimenti, è possibile eliminare sequenze di DNA dannose dal genoma bersaglio, oppure modificare e sostituire sequenze di geni, allo scopo, ad esempio, di correggere delle mutazioni causa di malattie. La programmazione del bersaglio di Cas9 avviene attraverso una molecola di RNA, chiamata RNA guida, che può essere facilmente modificata in laboratorio e, una volta associata a Cas9, agisce come una specie di guida che permette di ancorare Cas9 alla sequenza di DNA bersaglio scelta.

¹⁰ J.-R. LACADENA, *Genética y Humanismo. Edición genómica: ciencia y ética*, in *Revista Iberoamericana de Bioética*, 3, 2017, 3. L'autore sostiene: «[...] mientras que la utilización de las meganucleasas necesitan 4-5 años de trabajo y un coste de 6.000 € para llevar a cabo una investigación de edición, las ZF nucleasas implican un costo 30.000

3. Editing genetico e rischio

Il rischio connesso alla modifica dei geni è uno dei fattori solitamente invocati per opporsi alla sua attuazione. E, in effetti, non si può dire che l'obiezione sia priva di fondamento. Ad oggi, infatti, siamo ben lungi dal possedere una padronanza della tecnica tale da permettere di escludere con certezza conseguenze ed effetti collaterali indesiderati. Tanto le agenzie di sicurezza¹¹ quanto alcuni dei biologi più autorevoli¹² ci mettono costantemente in guardia sui pericoli dell'*editing* genetico.

Chiaramente, dare il via libera ad un processo come questo è ancora più complesso e rischioso nei casi in cui la persona sottoposta ad alterazione genetica vede coinvolta la sua linea germinale, poiché, in tal caso, le modifiche potrebbero essere trasmesse alla progenie¹³. Ne consegue che non è affatto inopportuno dire, come hanno fatto alcuni autori, che «l'*editing* del genoma dell'embrione umano, utilizzando le tecnologie attuali, potrebbe avere effetti imprevedibili sulle generazioni future. Questo lo rende pericoloso ed eticamente inaccettabile. Tale ricerca potrebbe essere utilizzata per produrre modifiche non terapeutiche. Temiamo che una protesta pubblica per una tale violazione etica possa ostacolare un settore promettente dello sviluppo terapeutico, come l'introduzione di cambiamenti genetici che non possono essere ereditati»¹⁴.

Ciò detto, però, è necessario aggiungere alcune considerazioni al riguardo. In generale, nessuno potrebbe ritenere ragionevole esporre intere generazioni di esseri umani a rischi inutili¹⁵. E tuttavia, detta considerazione implica semplicemente che in questo caso, come del resto in molti altri, è necessario sottoporre i nuovi strumenti tecnici a test rigorosi per garantirne l'idoneità in termini di rischio-beneficio. Sembra ragionevole, a questo proposito, riecheggiare il principio generale stabilito da un testo di Baltimore et al. che suggerisce che «come per qualsiasi strategia terapeutica, i rischi più elevati possono essere tollerati quando la ricompensa per il successo è alta, ma questi rischi richiedono anche una maggiore fiducia nella loro probabile efficacia»¹⁶.

€, las TALEN implican un tiempo de 3-4 meses y un costo de 10.000 €, con la CRISPRCas9 se necesitan solamente 2-3 semanas de trabajo y un coste de 20-30 €».

¹¹ A. REGALADO, *Top US Intelligence Official calls gene editing a WMD Threat*, in *MIT Technology Review*, 2016, disponibile sul sito <https://www.technologyreview.com/s/600774/top-us-intelligence-official-calls-gene-editing-a-wmd-threat/> (ultima consultazione 15/02/2020).

¹² L. MONTOLIÙ, *Del deseo a la realidad: la edición genética (aún) no está preparada para tratar a pacientes*, 17 Novembre 2018, disponibile sul sito <https://www.agenciasinc.es/Opinion/Del-deseo-a-la-realidad-la-edicion-genetica-aun-no-esta-preparada-para-tratar-a-pacientes> (ultima consultazione 15/02/2020).

¹³ È fondamentale distinguere tra interventi genetici sulla linea somatica e sulla linea germinare. Nel primo caso, infatti, le cellule interessate dall'*editing* sono le sole cellule somatiche, le cui mutazioni si manifestano nel singolo soggetto sottoposto all'*editing*, mentre non hanno alcun riflesso sui discendenti. Per esempio, una mutazione in una singola cellula epiteliale umana può produrre una chiazza cutanea, che però non verrà trasmessa ai figli. Al contrario, gli interventi afferenti alla linea germinale, ossia tali da modificare le cellule specializzate nella produzione di gameti, comportano che le modifiche realizzate attraverso l'*editing* influenzino non solo un individuo, ma, potenzialmente, la discendenza di quella persona.

¹⁴ E. LANPHER, F. URNOV, S.E. HAECKER, M. WERNER, J. SMOLENSKI, *Don't edit the human germ line*, in *Nature*, 519, 2015, 410-411.

¹⁵ M.S. FRANKEL, B.T. HAGEN, *Germline therapies: Background paper*, 2011, disponibile sul sito <http://bit.ly/1wOL2wS> (ultima consultazione 15/02/2020).

¹⁶ D. BALTIMORE, P. BERG, M. BOTCHAN, ET AL., *A prudent path forward for genomic engineering and germ line gene modification*, in *Science*, 348, 6230, 2008, 36-38.

Supportre, invece, che la modificazione della linea germinale umana presenti una problematica intrinseca, *in re ipsa*, in quanto implica l'alterazione della natura, è una questione molto più discutibile, sulla quale si è creato un ampio dibattito. C'è una significativa differenza tra la tesi di chi ritiene opportuno attendere a modificare la linea germinale fino al momento in cui la tecnica soddisferà gli standard minimi di sicurezza e l'idea di chi sostiene che non dovremmo *mai*, in alcun caso, alterare la linea germinale, non potendone prevedere le conseguenze a lungo termine. A nostro avviso, la prima prospettiva sembra più ragionevole, specialmente alla luce del fatto che pretendere di arrivare alla certezza dell'assenza di rischio significherebbe fare appello ad un criterio che non è mai stato utilizzato in passato. Si pensi, ad esempio, alla fecondazione in vitro: non abbiamo mai avuto – e non abbiamo tuttora – certezza assoluta della sicurezza di tali interventi. A nostro avviso, quindi, è necessario rimettersi ai giudizi e alle valutazioni dei ricercatori, dei comitati etici e dei comitati di supervisione¹⁷.

Inoltre, se anche si accettasse il criterio del rischio, sarebbe necessario tracciare alcune distinzioni. In prima battuta, sarebbe opportuno distinguere tra la scienza di base e l'applicazione clinica, in quanto la prima e la seconda portano a conseguenze completamente diverse. Ancora, non è lo stesso valutare i rischi di un intervento che avrà conseguenze sui discendenti della persona che vi si sottopone o che ne richiede l'applicazione rispetto ad un intervento che, al contrario, non porterà mai alla nascita di un essere umano, in quanto applicato su embrioni che non saranno mai impiantati. In questo senso, ci sembra che, almeno per il momento, l'unica interpretazione ragionevole di strumenti normativi come l'articolo 13 della Convenzione di Oviedo («Un intervento volto a modificare il genoma umano può essere effettuato solo per ragioni preventive, diagnostiche o terapeutiche e solo quando non ha come scopo l'introduzione di una modifica del genoma della prole») sia quella che vede in tale clausola un divieto al solo uso di tecniche di *editing* che possano avere effetti sulla prole (ammettendo, quindi, sia la ricerca di base che quella applicata purché gli effetti non interessino i discendenti).

Infatti, dato che un embrione in vitro non è un «discendente», l'uso di queste tecniche al di fuori del contesto clinico non sarebbe proibito, perché non ci sarebbe alcun rischio per una persona, e tanto meno per i discendenti che non esisterebbero mai.

A quanto già detto va aggiunta una considerazione di particolare interesse: anche se si prova una certa diffidenza verso queste tecniche (o proprio per questo), si farebbe bene a promuoverne non la paralisi ma, al contrario, il rapido sviluppo attraverso i consueti canali della scienza. Questa apparente contraddizione ha una spiegazione molto semplice. Data la facilità d'uso di queste tecniche, il basso costo e la possibilità di acquisirle senza grossi ostacoli, è più che probabile che un veto generalizzato sull'uso di CRISPR-Cas sugli embrioni umani non sarebbe realizzabile. Non siamo più nell'epoca della Conferenza di Asilomar¹⁸, quando erano necessarie enormi infrastrutture e ingenti finanziamenti per lanciare

¹⁷ J.E. LUNSHOF, *Human germ line editing-roles and responsibilities*, in *Protein & Cell*, 7, 1, 2016, 7-10. Con comitati di supervisione ci si riferisce, ad esempio, ai c.d. *comités superviseurs* spagnoli. In Spagna, infatti, non esistono solo i tradizionali comitati etici, ma anche enti superiori con il compito di autorizzare la sperimentazione clinica.

¹⁸ La conferenza di Asilomar fu un incontro internazionale svoltosi nel febbraio 1975 ad Asilomar, nei pressi di Pacific Grove. L'incontro fu organizzato da Paul Berg al fine di discutere i potenziali rischi connessi allo sviluppo delle biotecnologie, con particolare riferimento al DNA ricombinante, e la regolamentazione delle stessa. Vi parteciparono numerosi insigni biologi, che approvarono quasi all'unanimità una moratoria di gran parte delle ricerche relative al DNA ricombinante, in attesa di una verifica dei pericoli potenzialmente derivanti da queste indagini.

un'iniziativa suscettibile di arrecare pericoli considerevoli all'ambiente circostante. Lo scenario è talmente diverso, come è già stato sottolineato, che qualsiasi tentativo di introdurre un divieto servirebbe solamente a promuovere un mercato nero, lo sviluppo di pratiche abusive, che sarebbero certamente intraprese non solo da alcuni ricercatori, ma anche da apparati statali, più o meno segretamente. Inoltre, uno scenario di questo tipo – i.e. la modifica del genoma sviluppata in contesti scarsamente controllati – renderebbe molto più probabile l'emergere di gravi incidenti di sicurezza¹⁹. Peggio ancora, una paralisi della scienza «ufficiale» comporterebbe una totale impotenza di fronte alla minaccia di tali incidenti. Per questo motivo non appare condivisibile la parte del Rapporto del Gruppo Europeo di Etica sull'*editing* genetico che recita che «a causa della fragilità delle linee che separano la ricerca di base da quella applicata, alcuni membri del gruppo chiedono anche una moratoria su qualsiasi ricerca di base che comporti una modificazione genetica della linea germinale umana fino a quando il quadro normativo non si adatti alle nuove possibilità»²⁰.

Alla luce di tutto ciò, osiamo concludere che, in realtà, sembra ragionevole esercitare estrema cautela sull'uso di strumenti di modificazione genetica, soprattutto quando questi colpiscono la linea germinale umana, ma sempre senza raggiungere la paralisi, perché un divieto generalizzato non solo è impossibile da attuare, ma anche sconsigliabile. Sistemi di controllo adeguati, trasparenza costante e una sana abitudine a condividere risultati e fallimenti nel momento in cui si verificano possono essere una buona combinazione per risolvere adeguatamente i problemi di rischio che queste tecniche indubbiamente presentano. Su tali basi, potremmo almeno riconsiderare la possibilità di autorizzare l'uso clinico delle terapie geniche negli embrioni, anche se ciò implica una modifica del genoma dei discendenti, una volta che la tecnologia sia matura per garantire il rispetto di standard minimi di sicurezza e a condizione che tale intervento comporti benefici rilevanti²¹.

4. La futilità della tecnica

In secondo luogo, va sottolineato che la necessità di modificare i geni di embrioni umani è stata fortemente dibattuta per la sua presunta futilità, osservazione che a volte si intreccia con un'allusione al rischio, presumendo che una tecnologia futile che comporta anche un rischio debba essere vietata. L'argomento che viene generalmente utilizzato è che il rischio che tale tecnica comporta non è bilanciato in maniera efficace dai benefici che potrebbe portare, perché vi sono già tecnologie collaudate, come la diagnosi genetica preimpianto (DGP)²², che ci permetterebbero di raggiungere i risultati che l'uso di CRISPR-Cas9 promette. Pertanto, la necessità di minimizzare i rischi, unita ad un principio di

¹⁹ Si potrebbe anche pensare a scenari peggiori. Qualche anno fa, il *Sunshine Project* ha documentato quasi una dozzina di possibili usi della scienza genetica per scopi di guerra biologica, compresa la creazione di specifici agenti patogeni. Si veda J. VAN AKEN, E. HAMMOND, *Genetic engineering and biological weapons. New technologies, desires and threats from biological research*, EMBO Reports, 4 Special number, Suppl 1, 2003, S57–S60.

²⁰ European Group On Ethics In Science And New Technologies, *Statement on Gene Editing*, 2015, disponibile sul sito https://ec.europa.eu/research/ege/pdf/gene_editing_ege_statement.pdf (ultima consultazione 15/02/2020).

²¹ R. ISASI, B.M. KNOPPERS, *Oversight of human inheritable genome modification*, in *Nature Biotechnology*, 33, 2015, 454-455.

²² S. LANDER ERIC, *What we don't know*, in *International Summit on Gene Editing, Commissioned papers*, Washington, 1-3 dicembre 2015; 20 ss.

giustizia che ci incoraggia ad utilizzare ragionevolmente le nostre risorse (e scommettere su un progresso tecnologico *futile* non sembra esserlo), dovrebbe costringerci a valutare di continuare con il corredo tecnologico di cui ad oggi disponiamo e a porre una moratoria sull' *editing* genetico²³.

Tuttavia, si tratta di un argomento poco persuasivo e alcune considerazioni si rendono necessarie. Certamente, la trasmissione di malattie genetiche ereditarie può essere evitata attraverso la fecondazione in vitro e la DGP. E tuttavia, in alcune circostanze, come nel caso di malattie genetiche dominanti ad insorgenza tardiva, come la Corea di Huntington, tutti o la stragrande maggioranza degli embrioni sono malati, rendendo difficile o impossibile la DGP. Ciò accade, in genere, perché in alcune popolazioni isolate la mutazione si verifica ad una frequenza così alta che il genitore è omozigote rispetto a quella mutazione²⁴. Inoltre, anche nelle malattie recessive, come la fibrosi cistica e l'anemia falciforme, il rischio che entrambi i futuri genitori siano omozigoti rispetto ad una mutazione è aumentato negli ultimi anni, grazie agli sviluppi della medicina²⁵. Lo stesso vale per le malattie genetiche autosomiche dominanti (come ad esempio l'acondroplasia, l'osteogenesi imperfetta, ecc.), perché le persone colpite hanno maggiori probabilità di avere relazioni tra loro a causa delle pressioni sociali e della discriminazione. Di conseguenza, la probabilità di trasmettere la malattia ad eventuali figli aumenta e la possibilità di avere embrioni sani diminuisce. Pertanto, alcune coppie hanno bisogno della donazione di ovuli per poter generare una prole sana. Al contrario, l' *editing* genetico permetterebbe a persone affette da alcune malattie di dare alla luce figli biologici sani²⁶.

Inoltre, sebbene i risultati della DGP e dell' *editing* genetico siano simili, sarebbe falso affermare che tali tecniche condividano la stessa natura. La DGP non è mai stata, né potrà mai essere considerata una procedura terapeutica, almeno per gli embrioni coinvolti, in quanto la stessa non cura alcuna patologia. Quello che fa, piuttosto, è selezionare tra tutti gli embrioni creati quelli che sono privi di certe patologie, ciò che, del resto, ha sempre avuto una certa sfumatura eugenetica²⁷. L' *editing* , invece, si propone di curare un embrione malato, sostituendo espressioni genetiche patologiche con altre sane. In questo senso, il suo uso è molto meno controverso dal punto di vista etico. Inoltre, l' *editing* genetico permetterebbe di ridurre il numero di embrioni scartati in un processo di fecondazione assistita, rendendo impiantabili molti di quelli che ad oggi vengono scartati. In definitiva, quindi, chi difende con forza gli embrioni umani dovrebbe sostenere che l' *editing* sugli stessi è moralmente più accettabile della DGP²⁸.

C'è, infine, un altro argomento di non scarso rilievo rispetto alla presunta futilità della tecnica – e, di conseguenza, alla presunta immoralità del suo utilizzo – che viene da un altro punto di vista. Come ha

²³ G. CAVALIERE, *Genome editing and assisted reproduction: curing embryos, society or prospective parents?*, in *Medicine, Health Care and Philosophy*, 21, 2018, 215–225.

²⁴ National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine, *Human Genome Editing: Science, Ethics, and Governance*, Washington, DC: The National Academies Press, 2017, 113 ss.

²⁵ *Id.*

²⁶ J. SAVULESCU, J. PUGH, T. DOUGLAS, C. GYNGELL, *The moral imperative to continue gene editing research on human embryos*, in *Protein & Cell*, 6, 7, 2015, 476–479.

²⁷ C.M. ROMEO CASABONA, *Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas*, Bilbao-Granada, 1999, 5–11. Si veda anche A. EMALDI CIRIÒN, *Diagnóstico Preimplantatorio* (voce), in C.M. ROMEO CASABONA, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, 2011, versione elettronica disponibile sul sito <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/117> (ultima consultazione 15/02/2020).

²⁸ J. SAVULESCU, J. PUGH, T. DOUGLAS, C. GYNGELL, *op.cit.*, 476–479.

sottolineato l'*Hinxton Group*²⁹, «sebbene gran parte del dibattito pubblico sulla modifica del genoma umano si sia concentrata sulle sue potenziali applicazioni cliniche, gli usi immediati e forse più entusiasmanti di questa tecnologia si collocano nella ricerca scientifica di base»³⁰. Infatti, secondo l'*Hinxton Group* vi sono almeno quattro categorie di ricerca di base che potrebbero portare a risultati significativi attraverso l'uso dell'*editing*: 1) la ricerca volta a studiare e migliorare le stesse tecniche di *editing*; 2) l'*editing* del genoma utilizzato come strumento per affrontare questioni fondamentali della biologia umana e animale; 3) la ricerca volta a trovare dati preliminari per lo sviluppo di applicazioni della tecnologia a livello somatico sull'uomo; e 4) la ricerca per indagare la fattibilità dello sviluppo di applicazioni della tecnologia sicure per la riproduzione umana. Occorre pertanto sottolineare che le affermazioni secondo cui la ricerca di base sugli embrioni umani non ha alcun valore sono manifestamente false. Alla luce di quanto detto si deve dunque concludere che la chiusura di questa porta potrebbe costituire una grave violazione del principio di beneficenza, in quanto impedirebbe l'implementazione di una tecnica che potrebbe fornire benefici sostanziali in termini di assistenza sanitaria³¹. Ci sembra perciò evidente che l'*editing* non possa essere considerato una tecnica futile.

5. La necessità di preservare il genoma umano nella sua forma attuale

Un altro motivo spesso addotto al fine di opporsi all'*editing* genetico sulla linea germinale è che il genoma umano, in quanto direttamente legato all'idea di dignità umana, ha un particolare e preciso valore. L'idea di partenza è che il genoma umano è un patrimonio comune dell'umanità stessa dotato di valore intrinseco e che, in quanto tale, deve essere preservato³². Questo tipo di mentalità ha portato alla progressiva sacralizzazione del DNA, che è stata espressamente riconosciuta nella Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti umani adottata dalla Conferenza generale dell'UNESCO l'11 novembre 1997. L'articolo 1 afferma a questo proposito che «il genoma umano sottende l'unità fondamentale di tutti i membri della famiglia umana, come pure il riconoscimento della loro intrinseca dignità e della loro diversità. In senso simbolico, esso è patrimonio dell'umanità»³³.

Questo argomento, tuttavia, presenta molte lacune e contraddizioni che lo rendono estremamente pericoloso³⁴. La prima e fondamentale incongruenza è che l'entità che, in linea di principio, deve essere preservata, non è fissa e stabile, ma muta costantemente. Il genoma umano è in continua evoluzione, presentando molti cambiamenti nell'espressione genica tra una generazione e l'altra. Da un certo punto di vista, è proprio questo il modo in cui il meccanismo evolutivo svolge la propria funzione: le

²⁹ L'*Hinxton Group* è un gruppo di ricerca formato da esperti e scienziati di varie nazionalità, finalizzato allo studio degli aspetti scientifici, etici e normativi relativi prevalentemente alla ricerca sugli embrioni e alle cellule staminali.

³⁰ The Hinxton Group, *Statement on Genome Editing Technologies and Human Germ line Genetic Modification*, 2015, disponibile sul sito, http://www.hinxtongroup.org/hinxton2015_statement.pdf (ultima consultazione 15/02/2020).

³¹ J. SAVULESCU, J. PUGH, T. DOUGLAS, C. GYNGELL, *op. cit.*

³² J. RIFKIN, *Algeny*, New York, 1983.

³³ C.M. ROMEO CASABONA, *La genética y la biotecnología en las fronteras del derecho*, in *Acta bioethica*, 8, 2, 2002, 283-297.

³⁴ I. DE MIGUEL BERIAIN, *Dignidad ¿humana? Por un concepto de dignidad dissociado de la especie humana*, in *Rivista di Biodiritto – BioLaw Journal*, 2, 2017, 51-69.

mutazioni casuali possono essere più o meno benefiche per l'individuo che le subisce. Semplificando molto, se la mutazione è benefica – ossia se, in qualche modo, aumenta la resistenza e la capacità di sopravvivere del soggetto interessato – detta mutazione tenderà ad essere trasmessa alla progenie. Si pensi, ad esempio, al fatto che la maggiore prevalenza dell'anemia falciforme si riscontra nelle popolazioni originarie di regioni malariche, in quanto la presenza della variabile emoglobinica responsabile dell'anemia falciforme conferisce una resistenza alla malaria. Qualora, invece, la mutazione sia estremamente disfunzionale, l'individuo che l'ha subita in alcuni casi non si riproduce oppure non la trasmette, con la conseguenza che la mutazione in certi casi scompare, almeno fino a quando non si presenterà di nuovo naturalmente. Pensare, quindi, che dobbiamo mantenere il genoma umano nella sua espressione attuale è quantomeno bizzarro, perché una tale concezione sembra ignorare che il genoma umano non è affatto una «fotografia fissa», ma piuttosto un substrato comune in costante cambiamento. Vale la pena menzionare qui un frammento ispirato di Schneider e Sagan, che afferma quanto segue: «[i] geni hanno attraversato i confini delle specie per milioni di anni, succede ogni volta che i geni di un virus sono incorporati nel genoma di una cellula ospite. Gli scambi genetici fanno parte della materia prima dell'evoluzione. E tutti coloro che organizzano un matrimonio, scelgono un partner, o piantano semi (o comprano prodotti vegetali le cui vendite incoraggiano gli agricoltori a continuare con una determinata coltura) stanno facendo un po' di "ingegneria genetica". È giusto porre il veto alla tecnologia genetica se può giovare a chi nasce cieco o deformato? A nostro avviso, la "biotecnologia" è molto più vecchia di quanto la maggior parte delle persone pensi: esiste dal momento in cui le cellule hanno iniziato a selezionare cosa hanno mangiato, dove sono andate e a quali altre cellule sono state associate»³⁵.

La cosa più curiosa e contraddittoria di questo tipo di appello è che, se lo prendiamo sul serio, il suo principio normativo non dovrebbe – come sostengono i suoi difensori – predisporci a non intervenire nel corso naturale delle cose, ma l'esatto contrario. E, come ha detto con intelligente sarcasmo John Harris³⁶, se vogliamo davvero mantenere il genoma umano in una specifica espressione, dovremmo cominciare ad abolire la riproduzione naturale, sostituendola con processi di clonazione, che sono quelli che escludono la possibilità di una miscela nel materiale genetico. Peraltro, per conservare il genoma umano in una forma specifica, l'ideale sarebbe – paradossalmente – intervenire attraverso la modificazione genetica per sradicare qualsiasi mutazione che possa introdurre cambiamenti nel patrimonio genetico comune. Naturalmente, se ciò fosse vero, allora l'argomento alla base dell'obbligo morale di mantenere il DNA umano nella sua forma attuale dovrebbe concludersi, in realtà, in un appello alla necessità di intervenire nel corso naturale degli eventi, non il contrario. Da qui la profonda contraddizione che tutto questo strano miscuglio di naturalismo e ignoranza implica, e che vorremmo in questa sede mettere in luce.

D'altra parte, e senza ricorrere a tali estremi, è necessario sottolineare che i trattamenti di alcune malattie, come la chemioterapia, causano spesso un'alterazione della linea germinale umana³⁷. Questo

³⁵ E.D. SCHNEIDER, D. SAGAN, D., *La termodinámica de la vida*, Barcelona, 2008, 43.

³⁶ HARRIS J., *How to be good*, Oxford, 2015.

³⁷ I. DE MIGUEL BERIAIN, E. ARMAZA, *Un análisis ético de las nuevas tecnologías de edición genética: el CRISPR-Cas9 a debate*, in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 2018, disponibile sul sito <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/6555/5677>.

spiega perché si tende a raccomandare a tutti coloro che vi si sottopongono di astenersi dall'aver figli durante la terapia e per un certo periodo di tempo successivo³⁸. Dovremmo, seguendo i postulati della sacralità del DNA umano, proibire queste tecniche per preservarlo? A nostro parere, se si volesse essere coerenti sarebbe necessario rispondere senza dubbio di sì. Dopo tutto, questo è ciò che significa veramente considerare il genoma umano come qualcosa di “sacro”. Tuttavia, è difficile trovare qualcuno che appoggi tale conclusione. Al contrario, in genere è il principio del rischio/beneficio a guidare questo genere di scelte. E tuttavia, è chiaro che così facendo si riconosce, inevitabilmente, che il genoma umano non è affatto “sacro” e che si tratta, piuttosto, di un bene il cui valore potrebbe essere paragonabile ad altri beni. Ora, se ammettiamo questa conclusione, neghiamo inevitabilmente l'assunto che il mero cambiamento del genoma è intrinsecamente immorale, aprendo la porta ad un'analisi rischi/benefici della sua applicazione in ogni caso specifico. Quindi, in breve, non possiamo non concludere che un'opposizione radicale, senza sfumature, all'*editing* del genoma umano non solo è irragionevole, ma addirittura contraddittoria rispetto ai presupposti da cui la stessa muove.

Infine, vorremmo sottolineare che, se anche accettassimo l'obiezione di cui ci stiamo occupando – cosa che ovviamente non facciamo – sarebbe necessario tenere a mente che ciò significherebbe solo astenersi dall'introdurre variazioni che interessano la linea germinale e, al contempo, introducono una qualche novità nel patrimonio genetico umano³⁹. In altri termini, un intervento sulla linea germinale non è sufficiente di per sé a modificare il patrimonio genetico dell'umanità: per farlo è necessario che con tale intervento venga anche creata una nuova combinazione genetica, non esistente nella specie umana fino a quel momento. Se un intervento si limita a sostituire l'espressione patologica di un gene con la sua versione normale, questo implica, naturalmente, un cambiamento nel genoma dell'individuo colpito, ma non un cambiamento nel genoma umano, cioè l'insieme delle varianti genetiche presenti nella nostra specie. Così, per esempio, se sostituiamo il gene che provoca la Corea di Huntington con la sua versione sana, eviteremo ad un essere umano di sviluppare una certa patologia, a costo di variare il suo genoma, ovviamente, ma senza alterare minimamente il genoma della specie nel suo complesso. O si vorrebbe sostenere che liberare una persona da un'espressione dannosa di quel gene altererebbe il patrimonio genetico umano?

6. L'obbligo morale di non intervenire nella struttura del genoma umano. La necessità di rispettare il disegno divino o la saggezza della natura

Chiunque abbia letto la sezione precedente e faccia parte di coloro che sostengono il non intervento sulla linea germinale umana, pensa sicuramente che il nostro argomento sia più che altro un sofisma. E questo perché ciò che sostengono i difensori della sacralità del genoma umano non è tanto che esso dovrebbe essere mantenuto in uno stato specifico, ma che non dovrebbero essere gli esseri umani a dettare in quale senso debba avvenire la sua alterazione⁴⁰.

³⁸ R. ISASI, B.M. KNOPPERS, *op. cit.*, 454.

³⁹ I. DE MIGUEL BERIAIN, G. LAZCOZ MORATINOS, *El Convenio de Oviedo, veinte años después de su firma. Algunas sugerencias de enmienda*, in *Revista Quaestio Iuris*, febbraio 2018, disponibile sul sito <http://www.e-publica-coes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/31729/23320> (ultima consultazione 15/02/2020).

⁴⁰ D. CONSTAM, *Comment on “Human dignity and gene editing”*, *EMBO Reports*, 2018, 20:e47220.

Ovviamente, chiedere a gran voce di non alterare il genoma, da un lato, e sottolineare che lo stesso può cambiare purché la sua variazione non sia determinata da un intervento umano, dall'altro, sono cose molto diverse, con implicazioni normative differenti. Il primo atteggiamento richiede l'intervento umano, il secondo lo ripudia. Ma questo argomento alternativo è più solido del primo? Ci permettiamo di dubitarne.

Naturalmente, per spiegarne la ragione ha senso iniziare domandandoci su quale base coloro che si oppongono a qualsiasi intervento dell'uomo sulla conformazione del genoma umano fondino il loro ragionamento. E qui troviamo alcune varianti. C'è chi non nasconde che il proprio appello ha un chiaro sfondo religioso, ossia che non dovremmo alterare il genoma umano perché è stato creato da Dio e, dunque, anche il suo possibile mutamento è opera sua⁴¹, il che, naturalmente, non solo implica una dose di fede (nell'esistenza di Dio), ma anche una singolare interpretazione della Genesi e del comando divino che è ivi contenuto («Crescere, moltiplicarsi, riempire la terra e soggiogarla; dominare i pesci del mare, gli uccelli del cielo e tutti i vivi che strisciano sulla terra»). Come si può notare, forse, stiamo parlando di richieste troppo esigenti per i comuni mortali.

Una variante diversa di questo stesso argomento è quella difesa da altri autori⁴² che, a differenza dei primi, omettono (apparentemente) ogni riferimento al divino. Essi ritengono semplicemente che la natura sia in qualche modo saggia e che non dovremmo sostituire un meccanismo che ha dimostrato di funzionare⁴³. Dovremmo pertanto astenerci dall'utilizzare gli strumenti dell'*editing* genetico. Tuttavia, questi argomenti hanno anche un serio problema: se crediamo che la natura ci protegga e che dovremmo quindi astenerci dal trasformarla, perché limitare questo postulato all'uso di CRISPR-Cas9? Volendo applicare tale ragionamento in modo rigoroso, infatti, l'intera scienza medica potrebbe essere vista come una violazione delle norme della natura⁴⁴.

In ultima analisi, sembra che accettare l'idea della saggezza della natura porti con sé gravi implicazioni. E se, come ritiene la maggior parte del mondo scientifico, non si condivide l'assunto per cui la natura è necessariamente "saggia", allora non sarà più così ovvio che le mutazioni introdotte accidentalmente da quest'ultima sono più vantaggiose di quelle progettate da ingegneri genetici qualificati⁴⁵. Al contrario, sembrerebbe più sensato affidarsi alle azioni di coloro che desiderano il nostro bene comune e agiscono guidati da ragionevoli criteri scientifici piuttosto che lasciare le cose al libero e casuale funzionamento di una natura che ha portato all'estinzione di molteplici specie.

⁴¹ L.R. KASS, *Life, liberty and the defense of dignity: the challenge for bioethics*, New York, 2004.

⁴² F. COYL, J. FAIRWEATHER, *Space, time and nature: exploring the public reception of biotechnology in New Zealand*, in *Public Understanding of Science*, 14, 2, 2018, 143–61; si veda anche Nuffield Council On Bioethics, *Genome editing and human reproduction: social and ethical issues*, July 2018, 68, disponibile sul sito <http://nuffieldbioethics.org/project/genome-editing-human-reproduction> (ultima consultazione 15/02/2020).

⁴³ N. BOSTROM, A. SANDBERG, *The wisdom of nature: an evolutionary heuristic for human enhancement*, in J. SAVULESCU, N. BOSTROM, *Human enhancement*, Oxford, 2008. Si veda anche Nuffield Council on Bioethics, *Ideas about naturalness in public and political debates about science, technology and medicine: analysis paper*, 2015, disponibile sul <http://nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/Naturalness-analysis-paper.pdf> (ultima consultazione 15/02/2020).

⁴⁴ I. DE MIGUEL BERIAIN, *Response by the author*, EMBO Reports, 2019, 20:e47346.

⁴⁵ J. TOOBY, L. COSMIDES, *The evolutionary psychology of the emotions and their relationship to internal regulatory variables*, in M. LEWIS, J.M. HAVILAND-JONES, L.F. BARRETT, (eds.), *Handbook of emotions*, New York, 2008, 114-137; A. BUCHANAN, *Better than human: the promise and perils of enhancing ourselves*, New York, 2011.

7. Editing genetico e autonomia

C'è un'obiezione all'*editing* della linea germinale umana che, pur essendo intimamente legata a quelle che abbiamo appena esposto, ha una sfumatura diversa, in quanto non fa appello a misteriosi equilibri o disegni da rispettare, ma al potente concetto di autonomia umana. C'è infatti una corrente di pensiero⁴⁶ che difende con veemenza l'idea che, poiché il nostro DNA comune è la base principale di chi siamo, dovremmo astenerci dall'intervenire sul genoma della nostra prole. Questa proposta è stata ben espressa nel rapporto del Nuffield Council⁴⁷ che dice: «la scelta della dotazione genetica di un'altra persona (in un modo diverso dalla scelta di un partner riproduttivo) potrebbe essere analoga a un tipo di schiavitù, tranne che le limitazioni alla loro libertà assumono la forma di una caratteristica biologica piuttosto che di una limitazione fisica o di un'oppressione psicologica. Da questo punto di vista, l'intervento offende la dignità e la natura essenziale della persona come essere umano libero e indipendente»⁴⁸.

Il problema con questo tipo di ragionamento è che si arriva a supporre che un essere umano determini la dotazione genetica di una persona solo quando agisce, cioè quando compie una determinata azione per alterare il suo DNA originale. Il punto, però, è che, a nostro avviso, non ci sono motivi ragionevoli per giungere necessariamente alla conclusione che un'omissione non abbia alcun significato. Consideriamo, ad esempio, un soggetto affetto dalla malattia di Tay-Sachs. La domanda è la seguente: sarebbe ragionevole sostenere che se ci astenessimo dal modificare i suoi geni agiremmo in accordo con le esigenze di rispetto dell'autonomia, solamente perché ci asteniamo dall'intervenire? Non potremmo piuttosto concludere che questa forma di non-intervento sarebbe anch'essa un modo per determinare la sua composizione genetica? Ma soprattutto: non potremmo invece ritenere che un'omissione di tale portata – che finirebbe per determinare la morte della persona – si adatti molto peggio a ciò che la difesa dell'autonomia umana richiede, rispetto al contrario⁴⁹?

A favore di quest'ultima considerazione gioca, dal nostro punto di vista, la circostanza che intervenire sulla linea germinale umana sembra un comportamento più adeguato a ciò che la nostra autonomia richiede rispetto alla condanna di tali azioni, che, al contrario, sembra più una forma di mutilazione della nostra capacità decisionale. Ciò che ci dà potere è la capacità stessa di modificare i nostri geni. Decidere di farlo o meno sarà una nostra responsabilità. In altri termini: gli strumenti di *editing* genetico oramai esistono e non utilizzarli non equivale a non averli mai creati. Insomma, rifiutarsi di utilizzarli può essere tanto contrario all'autonomia umana quanto il loro utilizzo per motivi futili⁵⁰.

⁴⁶ J. HABERMAS, *The future of human nature*, Malden, 2003; G. ANNAS, *American bioethics: Crossing human rights and health law boundaries*, Oxford, 2005.

⁴⁷ Il *Nuffield Council on Bioethics*, fondato nel 1991 nel Regno Unito, è una fondazione che esamina ed approfondisce i problemi etici sorti dai recenti avanzamenti nella ricerca medica e biologica.

⁴⁸ Nuffield Council on Bioethics, *Genome editing and human reproduction: social and ethical issues*, Agosto 2018, 67, disponibile sul sito <http://nuffieldbioethics.org/project/genome-editing-human-reproduction> (ultima consultazione 15/02/2020).

⁴⁹ I. DE MIGUEL BERIAIN, *Human dignity and gene editing*, EMBO Reports, ottobre 2018.

⁵⁰ ID., *We Must Not Avoid Germline Gene Editing to Preserve Social Values: A Response to Saha et al.*, in *Trends in Biotechnology*, Agosto 2018.

8. Editing genetico e identità

Un altro motivo per cui l'*editing* genetico è spesso criticato, soprattutto quando praticato sulla linea germinale, è che può minare l'identità del soggetto colpito. Si tratta di una tesi che ha trovato particolare eco nella normativa dell'Unione Europea⁵¹, che include riferimenti all'identità in due strumenti di particolare importanza, come la Direttiva UE sulle invenzioni biotecnologiche (Direttiva 98/44/CE), che stabilisce all'articolo 6 b) che «i processi di modificazione dell'identità genetica germinale degli esseri umani sono considerati non brevettabili», e il regolamento (UE) n. 536/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, concernente la sperimentazione clinica di medicinali per uso umano, che abroga la direttiva 2001/20/CE e stabilisce che «non possono essere effettuate sperimentazioni cliniche di terapia genica che comportano modifiche dell'identità genetica della linea germinale del soggetto».

Ora, cos'è esattamente l'«identità» che queste clausole cercano di preservare? Coincide con la c.d. identità genetica? Tale concetto è molto difficile da definire. Innanzitutto, va detto che l'idea di identità si riferisce ad una grande somiglianza tra due elementi. Tuttavia, il significato che attribuiamo a tale espressione in questo contesto non ha a che fare con tale definizione, ma con la nozione di «essere se stessi» o, più precisamente, con «la consapevolezza che una persona ha di essere se stessa e diversa dagli altri»⁵².

Ora, l'identità genetica coincide con l'identità? Stiamo entrando in un terreno paludoso. A nostro avviso, l'identità genetica va intesa come la consapevolezza di essere se stessi, diversi dagli altri, attraverso il possesso di un DNA originale. In quanto tale, il DNA deve essere inteso come sostanzialmente diverso da quello posseduto da qualsiasi altro individuo. Tuttavia, è ovvio che si tratta di una definizione sfuggente, che richiederebbe una maggiore precisione, che, tuttavia, è difficile da raggiungere. Come hanno notato Rosario Isasi *et al.*, l'identità genetica «deve ancora essere definita, e dobbiamo cercare un approccio all'*editing* del genoma che possa portare ad un compromesso o al consenso»⁵³. Ciò che sembra in ogni caso indiscutibile è che la nostra identità è costruita, tra le altre cose, sulla nostra unicità genetica, ma non solo su questo, in quanto, altrimenti, i gemelli monozigoti, che condividono lo stesso DNA, almeno all'inizio della loro vita, non avrebbero una propria identità, il che è chiaramente falso. Come abbiamo scritto altrove⁵⁴: «in generale, la maggior parte degli autori ritiene che l'esclusività genetica, cioè il possesso di un DNA originale, sia, in quanto tale, un bene, perché è bene che un essere umano sia unico, irripetibile e diverso da altri esseri viventi preesistenti, vivi o morti. Questo, naturalmente, non significa che il possesso di un DNA unico e l'identità genetica, come l'abbiamo definita, sono la stessa cosa. In effetti, è perfettamente possibile che due persone che possiedono lo stesso DNA non si sentano affatto identiche»⁵⁵. Dopo tutto, nessuno di noi è esclusivamente ciò che i suoi geni impongono, ma la costituzione del nostro essere è influenzata anche da fattori

⁵¹ I. DE MIGUEL BERIAIN, *Legal issues regarding gene editing at the beginning of life: An EU perspective*, in *Regenerative Medicine*, 12, 6, settembre 2017, 669-679.

⁵² S. ROMEO MALANDA, *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, Bilbao-Granada, 2006, 166.

⁵³ R. ISASI, B.M. KNOPPERS, *op. cit.*, 454. Dello stesso avviso C.M. ROMEO CASABONA, *op. cit.*, 293.

⁵⁴ I. DE MIGUEL BERIAIN, *¿Existe un derecho a la identidad genética?*, in *Revista Arbor*, CLXXXIV, 730, marzo-aprile 2008, 261-276.

⁵⁵ Si pensi, per esempio, ai gemelli.

ambientali, educativi o biologici estremamente vari, dal momento che ognuna di queste forze è, di per sé, sufficiente a tracciare profonde differenze tra ciascuno⁵⁶. Non c'è dubbio, tuttavia, che la conformazione genetica di ciascuno è uno dei fondamenti della nostra irripetibilità, tanto che alcuni autori sono persino giunti a considerarla come una condizione preliminare per la protezione del libero sviluppo della persona».

È in questo contesto che acquista il suo pieno significato l'articolo 3 della Dichiarazione Internazionale sui Dati Genetici Umani (2003), il quale recita: «ogni individuo ha un'identità genetica particolare. Tuttavia, l'identità di una persona non dovrebbe essere ridotta alle sole caratteristiche genetiche, poiché su di essa influiscono complessi fattori, ambientali e culturali e legami emotivi, sociali, spirituali con altre persone e implica una dimensione di libertà».

Pensiamo, quindi, che l'identità genetica sia senza dubbio importante, ma anche che non sia decisiva, in quanto contribuisce in larga misura a che un essere umano sia ciò che è, ma non coincide totalmente con esso. Il dubbio che sorge immediatamente è semplice: ciò significa che dobbiamo proteggere questo bene a priori, anche a costo che altri beni, come ad esempio la salute o la propria sopravvivenza, subiscano conseguenze terribili? Dovremmo, ad esempio, evitare di modificare un allele che predispone alla Corea di Huntington perché altrimenti implicherebbe l'alterazione dell'identità genetica di una persona? Tale tesi, a nostro avviso, è molto difficile da sostenere, per svariate ragioni. Una molto semplice, ma particolarmente significativa, è che lo stesso concetto di identità, l'essere se stessi, è qualcosa di prezioso solo in alcuni casi, ma non sempre. Ovviamente molti sono felici di essere chi sono e non altri, ma vi è anche chi si sente profondamente infelice nella propria pelle e vorrebbe essere qualcun altro. Pertanto, l'identità non è necessariamente un bene, ma può anche essere un male. Si pensi, ancora, a coloro che, colpiti da alcune malattie neurodegenerative, come alcuni tipi di demenza, finiscono, in un certo senso, per perdere la loro identità – non l'identità genetica, ma la loro *identità* – fino a diventare altri. Immaginiamo di avere un giorno la possibilità di invertire il processo, restituendo loro la loro vecchia identità. Dovremmo davvero astenerci dall'agire perché ciò violerebbe un bene fondamentale?⁵⁷

Senza ombra di dubbio si tratta di un'assurdità. Ora pensate ad un altro ipotetico esempio, già citato in uno dei nostri articoli⁵⁸: pensate ad una situazione in cui uno scienziato malvagio proceda ad alterare l'identità genetica di un feto, producendo cambiamenti nella sua identità. Immaginate ora che un altro scienziato offra la possibilità di invertire il processo, di riportare il feto alla sua identità originaria attraverso un'altra modificazione. È interessante notare che questo secondo intervento sarebbe chiaramente illegale ai sensi del regolamento, in quanto altererebbe effettivamente l'identità del feto (ovviamente, l'identità già modificata dalla prima manipolazione, ma alterandola, dopotutto).

Quanto detto finora dovrebbe condurci a una prima conclusione: ha senso preservare l'identità di un essere umano solamente quando lui stesso è interessato a preservarla ovvero quando appare oggettivamente ragionevole farlo. In altri termini, se un embrione mostra una condizione genetica che lo

⁵⁶ Si veda M. CASADO, *A propósito de la clonación de seres humanos*, in A. CAMBRÓN, (eds.), *Reproducción Asistida: promesas, normas y realidad*, Madrid, 2001, 219.

⁵⁷ I. DE MIGUEL BERIAIN, *Should human germ line editing be allowed? Some suggestions on the basis of the existing regulatory framework*, in *Bioethics*, 2018, 1–7.

⁵⁸ ID., E. ARMAZA, *op. cit.*, 179-200.

predispone a soffrire di una terribile malattia, astenersi dal curarlo al fine di mantenerne "l'identità" non solo è assurdo, ma anche profondamente immorale⁵⁹. Riteniamo, infatti, che sia proprio l'esigenza di rispettare l'identità personale e il pieno sviluppo della persona a richiedere, nei casi in cui lo sviluppo scientifico lo permetta, di «congiungere nascita e pienezza della vita, sfuggendo all'alternativa pericolosa tra la vita dannosa e il diritto a non nascere»⁶⁰. Ecco perché, in generale, la legge ha concepito l'identità come un diritto soggettivo, cioè come un interesse giuridicamente protetto. Non, naturalmente, come condanna, ma come diritto inalienabile. Perché possedere un'identità è un bene al quale non dobbiamo rinunciare, ma questo dovere non può essere esteso al punto che ci venga richiesto di mantenere un'identità specifica, con la quale non ci sentiamo – vale la pena di giocare con le parole – identificati. Ed è per questo che le normative esistenti dovrebbero abbandonare il tentativo di proteggere l'identità di un essere umano anche se ci sono rilevanti motivi che puntano in un'altra direzione. Ma oltre a queste pesanti e fondamentali ragioni, ce ne sono altre di natura più pragmatica, ma non meno importanti. Temiamo che sia davvero complesso determinare cosa influisce e cosa non influisce sull'identità di un essere umano, per non parlare di un embrione. L'identità può essere influenzata da qualsiasi variazione genetica? Ma, in caso affermativo, perché il suddetto regolamento distingue tra le modifiche che alterano e quelle che non alterano l'identità? E se la risposta è invece negativa, dove può essere tracciato il limite. C'è modo di sapere quanti cambiamenti nel DNA di un essere umano ne influenzano l'identità, e quanto profondamente? O stiamo cercando di far risolvere ad un giudice – che è colui che alla fine dovrebbe pronunciarsi sulla questione – il paradosso della nave di Teseo?

9. *Editing* genetico e miglioramento umano. L'argomento della china scivolosa

Da quanto è stato sottolineato nelle sezioni precedenti, è certamente possibile dedurre che non ci sono, di fatto, ragioni di sufficiente peso per opporsi all'*editing* genetico sulla linea germinale umana, tanto meno a quello che interessa solo la linea somatica. In ogni caso, si potrebbe semplicemente insistere sulla necessità di adattare le loro tempistiche alla minimizzazione dei rischi che comportano attualmente, il che, d'altra parte, è connaturato a qualsiasi innovazione biomedica. Tuttavia, è anche vero che questo non significa necessariamente che tutte le applicazioni dell'*editing* debbano vedersi riconosciuta la stessa qualifica morale. Non sembra, ad esempio, che il suo uso a fini terapeutici o diagnostici, cioè a fini associati alla salute umana, debba avere la stessa considerazione etica o giuridica del suo uso a fini di miglioramento umano, anche se, come abbiamo già sostenuto in altre occasioni, è davvero complesso distinguere chiaramente tra un tipo di applicazione e un altro⁶¹.

Tuttavia, occorre riconoscere che questa distinzione è profondamente radicata nel quadro giuridico attuale. Ad esempio, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea afferma all'articolo 3,

⁵⁹ N. LEVY, *Deafness, culture and choice*, in *Journal of Medical Ethics*, 28, 2002, 284-285; J. SAVULESCU, *Deaf lesbians, "designer disability," and the future of medicine*, *British Medical Journal*, 325, 2002, 771; D. BROCK, *The Non-Identity Problem and Genetic Harms*, in *Bioethics*, 9, 3, 1995, 269-275.

⁶⁰ S. RODOTÀ, *La vita e le regole: Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 165. Si veda anche L. PURDY, *Reproducing Persons: Issues in Feminist Bioethics*, Ithaca, 1996, 39-40 e J. SAVULESCU, *Procreative beneficence why we should select the best children*, in *Bioethics*, 15, 5-6, 2001, 413-426.

⁶¹ I. DE MIGUEL BERIAIN, *Gene editing and the slippery slope argument: should we fix the enhancement/therapy distinction as the definitive boundary?*, in *Science and Engineering Ethics*, 21 marzo 2018.

paragrafo 2, che «nell'ambito della medicina e della biologia, devono essere in particolare rispettati: [...] il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone». Ovviamente, ciò non deve nascondere il fatto che, in pratica, sarà spesso complesso determinare cosa costituisce uno scopo eugenetico e cosa non lo è. La letteratura accademica comprende un numero enorme di pubblicazioni incentrate su questo argomento, a cui rimandiamo per quanto concerne la natura di questa problematica⁶².

Ora, in ogni caso, siamo più interessati a focalizzare la nostra attenzione su un argomento particolarmente rilevante nel dibattito sull'*editing* genetico. Quest'ultimo non è altro che quello che viene solitamente definito «l'argomento della china scivolosa» che, in breve, indica che, sebbene l'azione A (in questo caso la modificazione genetica per scopi moralmente accettabili, ossia per scopi legati alla salute umana) sia accettabile, dovremmo in ogni caso proibirla perché la sua attuazione comporterebbe inevitabilmente l'azione B (in questo caso, l'uso di tecniche di modificazione per scopi eugenetici). Tale assunto trova il suo corollario anche nella innegabile difficoltà di distinguere in maniera netta interventi terapeutici ed eugenetici o comunque migliorativi.

Dobbiamo quindi concludere che l'argomentazione in esame ribalti quanto detto finora? In realtà, non è così, ed è proprio in questo la sua debolezza⁶³. Infatti, se fosse vero che, una volta approvata la modifica della linea germinale umana, anche nelle fasi di ricerca e di scienza di base, non sarebbe più possibile impedire l'utilizzo di tale tecnica nella pratica clinica e, addirittura, per finalità eugenetiche, allora non avrebbe più alcun senso vietarne l'utilizzo, dal momento che i primi passi sono già stati fatti. E se, invece, pur avendo accettato le prime applicazioni avessimo comunque il potere di fermare quelle successive, allora, di nuovo, l'argomentazione sarebbe fallace. In conclusione, quindi, quando si tratta di opporsi all'*editing* della linea germinale allo stato attuale della scienza tale argomento si rivela, di fatto, o falso o inutile.

Inoltre, come ha giustamente affermato Richard Hayes nel 2008⁶⁴, «some have argued that the fact that it is difficult to draw bright lines regarding the therapy/enhancement distinction means that no lines can be drawn. But this is a specious argument. Public policy is in large part a matter of drawing lines; we do it all the time. Putting our trust in commercial markets and the free play of human desire would unleash a genetic enhancement rat-race that could never be contained. The responsible alternative is to establish as a matter of law the clearest lines possible and a clear statement of intent, and delegate decisions over remaining gray areas – which typically impact fewer individuals – to accountable regulatory body». Quindi, in effetti, il punto non sta tanto nel trovare una linea netta, ma nell'aver il coraggio di tracciarla. E questo è assolutamente possibile.

⁶² J.HARRIS, *Is Gene Therapy A Form Of Eugenics?*, in *Bioethics*, 7, 2003, 178-187, disponibile sul sito [doi:10.1111/j.1467-8519.1993.tb00283.x](https://doi.org/10.1111/j.1467-8519.1993.tb00283.x); SPARROW, R, *A Not-So-New Eugenics*. *Hastings Center Report*, 41, 2011, 32-42, disponibile sul sito [doi:10.1002/j.1552-146X.2011.tb00098.x](https://doi.org/10.1002/j.1552-146X.2011.tb00098.x); S. CHAN, J. HARRIS, *Moral enhancement and pro-social behaviour*, in *Journal of Medical Ethics*, 37, 3, 2011, 130-131, disponibile sul sito <https://doi.org/10.1136/jme.2010.041434>.

⁶³ J.A. BURGESS, *The great slippery-slope argument*, in *Journal of Medical Ethics*, 19, 3, 1993, 169–174.

⁶⁴ R. HAYES, *Is There an Emerging International Consensus On the Proper Uses Of the New Human Genetic Technologies?*, Testimony of Richard Hayes, Ph.D., Executive Director, Center for Genetics and Society House Foreign Affairs Committee, Subcommittee on Terrorism, Nonproliferation and Trade, USA, 19 giugno 2008.

Pertanto, condividiamo il parere espresso da autori di particolare spessore intellettuale⁶⁵: non sembra che l'invocazione dell'argomento della china scivolosa verso l'eugenetica debba essere una ragione realistica per opporsi all'*editing* genetico della nostra linea germinale.

10. Riflessioni conclusive

C'è stato un tempo, neppure troppo lontano, in cui la neutralità della scienza era un mito intoccabile e nessuno avrebbe osato imporre ad essa dei limiti etici⁶⁶. L'immagine galileiana di una scienza libera e separata dal contesto sociale, ideologico e culturale è però stata ormai archiviata, anche da parte della stessa comunità scientifica, sempre più consapevole non solo che la scienza non sempre è neutra, ma anche e soprattutto che scienza e società sono intrinsecamente connesse. Questa relazione e l'importanza che oggi l'etica ricopre in ambito scientifico è esemplificata dal recente esperimento del ricercatore cinese He Jiankui, che ha portato alla nascita di due gemelle con un patrimonio genetico modificato tramite la tecnica dell'*editing* genomico.

Questa tecnologia, infatti, pur essendo utilizzata nei laboratori da anni, è di fatto esplosa con la scoperta di CRISPR-Cas9, che ha reso la modifica del genoma esponenzialmente più semplice, precisa ed economica rispetto alle tecniche utilizzate in passato. Il sistema CRISPR non solo si è rivelato potenzialmente uno dei più rivoluzionari degli ultimi anni, ma ha anche portato con sé una serie di problematiche tecniche ed etiche di grande rilievo, che abbiamo provato a sviscerare nel presente lavoro. Ne è emerso sì un quadro complesso, ma anche la consapevolezza che molti degli argomenti utilizzati per opporsi all'*editing* in maniera granitica, se indagati nel dettaglio, si rivelano, in effetti, contraddittori o privi di basi scientifiche.

Al contrario, l'idea che dobbiamo muoverci con estrema cautela a causa dei rischi connessi alla modifica del genoma umano è senza dubbio ragionevole. Un numero consistente di studi mette infatti in evidenza problematiche tecniche particolarmente rilevanti, come gli effetti *off-target*, le mutazioni *on-target*⁶⁷, la possibilità che si producano effetti multigenerazionali sconosciuti, l'assenza di meccanismi di inversione, e così via. Del resto, dal momento che il sistema CRISPR-Cas si basa sull'utilizzo di proteine che agiscono come forbici molecolari, non risulta difficile immaginare che i "tagli" provocati da queste ultime rischino, talvolta, di essere imprecisi. Inoltre, alcuni studi pubblicati su *Nature Medicine* tra luglio e ottobre 2018 hanno messo in evidenza ulteriori problematiche, tra cui, in particolare, la possibilità che la tecnica funzioni su quelle cellule in cui la proteina tumorale p53 sia mutata, con il risultato che si andrebbero a selezionare cellule più propense ad una trasformazione maligna⁶⁸. Se da

⁶⁵ J. SANTALÒ, M. CASADO, (COORD.), *Documento sobre bioética y edición genómica en humanos*, 2016, disponibile sul sito <http://www.publicacions.ub.edu/refs/observatoriBioEticaDret/documents/08543.pdf> (ultima consultazione 15/02/2020); L. FEITO, *Ingeniería Genética* (voce), in C.M. ROMEO CASABONA, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, 2011, 995-1002.

⁶⁶ J. JACOBELLI (a cura di), *Scienza e etica. Quali limiti?*, Roma-Bari, 1990, *passim*.

⁶⁷ Per mutazioni *on-target* si intendono quegli effetti indesiderati ed avversi che si verificano nel sito target. Per effetti *off-target*, invece, si intendono le modificazioni genetiche non specifiche e involontarie che si verificano in aree del genoma diverse dal sito target.

⁶⁸ *Si veda* E. HAAPANIEMI ET AL., *CRISPR-Cas9 genome editing induces a p53-mediated DNA damage response*, in *Nature Medicine*, 24, 11 giugno 2018, 927-930, disponibile al sito <https://www.nature.com/articles/s41591-018-0049-z> (ultima consultazione 15/02/2020) e R.J. IHRY ET AL., *p53 inhibits CRISPR - Cas9 engineering in human*

un lato questi studi hanno avuto un forte impatto sui valori delle azioni delle società che stanno sviluppando la tecnologia, dall'altro lato la comunità scientifica sembra essere più cauta, sottolineando che si tratta di risultati senza dubbio rilevanti, ma che non forniscono necessariamente motivo di allarme. Al di là dei singoli studi è importante ricordare che, sebbene tali incertezze richiedano assoluta cautela nel procedere (specialmente quando si parla di intervento sulla linea germinale), una paralisi non porterebbe che allo spostamento dello sviluppo tecnologico verso contesti meno regolamentati e tracciabili. Inoltre, ci preme sottolineare che le limitazioni tecniche sono la regola quando si parla di nuove tecnologie e che siffatte limitazioni sono, in linea di massima, destinate ad essere superate nel tempo.

Le questioni più problematiche, invece, sono quelle etiche. Molti sono gli interrogativi e i dubbi che si oppongono a CRISPR e all'*editing* genomico, specialmente quando entrano in gioco modifiche sulla linea germinale. I molteplici aspetti e le molteplici critiche che abbiamo esaminato in questo elaborato ci hanno permesso di giungere ad una visione più globale e completa delle problematiche che questa nuova tecnologia solleva. In particolare, abbiamo messo in evidenza che l'*editing* del genoma, pur portando a risultati in apparenza simili a quelli della DGP ha una natura radicalmente diversa, sia quanto a risultati (cfr. paragrafo 4), sia quanto ad accettabilità morale (non comporta la creazione di embrioni sovranumerari). Anche l'argomento fondato su un concetto di sacralità del genoma – visto come intimamente connesso all'idea di dignità umana – si è rivelato non solo inconsistente, dal momento che il genoma umano non è un'entità fissa, ma anche contraddittorio, perché preservare il genoma nella forma attuale finirebbe, in effetti, per richiedere (*e non* ripudiare) un intervento tramite tecniche di *editing*. Perfino l'idea di saggezza della natura, se seguita con rigore e non applicata a piacimento ad alcune tecnologie e non ad altre, porterebbe a conseguenze paradossali, secondo cui la medicina stessa sarebbe, in qualche modo, una forma di *übris*. Ancora, la salvaguarda dell'autonomia e dell'identità: ma vanno protette a ogni costo a discapito di ogni altro interesse? E soprattutto, le proteggiamo davvero imponendoci di *non agire*? A nostro avviso, nel momento in cui abbiamo prodotto una tecnologia che permette di introdurre modifiche ereditabili nel genoma (una volta sicura ed efficace) sarà nostra responsabilità non solo decidere di utilizzarla, ma anche decidere di non farlo. Da ultimo, e sulla scia del pensiero di autorevoli studiosi, nemmeno l'argomento della china scivolosa può giustificare un divieto generale a proseguire con l'*editing* germinale, se non altro perché la ricerca (e anche l'applicazione clinica – basti pensare all'esperimento cinese –) è già iniziata. Ciò non significa assenza di limiti: al contrario, la complessità delle implicazioni di una tecnologia simile *esige* che l'etica guidi i suoi sviluppi. Tuttavia, alla luce della nostra indagine possiamo concludere che un divieto ampio e generalizzato sulla ricerca sulla linea germinale, pur essendo il modo più semplice per affrontare la questione, non sarebbe giustificato né da preoccupazioni di carattere tecnico né di carattere etico. In conclusione, dunque, non vediamo ragioni per non procedere con il tradizionale criterio rischio/beneficio, come del resto sembra essere emerso a conclusione del secondo Summit Internazionale sull'*Editing* del Genoma

pluripotent stem cells, in *Nature Medicine*, 24, 11 giugno 2018, 1–8, Si veda anche D.L. WAGNER ET AL., *High prevalence of Streptococcus pyogenes Cas9-reactive T cells within the adult human population*, in *Nature Medicine*, (29 ottobre 2018). Quest'ultimo studio ha evidenziato che, poiché la nucleasi Cas9 deriva dal batterio dello Streptococco, nei soggetti trattati si verifica spesso una reazione immunitaria contro la proteina, in quanto la stessa viene percepita come un'infezione.

Umano, tenutosi ad Hong Kong nel novembre 2018, dove si è suggerito di procedere attraverso un «responsible translational pathway» verso l'applicazione clinica dell'*editing* germinale. Sulla base di queste conclusioni, alcuni autori hanno identificato un «translational pathway» – ossia un percorso *step by step*, che porti ad un' applicazione clinica dell'*editing* germinale progressiva, controllata, responsabile ed eticamente sostenibile – in: *malattie monogeniche gravissime* (come la malattia di Tay-Sachs), quindi *malattie monogeniche gravi* (come la malattia di Huntington), *riduzione del contributo genetico nelle malattie comuni* (come diabete e malattie cardiovascolari), infine *miglioramento dell'immunità* e forse anche *ritardo nell'invecchiamento*⁶⁹.

Certo, va comunque ricordato che allo stadio attuale le limitazioni tecniche all'*editing* germinale in trial clinici sono ancora molto forti e che, dunque, i rischi sembrano ancora prevalere sui benefici. Tuttavia, non possiamo nemmeno ignorare che limiti troppo rigidi nei confronti della ricerca spesso rischiano di incoraggiare l'applicazione della tecnologia in giurisdizioni poco regolamentate, prima tra tutte la Cina. Infatti, come giustamente nota Savulescu, «il trial di He Jiankui non è stato etico, non in quanto riguardava l'*editing* del genoma, ma in quanto non si conformava ai valori e ai principi fondamentali che governano tutte le ricerche che coinvolgono esseri umani».

Inoltre, alla luce delle controverse problematiche esaminate e per non cadere negli stessi pregiudizi che hanno colpito il mondo delle biotecnologie in passato, va sempre ricordato che «a volte certe paure possono sembrare ridicole ma non bisognerebbe mai stancarsi di discuterle e di cercare di correggere le false informazioni, perché anche quando non affiorano esplicitamente, rappresentano un "sotteso implicito" nel dibattito pubblico»⁷⁰.

⁶⁹ J. SAVULESCU, P. SINGER, *An ethical pathway for gene editing*, in *Bioethics*, 29 January 2019.

⁷⁰ A. MELDOLESI, *E l'uomo creò l'uomo*, 2017.

Il diritto a nascere con un patrimonio genetico non arbitrariamente modificato come limite alla legittimità delle manipolazioni genetiche embrionali

Noemi Conditì*

THE RIGHT TO BE BORN WITH A GENETIC INHERITANCE NOT ARBITRARILY MODIFIED AS A LIMIT TO THE LAWFULNESS OF GERMLINE GENE EDITING

ABSTRACT: Germline gene editing technologies are rapidly spreading all over the world. Therefore, there is a strong need for the law to start regulating the matter, because of the improvement of the CRISPR/Cas-9 technique and the possible risks involved. The present article aims to analyse under a comparative perspective whether it is possible to consider a hypothetical right to be born with a genetic inheritance not (arbitrarily) modified as a reason for an absolute ban on these techniques.

KEYWORDS: Germline gene editing; CRISPR/Cas-9; comparative law; biolaw; embryos

SOMMARIO: 1. Introduzione: la tecnica CRISPR/Cas-9 – 2. Le finalità delle manipolazioni genetiche embrionali e la categoria degli embrioni non destinati alla nascita – 3. Il quadro normativo di riferimento – 3.1. La normativa sovranazionale rilevante – 3.1.1. Le fonti del diritto dell'Unione Europea – 3.2. Le normative nazionali – 4. I diritti di quarta generazione: i nuovi diritti genetici – 4.1. Il diritto soggettivo all'identità genetica – 4.2. Il diritto alla non manipolazione genetica – 4.3. Il diritto a non nascere con un patrimonio genetico modificato – 4.3.1. L'impossibilità di riconoscere il diritto dell'embrione a non nascere ovvero a non nascere se non sano – 4.3.2. (*segue*) e analogamente del diritto a non nascere con un patrimonio genetico modificato – 4.3.3. La configurabilità di un diritto a non nascere con un patrimonio genetico *arbitrariamente* modificato – 5. Il limite della finalità terapeutica – 6. Conclusioni.

1. Introduzione: la tecnica del CRISPR/Cas-9

La tensione verso un potere quasi demiurgico non soltanto di dominio, ma di miglioramento della condizione e del destino biologico dell'uomo, è una costante nella storia dello sviluppo umano¹: grazie ai progressi dell'ingegneria genetica, avvicinarsi alla sua piena acquisizione sembra oggi possibile in un futuro non troppo remoto e sicuramente non più fantascientifico.

In particolare, la tecnica di manipolazione genetica CRISPR/Cas9, «*the Breakthrough to Genome Editing*»², sembra oggi in grado di individuare, eliminare e/o sostituire porzioni di genoma in cui sia presente una certa alterazione genetica, responsabile a sua volta di una malattia genetica. Infatti, nonostante alcune patologie siano il risultato della combinazione di mutazioni genetiche, fattori ambientali

* Dottoressa in Giurisprudenza. Mail: noemiconditi@hotmail.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ B. FANTINI, *Il fantasma dell'eugenetica*, in *Questioni di bioetica*, a cura di S. RODOTÀ, Bari, 1993, 301.

² M. MCNUTT, *Breakthrough to Genome Editing*, in *Science*, 350, 6267, 2015, 1445.



e biografici³, esistono circa 10.000 malattie monogeniche, ossia causate dall'alterazione di un singolo gene, al quale viene impedito di svolgere la sua normale funzione biologica. Queste malattie, anche se molto rare prese singolarmente, collettivamente affliggono all'incirca 1 persona su 100 al mondo⁴.

Ad oggi si è individuato quale sia la mutazione genetica responsabile dell'insorgenza soltanto di alcune di tali malattie: in questi casi, la tecnica CRISPR/Cas-9 potrebbe essere utilizzata per eliminare tale alterazione e quindi impedire l'insorgere della relativa patologia.

Le manipolazioni genetiche in genere possono infatti intervenire sia a livello delle *cellule somatiche* che di quelle *germinali*, con effetti notevolmente diversi nei due casi.

Nel primo, l'alterazione non è ereditabile dai discendenti del soggetto modificato. È il caso ad esempio delle manipolazioni genetiche *ex vivo*, ossia praticate su individui già viventi⁵.

Nel secondo, invece, l'intervenuta modificazione è ereditabile. Tale eventualità si verifica qualora si alteri il patrimonio genetico delle cellule spermatozoo, uovo, o dell'embrione *in vitro* nei primi stadi o nell'arco del suo sviluppo. Manipolazioni delle cellule della linea germinale hanno il duplice vantaggio di permettere la nascita di un soggetto sano, in luogo di uno malato, e di poter ipotizzare la scomparsa definitiva della malattia genetica che si intende correggere, nel lungo termine e su larga scala. Il presente lavoro farà dunque riferimento alle *manipolazioni delle cellule germinali embrionali*, in considerazione delle implicazioni filosofiche, etiche e giuridiche ad esse connesse.

Tali tecniche sono ad oggi ancora soltanto oggetto di ricerca scientifica. Tuttavia, qualora diventassero sufficientemente sicure da poter iniziare le relative sperimentazioni cliniche, si arriverebbe a poter predeterminare, anche se in minima parte, le caratteristiche genetiche di un futuro individuo e della sua discendenza e pertanto l'inizio della vita, evento naturale per eccellenza, diventerebbe (parzialmente) manipolabile ed oggetto di scelta individuale⁶.

Se ciò è vero in generale per ogni nuova scoperta in ambito biotecnologico, lo è ancor più per l'ingegneria genetica, che consentendo di intervenire direttamente sul genoma, permetterebbe di modificare alcuni elementi essenziali del futuro individuo: per quanto infatti l'essere umano non possa essere ridotto alla somma delle sue informazioni genetiche, queste ugualmente contribuiscono in modo rilevante alla formazione della sua individualità (come verrà ulteriormente specificato nel proseguio). Pertanto, attraverso l'alterazione del genoma del singolo, «il confine tra caso e libera scelta che sta alla base dei nostri criteri di valore, diventa più labile e viene intaccata l'autocomprensione complessiva dell'essere umano, come singolo e come specie»⁷.

Numerosi sono oggi, tuttavia, i rischi dal punto di vista tecnico correlati all'utilizzo della tecnica CRISPR/Cas-9, non soltanto sotto il profilo della sicurezza, ma anche per la mancanza, ad oggi, di una

³ Per esempio, alcuni virus sono in grado di modificare alcuni geni, incrementando la possibilità che l'essere umano colpito sia soggetto a determinate patologie, come il cancro. NUFFIELD COUNCIL OF BIOETHICS, *Genome editing and human reproduction*, Londra, 2018, 7, par. 1.3, disponibile su <https://nuffieldbioethics.org/assets/pdfs/Genome-editing-and-human-reproduction-report.pdf> (ultimo accesso 10/01/2020).

⁴ Esempi di malattie monogeniche sono la fibrosi cistica e la beta talassemia.

⁵ NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES ENGINEERING AND MEDICINE, *International Summit on Human Gene Editing: A Global Discussion*, 1-3 dicembre 2015.

⁶ J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2010, 26 e 46-54 (traduzione a cura di L. CEPPA); F. CORTESI, S. PENASA, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in *Rivista AIC*, 4, 2015, 30.

⁷ J. HABERMAS, *op. cit.*, 31.

completa ed esaustiva conoscenza del funzionamento dell'intero genoma. Infatti, intervenendo su un gene specifico potrebbero aversi conseguenze negative inaspettate sulle altre funzioni dello stesso o per l'effetto della sua interazione con gli altri geni non modificati. Sono queste soltanto alcune delle ragioni che hanno spinto ad affermare la necessità che la ricerca scientifica in merito progredisca ulteriormente prima di poter pensare ad una loro sicura applicazione clinica⁸.

Pertanto, se da un lato la facilità di utilizzo, nonché l'estrema economicità e precisione⁹ di questa tecnica contribuiscono alla sua democratizzazione¹⁰ e pertanto alla velocizzazione della ricerca ed al miglioramento dei risultati, dall'altro emerge la richiesta di limiti: infatti, nonostante gli indubbi vantaggi che deriverebbero dall'applicazione clinica delle tecniche di manipolazione genetica embrionale, in termini di miglioramento al tempo stesso della salute individuale e collettiva, queste sono anche potenzialmente idonee ad essere utilizzate in violazione di diritti umani fondamentali¹¹.

Che lo sviluppo dell'ingegneria genetica sarebbe stato più rapido di quanto immaginabile lo sosteneva già Niremberg nel lontano 1967, il quale esprimeva anche il timore che la capacità tecnica di alterare il DNA giungesse prima della risoluzione delle relative questioni etiche e pertanto prima di un'adeguata regolamentazione in merito¹². L'esperimento del Professor Dr. He pare essere la concretizzazione di tale preoccupazione: il 26 novembre 2018 è stata infatti pubblicamente annunciata la nascita delle prime due bambine geneticamente modificate attraverso una procedura tenuta segreta non soltanto nei confronti dell'Università presso cui il Professor He lavorava, ma dell'intera comunità scientifica nazionale ed internazionale, esperimento secondo l'opinione di molti, altamente rischioso e non clinicamente necessario¹³.

⁸ Questa è infatti la conclusione raggiunta dall'International Summit on Human Genome Editing. Si veda, in merito, lo *Statement by the Organizing Committee of the Second International Summit on Human Genome Editing* – November 29, 2018 (disponibile su <http://www8.nationalacademies.org/onpinews/newsitem.aspx?RecordID=11282018b>, ultimo accesso 20/02/2020).

⁹ La descrizione della tecnica CRISPR/Cas-9 in questi termini si ritrova in quasi tutti i documenti sul tema. Si veda a titolo di esempio N.H. EVITT, S. MASCHARAK, R.B. ALTMAN, *Human Germline CRISPR-Cas Modification: Toward a Regulatory Framework*, in *American Journal of Bioethics*, 15, 12, 2015, 25; N.H. SHAFLE, *The CRISPR-Cas9 system: a new dawn in gene editing*, in *Journal of bioanalysis & biomedicine*, 6, 6, 2014, 46; A.L. CAPLAN, *No time to waste – the ethical challenges created by CRISPR*, in *Science&Society*, 16, 11, 2015, 1424; S.K. VASILIOU, *CRISPR-Cas9 system: opportunities and concerns*, in *Clinical Chemistry*, 62, 10, 2016, 1307; I. HYUN, *CRISPR Humans: ethics at the edge of science*, in *Center for the study of ethics in society papers*, XXII, 3, 2016, 2; E. LANPHIER, *Don't edit the human germline*, in *Nature*, 519, 7544, 2015; D. BALTIMORE, *A prudent path forward for genomic engineering and germline gene modification*, in *Science*, 348, 6230, 2015, 36.

¹⁰ S.K. VASILIOU, *op. cit.*, 1, il quale aggiunge che tale democratizzazione è ottenuta «by making it cheap and easy enough for poorly funded amateurs».

¹¹ Tutte le nuove biotecnologie hanno infatti il potenziale al contempo per «great good and great harm», secondo l'intervento di R. HAYES, *Is There an Emerging International Consensus on the Proper Uses of the New Human Genetic Technologies?* durante la consultazione indetta dalla U.S. House of Representatives Foreign Affairs Committee Subcommittee on Terrorism, Nonproliferation and Trade a tema *Genetics and Other Human Modification Technologies: Sensible International Regulations or a New Kind of Arms Race?* il 19 giugno 2008, 1.

¹² M.W. NIREMBERG, *Will society be prepared?*, in *Science*, 157, 3789, 1967.

¹³ Il Professor He ha manipolato geneticamente gli embrioni *in vitro* per immunizzare le future bambine dal virus dell'HIV, tramite l'alterazione del gene CCR5. Tuttavia, non soltanto all'epoca della manipolazione gli embrioni non risultavano affetti da tale malattia, ma esistono altri metodi, ampliamenti testati clinicamente e pertanto più sicuri, per impedire che il virus venga contratto e pertanto raggiungere un risultato sostanzialmente analogo. In merito, si veda *Statement by the Organizing Committee of the Second International Summit on Human Genome*

Si sente quindi la forte necessità che il diritto intervenga in materia il più celermente possibile a determinare limiti e possibilità di utilizzo di queste tecniche attualmente ancora in via di sviluppo, in modo da arginare possibili danni e massimizzare i benefici per la salute¹⁴.

In particolare, si potrebbe sostenere la necessità di introdurre un nuovo diritto soggettivo alla *non manipolazione genetica*, a tutela dell'individuo, ed indirettamente dell'umanità nel complesso, da un utilizzo pericoloso delle manipolazioni genetiche: tale diritto potrebbe essere pertanto al tempo stesso baluardo a difesa di una certa *naturalità* dell'essere umano e solida giustificazione per una moratoria in merito.

Alla luce dei profili ora esposti, oggetto del presente studio sarà dapprima l'analisi dell'attuale normativa in materia di manipolazioni genetiche e, in seguito, della possibilità di riconoscere un nuovo *diritto alla non manipolazione genetica*, parte dei così detti diritti di quarta generazione. L'analisi verrà condotta in prospettiva comparata, in quanto appare necessario che in quest'ambito gli Stati adottino soluzioni quanto più condivise possibile e pertanto risulta utile verificare se almeno su questo aspetto l'approccio dei due ordinamenti considerati possa essere conforme. Infatti, regolamentare le tecniche di manipolazione genetica attraverso una normativa strettamente nazionale e diversificata nei vari ordinamenti rischia di essere scarsamente efficace¹⁵: la sua portata esclusivamente *verticale* contrasterebbe con quella invece *orizzontale* degli effetti del suo stesso oggetto, in quanto un'alterazione genetica effettuata in un angolo remoto del mondo ha potenziali ripercussioni sull'intera umanità, perché unico e condiviso è il genoma su cui interviene. Pertanto, ad essere comparati saranno l'ordinamento italiano e quello tedesco: l'approccio tendenzialmente conservatore di entrambi in materia di biodiritto rende particolarmente interessante verificare se possa essere riconosciuto un ipotetico diritto alla non manipolazione genetica.

2. Le finalità delle manipolazioni genetiche embrionali e la categoria degli embrioni non destinati alla nascita

In termini generali, le manipolazioni genetiche embrionali possono essere utilizzate per alterare un qualunque dei geni del futuro individuo. Avranno pertanto *finalità terapeutiche* quando intervengano a correggere un'alterazione genetica, responsabile di una certa manipolazione genetica, mentre saranno volte ad un generale miglioramento della specie quando modifichino tratti diversi del futuro individuo, come ad esempio il colore degli occhi o dei capelli¹⁶.

Editing, Hong Kong, 29 novembre 2018. Nonostante le iniziali incertezze sulla punibilità di tale esperimento, condotto in violazione delle Linee Guida cinesi in merito, il Professor He è stato di recente condannato a 3 anni di prigione e al pagamento di una multa, per l'ammontare di circa 3 milioni di yuan. J. HOLLINGSWORTH, I. YEE, *Chinese scientist who edited genes of twin babies is jailed for 3 years*, disponibile qui: <https://edition.cnn.com/2019/12/30/china/gene-scientist-china-intl-hnk/index.html> (ultimo accesso 10/01/2020).

¹⁴ Si riprende qui quanto affermato nell'art. 4 della Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani (2005): «In applying and advancing scientific knowledge, medical practice and associated technologies, direct and indirect benefits to patients, research participants and other affected individuals should be maximized and any possible harm to such individuals should be minimized».

¹⁵ Raccomandazione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa n. 1046/1986, par. 12.

¹⁶ Preme sottolineare che quest'ultima eventualità non è ancora possibile da un punto di vista scientifico-pratico.

Quanto alla prima eventualità, per poter effettuare una manipolazione genetica a fini terapeutici in un embrione prima dell'impianto è necessario sapere se quest'ultimo sia portatore di eventuali malformazioni genetiche che si vogliono correggere, responsabili a loro volta di malattie genetiche. A tal fine, uno degli strumenti più utili ed efficaci, anche se non l'unico, è la *diagnosi genetica preimpianto* (DGP). In Italia, il ricorso alla DGP è divenuto legittimo a seguito di alcune decisioni della Corte costituzionale. Nella sentenza n. 96/2015, la Corte, riprendendo il ragionamento della Corte EDU in *Costa e Pavan c. Italia*, ha ritenuto illegittima per contrasto con gli artt. 3 e 32 della Costituzione la limitazione all'accesso alle tecniche di fecondazione in vitro alle sole coppie infertili o sterili o in caso di impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione, contenuta negli artt. 1, cc. 1 e 2, e 4, c. 1, della legge n. 40/2004. Ha dunque provveduto ad ampliare tale requisito soggettivo, includendo le coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, dal momento che per queste sarebbe stato comunque possibile avere accesso all'aborto terapeutico a seguito di esito positivo della diagnosi genetica prenatale, dunque a gravidanza già iniziata¹⁷.

Con la sentenza 229/2015, invece, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, cc. 3, lettera b), e 4 della medesima legge, che qualificavano come reato condotte di selezione embrionale anche nei casi in cui l'esclusiva finalità fosse quella di evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 194/1978¹⁸ e accertate da apposite strutture pubbliche.

Quanto invece all'ordinamento tedesco, il divieto di diagnosi genetica preimpianto¹⁹ è stato rimosso nel 2011 dal Parlamento tedesco, a seguito di una decisione della Corte di Giustizia Federale, con cui la stessa si pronunciava a favore di un ginecologo che aveva effettuato tale screening su alcuni embrioni creati *in vitro*, al fine di trasferire soltanto quelli che non erano risultati portatori dell'anomalia genetica indesiderata (comportamento che all'epoca veniva considerato contrario a diverse norme in materia)²⁰. Le ragioni di tale inaspettata decisione sono da ricondursi all'innovativa distinzione operata dalla Corte tra un embrione allo stadio di *blastomero*, cioè due o tre giorni dopo la fecondazione,

¹⁷ L'illegittimità risiedeva perciò nel fatto che la norma «non consente (pur essendo scientificamente possibile) di far acquisire “prima” alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere dopo una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute», «senza peraltro che il *vulnus*, così arrecato a tale diritto, possa trovare un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque esposto all'aborto.» Corte costituzionale sentenza 5 giugno 2015, n. 96, par. 9.

¹⁸ Legge 22 maggio 1978, n. 194 - Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza.

¹⁹ Nonostante l'ESchG non si riferisse mai espressamente alla diagnosi genetica preimpianto, era opinione comune in dottrina che tale pratica fosse illegittima nell'ordinamento tedesco. Si vedano in merito E. SCHWINGER, *Päimplantationsdiagnostik: Medizinische Indikation oder unzulässige Selektion?*, Bonn, 2003, 18; G. VALKENBURG, E. AARDEN, *Constructing embryos, constructing politics: connecting politics and technology in the Netherlands and Germany*, in *BioSocieties*, 6, 4, 2011, 12. Questa era inoltre la posizione della *German Medical Association*, responsabile della definizione delle regole da seguire nella pratica medica. B. BOCK VON WÜLFINGER, *Contested change: how Germany came to allow PGD*, in *Reproductive BioMedicine and Society Online*, 3, 2016, 62. Tale associazione, tuttavia, ha successivamente cambiato orientamento e si è detta in favore della legittimazione della diagnosi genetica preimpianto entro limiti ben definiti.

²⁰ In particolare, l'originaria interpretazione in tal senso della *German Medical Association* si basava sulla così detta *rule of three*: infatti, dal fatto che in un unico ciclo potessero essere creati al massimo tre embrioni derivava il fatto che tutti quelli prodotti dovessero essere contestualmente impiantati.

quando è formato interamente da cellule *totipotenti* (stadio che si ha sicuramente al di sotto delle 16 cellule) ed uno allo stadio di *blastociste*, quando invece è composto soltanto da cellule *pluripotenti*: la diagnosi genetica preimpianto sarà legittima nel secondo caso, ma non nel primo, per un duplice ordine di ragioni:

- in questo stadio l'integrità fisica dell'embrione potrebbe essere minata dal prelievo di cellule in un momento dello sviluppo in cui queste sono ancora in numero relativamente ridotto;
- le cellule totipotenti estratte per eseguire l'analisi (e quindi distrutte) posseggono la capacità intrinseca di svilupparsi in un essere umano autonomo²¹.

La legge *Gesetz zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik* (PräimpG) ha pertanto provveduto a modificare la normativa allora vigente: la diagnosi genetica preimpianto è oggi legittima solo nei casi di elevata probabilità di insorgenza di gravi malattie genetiche nel nascituro, rischio di aborto o di parto di feto già deceduto²².

Ebbene, il ricorso a tale strumento diagnostico è quindi oggi possibile in entrambi gli ordinamenti. Qualora quindi la DGP abbia avuto esito positivo, la coppia di futuri genitori potrà, alternativamente, decidere di impiantare l'embrione, anche se portatore di una certa alterazione genetica, ovvero scartarlo: entrambe le scelte sono per gli ordinamenti qui comparati pienamente legittime²³.

Si viene così a configurare il nuovo peculiare *genus* degli *embrioni non destinati alla nascita*, overosia quelli scoperti portatori di una certa alterazione genetica e per questo scartati dalla coppia di futuri genitori. Per questi, la manipolazione genetica rappresenta la pressoché unica possibilità di essere impiantati e pertanto vivere. Infatti, la tecnica CRISPR/Cas-9 interverrebbe ad eliminare la malformazione genetica indesiderata, unica ragione giustificatrice dello scarto dell'embrione stesso: se da un lato la presenza della malformazione è ciò che nella pratica impedisce all'embrione di vivere, per decisione dei futuri genitori in tal senso, ritenuta meritevole di tutela da entrambi gli ordinamenti, dall'altro la manipolazione genetica, eliminando tale malformazione, permetterebbe la vita (sana) del futuro individuo.

3. Il quadro normativo di riferimento

Non sono molte le norme che ad oggi fanno riferimento nello specifico alle manipolazioni genetiche embrionali e in quelle invero esistenti si ritrovano spesso divieti assoluti ed inderogabili.

²¹ BGH - 5 StR 386/09; per un'analisi delle motivazioni della sentenza si vedano S. BENÖHR- LAQUER, *Fighting in the legal grey area: an analysis of the German Federal Court of Justice decision in case preimplantation genetic diagnosis*, in *Poiesis Prax*, 8, 1, 2011, 4; B. BOCK VON WÜLFINGER, *Contested change - how Germany came to allow PGD*, in *Reproductive BioMedicine and Society Online*, 3, 2016. Inoltre, nel caso in questione, la Corte non rilevava nemmeno violazione della §2 (1) dell'ESchG, che punisce qualunque uso degli embrioni creati tramite fertilizzazione in vitro per scopi diversi da quello dell'induzione di una gravidanza, dal momento che l'intenzione del medico nel condurre tale esame diagnostico era stato comunque quello di impiantare gli embrioni che fossero risultati non portatori dell'anomalia genetica indesiderata. BGH - 5 StR 386/09, par. 30.

²² Preimplantation Genetic Diagnosis. II) Legal aspects, DRZE, disponibile online su <http://www.drze.de/in-focus/preimplantation-genetic-diagnosis/legal-aspects> (ultimo accesso 10/01/2020).

²³ Infatti, si segnala in merito che vi sono casi in cui la coppia di futuri genitori ha scelto di impiantare un embrione portatore di una malformazione genetica. Si veda, a titolo di esempio, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1124279/>.

3.1. La normativa sovranazionale rilevante

Per l'evidente difficoltà di raggiungere un adeguato consenso in merito, viste le consistenti diversità di approccio tra gli Stati nell'ambito del biodiritto, mancano in materia di modificazioni genetiche degli embrioni *in vitro* sia una disciplina vincolante a livello internazionale che uno specifico trattato. Tuttavia, vi fanno riferimento diversi strumenti. A livello regionale invece, la cooperazione si è spinta oltre e i documenti che trattano delle manipolazioni genetiche e della protezione del genoma umano sono più frequenti e specifici.

In primis, la Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti dell'uomo, adottata dall'Unesco nel 1997, si apre con un diretto riferimento al genoma umano, il quale all'art. 1 viene definito in senso simbolico «*the heritage of humanity*»²⁴. La Dichiarazione da un lato riconosce l'utilità del progresso della genetica per la salute dei singoli e dell'umanità intera, ma dall'altro ribadisce la necessità di rispettare la dignità, la libertà e in generale i diritti fondamentali dell'essere umano e di evitare qualsiasi forma di discriminazione²⁵: in considerazione di ciò, l'art. 11 della Dichiarazione vieta l'utilizzo di tutte le pratiche considerate contrarie alla dignità umana, senza però fornire un elenco specifico, ma limitandosi a citare la clonazione riproduttiva, a titolo di esempio²⁶. In questa categoria, tuttavia, pare siano ricomprese anche le modificazioni genetiche della linea germinale. Infatti, da un lato l'art. 24, che conferisce all'International Bioethics Committee (IBC) il potere di identificare quali siano le pratiche ricomprese nel divieto di cui all'art. 11, menziona a titolo di esempio, questa volta sì, gli interventi genetici della linea germinale²⁷, dall'altro IBC nel Report del 2003²⁸ ha confermato sostanzialmente questa valutazione. Nel successivo Report del 2015 ha ribadito la necessità di invocare una moratoria sull'utilizzo delle tecniche di modificazione della linea germinale, almeno fintanto che la loro sicurezza ed efficacia non siano sufficientemente comprovate²⁹. Tuttavia, tale Dichiarazione fa parte degli strumenti internazionali di *soft law*, ossia quelli non vincolanti per gli Stati che li sottoscrivono e che

²⁴ L'art. 1 della Dichiarazione universale sul genoma umano così recita: «The human genome underlies the fundamental unity of all members of the human family, as well as the recognition of their inherent dignity and diversity. *In a symbolic sense, it is the heritage of humanity*». (corsivo aggiunto). Ne deriva che le generazioni presenti sono responsabili per eventuali danni al genoma anche nei confronti delle generazioni future. Non a caso, pertanto, l'UNESCO ha contestualmente adottato la Dichiarazione sulla responsabilità, forse morale più che giuridica, delle generazioni presenti nei confronti delle future. C. CAMPIGLIO, *Le fonti internazionali ed europee in materia di biomedicina*, in A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Le scienze biomediche e il diritto (Biomedical sciences and the law)*, 2010, 65.

²⁵ Ciò è quanto riporta il Preambolo della Dichiarazione Universale sul genoma umano e i diritti dell'uomo, 1997.

²⁶ L'art. 11 della Dichiarazione infatti così recita: «Practices which are contrary to human dignity, such as reproductive cloning of human beings, shall not be permitted. States and competent international organizations are invited to co-operate in identifying such practices and in taking, at national or international level, the measures necessary to ensure that the principles set out in this Declaration are respected».

²⁷ L'art. 24 della Dichiarazione infatti prevede: «The International Bioethics Committee of UNESCO should [...] give advice concerning the follow-up of this Declaration, in particular regarding the identification of practices that could be contrary to human dignity, such as germ-line interventions».

²⁸ UNESCO IBC, *Report of the IBC on Pre-implantation genetic diagnosis and germ-line intervention*, 2003.

²⁹ UNESCO IBC, *Report of the IBC on updating its reflection on the Human Genome and Human Rights*, 2015, 3.

pertanto costituiscono fonte di obbligazioni di tipo morale o politico, piuttosto che strettamente giuridico³⁰.

D'altra parte, la Convenzione di Oviedo³¹ stabilisce all'art. 13³² che:

- gli unici interventi possibili sul genoma sono quelli che possano considerarsi analoghi ad un trattamento terapeutico, ossia quando abbiano come obiettivo quello di apportare un beneficio alla salute del soggetto modificato;
- tali interventi sono legittimi soltanto qualora non abbiano come obiettivo quello di introdurre modifiche che possano essere trasmesse ai discendenti. Ne vengono quindi chiaramente esclusi quelli che abbiano finalità di puro miglioramento della specie umana³³.

Nonostante sia generalmente considerato *de facto* un divieto all'impianto di embrioni il cui genoma sia stato (intenzionalmente e artificialmente) modificato³⁴, l'art. 13 ha generato nel tempo diversi interrogativi. In particolare, dal momento che la lettera dell'articolo vieta solamente quelle modificazioni del genoma umano che abbiano l'*obiettivo di introdurre modificazioni genetiche nelle generazioni future*, potrebbe argomentarsi che qualora l'obiettivo primario sia invece quello di *evitare l'insorgenza di una particolare malattia genetica nel soggetto modificato* una volta nato, tali interventi siano legittimi, in quanto l'ereditarietà della modifica sarebbe soltanto una conseguenza indiretta e non volontaria.³⁵ Questa argomentazione sarebbe supportata dal fatto che la Relazione Esplicativa nel commentare tale norma afferma che «*particular genetic modifications of spermatozoa or ova for fertilisation are not allowed*» (corsivo aggiunto), non facendo menzione alcuna delle modificazioni degli embrioni³⁶. Tuttavia, interpretare in tal senso l'art. 13, il cui obiettivo primario sembra essere quello di prevedere un'eccezione al divieto per quelle alterazioni genetiche che siano il risultato di altri

³⁰ Sul generale argomento delle fonti di diritto a livello internazionale, si veda in particolare E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008.

³¹ Il nome del documento completo è *Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina (Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina)*. Approvata nel 1997 ed entrata in vigore nel 1999, la Convenzione costituisce il primo trattato internazionale sulla bioetica ed attualmente l'unico strumento internazionale vincolante in materia per i 29 Stati Membri del Consiglio d'Europa che l'hanno ratificata.

³² Convenzione di Oviedo Art. 13: «An intervention seeking to modify the human genome may only be undertaken for *preventive, diagnostic or therapeutic purposes and only if its aim is not to introduce any modification in the genome of any descendants*» (corsivo aggiunto).

³³ Non si impedisce tuttavia in principio la modificazione genetica degli embrioni a fini di ricerca, come d'altro canto afferma l'art. 18, il quale pur vietando la creazione di embrioni umani per tale scopo, rimette alla discrezionalità dei singoli legislatori nazionali la possibilità di ammetterla, ponendo come unico limite quello di assicurare un'adeguata protezione all'embrione stesso. Di tale ricerca vengono invece limitate le finalità: queste dovranno essere non soltanto terapeutiche, ma anche non relative all'introduzione di alterazioni genetiche nelle generazioni future.

³⁴ Si veda ad esempio COMMITTEE ON BIOETHICS (DH-BIO), *Statement on genome editing technologies*, Strasburgo, 2015, 2.

³⁵ NUFFIELD COUNCIL OF BIOETHICS, *op. cit.*, 117, nota 423.

³⁶ CONSIGLIO D'EUROPA, *Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, 1997, par. 91.

trattamenti medici, come può avvenire ad esempio nel caso della radioterapia³⁷, risulterebbe molto probabilmente in contrasto con la *ratio legis* della norma e con l'intenzione del legislatore.

Nonostante sia diffusa l'opinione che considera la Convenzione strumento di riferimento nella risoluzione delle questioni riguardanti l'ingegneria genetica³⁸, si sente forte la mancanza dell'adesione alla stessa di alcune potenze europee tra cui la Germania, nei confronti della quale, pertanto, la Convenzione di Oviedo non produce direttamente effetti giuridicamente vincolanti.

Più complessa invece la posizione dell'Italia. Da un lato, infatti, è stata adottata la legge n. 145/2001 di autorizzazione alla ratifica, che ha contemporaneamente conferito «piena e completa esecuzione» al trattato (art. 2), ma dall'altro lo strumento di ratifica della Convenzione non è mai stato depositato presso il Consiglio dell'Unione Europea³⁹. Pertanto, il processo di ratifica disciplinato dall'art. 80 della Costituzione non è stato perfezionato e la Convenzione nel suo insieme non può quindi essere considerata diritto vigente nell'ordinamento italiano. Infatti, il deposito dello strumento di ratifica è «essenziale e condizionante elemento costitutivo»⁴⁰ del processo di ratifica stesso ex art. 11 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati⁴¹, come ribadito anche dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 282/1983. La Consulta afferma, infatti, che siccome «lo Stato italiano finora non ha depositato lo strumento di ratifica nei suoi confronti la Convenzione non è entrata in vigore. [...] Nemmeno la declaratoria di illegittimità costituzionale della menzionata legge [di autorizzazione alla ratifica]⁴² [...] potrebbe rendere vincolante per lo stato italiano la convenzione internazionale, perché tali effetti derivano esclusivamente dal deposito dello strumento di ratifica»⁴³. Ulteriore conferma di tale impostazione si è avuta con la sentenza della Corte costituzionale n. 379/2004.

Nonostante pertanto la Convenzione sia improduttiva di effetti giuridici vincolanti per l'ordinamento italiano, la sentenza n. 21748/2007 della Corte di Cassazione afferma che la Convenzione svolge un'importante funzione interpretativa: «essa dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzata nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme»⁴⁴.

³⁷ NUFFIELD COUNCIL OF BIOETHICS, *op. cit.*, 117, nota 423.

³⁸ ASSEMBLEA PARLAMENTARE DEL CONSIGLIO D'EUROPA, *The use of new genetic technologies in human beings*, par. 5.4.

³⁹ Tale inadempienza burocratica è stata, quindi, definita «difficilmente inconsapevole». C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 148.

⁴⁰ S. PENASA, *Alla ricerca dell'anello mancante*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2017, 5.

⁴¹ S. PENASA, *Alla ricerca dell'anello mancante*, *op. cit.*, 6.

⁴² Nel caso in oggetto, si è infatti talvolta sostenuta l'illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 76 della Costituzione della legge di autorizzazione alla ratifica stessa, data la "genericità della delega, per essere la sua formulazione («decreti legislativi recanti ulteriori disposizioni occorrenti per l'adattamento dell'ordinamento») indeterminata quanto all'oggetto (in quali ambiti e per quali profili occorre l'ulteriore adattamento?), ma anche quanto ai principi e criteri direttivi (se non altro per quelle disposizioni della Convenzione che lasciano un margine discrezionale amplissimo agli Stati, come ad es. l'art. 3, prescrivente «un accesso equo a cure della salute di qualità appropriata»)". A. GUAZZAROTTI, *Il caso Welby: adattamento ai trattati e deleghe non attuate*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2007, 359.

⁴³ Corte costituzionale Ordinanza 29 settembre 1983, n. 282, in *Rivista di diritto internazionale*, 1984, 184 ss.

⁴⁴ Corte di Cassazione sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748, par. 7.2.

3.1.1. Le fonti del diritto dell'Unione Europea

La Carta dei diritti fondamentali non prevede un divieto esplicito nei confronti delle modificazioni genetiche della linea germinale⁴⁵. Tuttavia, l'art. 3(2)⁴⁶ vieta le pratiche eugenetiche, in particolare quelle il cui scopo sia la selezione delle persone, senza peraltro definire cosa debba intendersi per *pratiche eugenetiche*: qualora, infatti, gli interventi sul genoma umano venissero considerati tali, su di questi ricadrebbe il divieto in parola.

Le Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali chiariscono che per quanto concerne l'art.3(2) «il riferimento alle pratiche eugeniche [...] riguarda le ipotesi in cui siano organizzati e attuati programmi di selezione che comportino, per esempio, campagne di sterilizzazione, gravidanze forzate, matrimoni etnici obbligatori, ecc., atti considerati tutti crimini internazionali dallo statuto della Corte penale internazionale adottato a Roma il 17 luglio 1998 (cfr. art. 7, paragrafo 1, lettera g)»⁴⁷. Di conseguenza, fintanto che le modificazioni genetiche in parola non verranno imposte al singolo per volontà statale, ma resteranno frutto di scelta individuale, non rientreranno nel divieto di cui all'art. 3(2).

Inoltre, tra le poche raccomandazioni approvate dal Consiglio d'Europa in materia di manipolazioni genetiche, la n. 1100/1989 vieta in modo assoluto qualsiasi forma di terapia genica germinale⁴⁸.

3.2. Le normative nazionali

Per quanto riguarda invece l'ambito nazionale, da un lato l'ordinamento italiano all'art. 14, c. 3 lett. b della legge n. 40/2004⁴⁹ prevede che:

*«sono, comunque, vietati: [...] b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo»*⁵⁰.

⁴⁵ Peraltro, l'esplicita introduzione di un divieto di questo tipo porrebbe diversi interrogativi, dal momento che ex art. 3 del TFUE l'Unione non ha competenze legislative esclusiva nell'area della salute pubblica, ma residuale, e soltanto in caso di problemi comuni relativi ad aspetti contenuti nell'art. 168 dello stesso e che la Carta stabilisce all'art. 51 che «le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà [...]» (art. 51(1)) e che «la presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati» (art. 51(2)).

NUFFIELD COUNCIL OF BIOETHICS, *op. cit.*, 118.

⁴⁶ L'art. 3(2) della Carta dei diritti fondamentali così recita: «Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: [...] il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone».

⁴⁷ *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, 2007/C 303/02, Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea, par. 3 della *Spiegazione relativa all'articolo 3 — Diritto all'integrità della persona*.

⁴⁸ Raccomandazione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa n. 1100/1989, Appendice, lettera G.

⁴⁹ Legge n. 40 del 19 febbraio 2004 Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

⁵⁰ Il c. 2 dell'art. 14 della legge n. 40/2004 a sua volta dispone che «la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative.»

Parrebbe dunque che la norma in oggetto sia finalizzata a vietare soltanto quelle tecniche di modificazione genetica che non mirino ad impedire l'insorgenza di serie malattie genetiche, ma che al contrario siano dirette alla mera predeterminazione di caratteristiche, per così dire, *generali* del futuro individuo. Si tenta quindi di tradurre in diritto positivo quella distinzione tra *treatment* ed *enhancement*, già nota alla discussione sulla legittimità morale dell'utilizzo di queste tecniche⁵¹.

D'altra parte, invece, nell'ordinamento tedesco la §5(1) dell'ESchG proibisce espressamente qualunque forma di manipolazione genetica embrionale e la successiva §5(2) proibisce l'utilizzo di cellule umane della linea germinale il cui patrimonio genetico sia stato modificato artificialmente: ne deriva un generale divieto di utilizzo, qualunque sia il fine perseguito. Due sono le eccezioni qui rilevanti, previste dalla §5(4):

- l'alterazione artificiale di cellule germinali *in vitro*, se ne è escluso un qualunque uso nel processo di procreazione medicalmente assistita;
- modificazioni genetiche della linea germinale non intenzionali e che pertanto siano causate da diversi trattamenti medici, quali a titolo di esempio chemioterapia o radioterapia⁵².

Si è tuttavia da più parti sostenuta l'esistenza di una lacuna nella definizione di *cellule della linea germinale* contenuta nella §8(3), a cui si deve far riferimento per la piena comprensione del divieto ex §5(1) e (2)⁵³. Infatti, ai sensi dell'ESchG vengono definite *cellule della linea germinale* quelle che «lead of the egg and sperm cells to the resultant human being and, further, the egg cell from capture or penetration of the sperm cell until the ending of fertilisation by fusion of the nuclei»⁵⁴.

La questione risulta pertanto incerta nella parte iniziale dello sviluppo embrionale, dove non è possibile individuare in maniera univoca quali siano le cellule che andranno poi a costituire la linea germinale del soggetto, differenziandosi così dalle cellule somatiche: una modificazione genetica che intervenga in tale precoce momento dello sviluppo potrebbe di conseguenza essere ritenuta legittima⁵⁵. Tale

⁵¹ Per una prima, per quanto non esaustiva, disamina delle diverse posizioni in merito alla legittimità *morale* delle tecniche in parola, si vedano: E. LANPHIER, *Don't edit the human germline*, in *Nature*, 519, 7544, 2015; NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES ENGINEERING AND MEDICINE, *International Summit on Human Gene Editing: A Global Discussion*, 1-3 dicembre 2015; E.S. LANDER, *Brave new genome*, in *New England Journal of Medicine*, 373, 2015; C. GYNGELL, T. DOUGLAS, J. SAVULESCU, *The ethics of germline gene editing*, in *Journal of Applied Philosophy*, 34, 4, 2017; J. SAVULESCU, *The moral imperative to continue gene editing research on human embryos*, in *ProteinCell*, 6, 7, 2015.

⁵² ESchG §5(4)(1)(3).

⁵³ J. KIPLING, *The European landscape for human genome editing: A review of the current state of the regulations and ongoing debates in the EU*, Academy of Medical Science, 2016, 17; *Call for a moratorium on germ line experiments in humans*, (online) in *EJ BioRN*, 07/10/2015, disponibile su <https://www.gesundheitsindustrie-bw.de/en/article/news/call-for-a-moratorium-on-germ-line-experiments-in-humans/> (ultimo accesso 10/01/2020); J. REICH, *Human genome surgery*, *op. cit.*, 15.

⁵⁴ L'originale §8(3) così recita: «Keimbahnzellen im Sinne dieses Gesetzes sind alle Zellen, die in einer Zell-Linie von der befruchteten Eizelle bis zu den Ei- und Samenzellen des aus ihr hervorgegangenen Menschen führen, ferner die Eizelle vom Einbringen oder Eindringen der Samenzelle an bis zu der mit der Kernverschmelzung abgeschlossenen Befruchtung.». Traduzione fornita dal Robert Koch Institute, disponibile su: https://www.rki.de/SharedDocs/Gesetzestexte/Embryonenschutzgesetz_englisch.pdf? (ultimo accesso 10/01/2020).

⁵⁵ È questa in particolare l'opinione del Professor Dottor J. Taupitz, il quale sottolinea inoltre come: «In terms of definitions, germ line is not the same as embryo protection, and alterations to the germ line may be authorised or banned without protecting or harming an existing embryo.» *Call for a moratorium on germ line experiments in humans*, *op. cit.*

interpretazione, tuttavia, è quantomeno dubbia se si considera che sembra piuttosto chiara la volontà del legislatore di evitare modificazioni genetiche che possano essere trasmesse alle future generazioni. Considerato pertanto che non pare sussistere a livello sovranazionale un esplicito divieto, giuridicamente vincolante, all'utilizzo della tecnica di manipolazione genetica embrionale CRISPR/Cas-9, si procederà ad analizzare se l'ipotetico *diritto alla non manipolazione genetica*, spesso addotto come argomentazione a sostegno di un divieto (assoluto) di utilizzo di tali tecniche, possa essere riconosciuto dagli ordinamenti qui considerati. In caso di risposta affermativa, questo diritto da un lato verrebbe violato dalla normativa italiana e dall'altro sarebbe valida giustificazione per il divieto imposto da quella tedesca.

4. I diritti di quarta generazione: i nuovi diritti genetici

L'elenco dei diritti soggettivi riconosciuti dalle Costituzioni europee è notoriamente aperto, soggetto ad evoluzione anche in ragione dello sviluppo della scienza. In particolare, il diritto è chiamato a confrontarsi costantemente con il rapido sviluppo di nuove biotecnologie, che, ad un tempo, ampliano le possibilità dell'agire umano e comportano potenziali inediti rischi: il suo ruolo, in questo orizzonte, è determinare quali beni costituzionalmente rilevanti debbano essere tutelati e stabilire il livello di protezione da accordarvi, operando un bilanciamento tra i diversi interessi in gioco.

Si inseriscono in questo contesto i così detti *diritti genetici*, «ultima e più recente specificazione in ambito biotecnologico della tutela della dignità umana, della libertà di autodeterminazione, del diritto alla salute e dell'integrità psicofisica dell'individuo»⁵⁶, il cui graduale (ma ad oggi solo potenziale) riconoscimento ha come obiettivo primario la tutela del genoma umano, considerato bene costituzionalmente rilevante.

È, infatti, fortemente avvertita la necessità di preservare il patrimonio genetico del singolo individuo, da un lato nel suo esclusivo interesse e dall'altro a vantaggio delle generazioni future, riconosciute così titolari di un'aspettativa del tutto nuova, ovvero sia quella di ereditare un genoma che non sia stato depauperato in epoche precedenti⁵⁷.

4.1. Il diritto soggettivo all'identità genetica

Si discute pertanto in questo ambito del riconoscimento di nuovi diritti come il diritto all'identità genetica, il diritto all'unicità ed integrità del patrimonio genetico, tutti derivabili in via interpretativa

⁵⁶ A. FALCONE, *La tutela del patrimonio genetico umano fra Costituzione e diritti. Verso la formazione di un corpus iuris sul genoma umano*, Soveria Mannelli, 2012, 19-20.

⁵⁷ A. FALCONE, *op. cit.*, 24. Inoltre, questa tendenza viene anche sottolineata dalla sentita necessità dell'adozione della Dichiarazione sulle responsabilità delle generazioni presenti verso le generazioni future del 1997.

dall'art. 3, c. 2⁵⁸ della Carta di Nizza, in combinato disposto con gli artt. 2⁵⁹ e 1⁶⁰.⁶¹ Già la Raccomandazione 1046/1978 alla lettera I nel giustificare il divieto di clonazione dell'essere umano affermava che «ogni individuo ha diritto alla sua specifica identità genetica»: ciò rappresenta una prima considerazione dell'identità genetica come potenziale oggetto di specifico diritto soggettivo.

Il riconoscimento di un diritto all'identità genetica deriva essenzialmente dalla considerazione che quest'ultima partecipi della più generale *identità biologica e personale dell'uomo* e pertanto debba essere considerata bene giuridico meritevole di protezione specifica da parte dell'ordinamento.⁶² Per quanto, come già menzionato, l'identità dell'essere umano non possa essere ricondotta in via esclusiva, e pertanto ridotta, alle sue informazioni genetiche, il genoma ne rappresenta ugualmente un elemento essenziale: pur non valendo da solo a determinare l'identità di un individuo, la quale si compone anche di una dimensione esteriore-relazionale⁶³, il patrimonio genetico resta uno dei fattori che contribuiscono alla sua formazione⁶⁴.

Tale inedita forma di identità potrebbe dunque costituire l'oggetto di un nuovo *diritto all'identità genetica*⁶⁵, derivato in via interpretativa da quello all'identità personale. Quest'ultimo trova esplicito riconoscimento nella Legge Fondamentale tedesca all'art. 2(1)⁶⁶, mentre nell'ordinamento italiano la dottrina prima e la giurisprudenza⁶⁷ poi ne hanno individuato il fondamento nel combinato disposto degli artt. 2 e 13 Cost.⁶⁸, non essendo esplicitamente menzionato dalla Costituzione.

⁵⁸ Carta di Nizza art. 3, c. 2: «Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge, il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone, il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro, il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani.»

⁵⁹ Carta di Nizza art. 2, c. 1: «Ogni individuo ha diritto alla vita».

⁶⁰ Carta di Nizza art. 1: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata».

⁶¹ A. FALCONE, *op. cit.*, 52 ss.

⁶² A. FALCONE, *op. cit.*, 26 ss; A. BALDASSARRE, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, in M. VOLPI (a cura di), *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, Bologna, 2001, 33; E. MEZZETTI, *La tutela penale dell'identità genetica*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto, vol. II, Il governo del corpo, Tomo I*, Milano, 2011, 310-311.

⁶³ La dimensione dinamico-relazionale dell'identità personale è stata in particolare messa in evidenza dalla Corte Costituzionale, nella sentenza n. 13 del 24 gennaio 1994, par. 5.1 «Si tratta - come efficacemente è stato osservato - del diritto ad essere se' stesso, inteso come rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo».

⁶⁴ A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *La legislazione penale*, 3, 2005, 352.

⁶⁵ R. BORSARI, *Profili penali della terapia genica*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto, vol. II, Il governo del corpo, Tomo I*, Milano, 2011, 566-567; A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 33.

⁶⁶ Art. 2(1) Legge Fondamentale: «Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale.» J. IPSEN, *Staatsrecht II. Grundrechte*, GMBH, 2013; M. GERRIT, *Staatsrecht II: Grundrechte*, 12 Aufl, 2015. Infatti, l'art. 2 (1) GG in combinato disposto con l'art. 1 GG riconoscendo il diritto generale della personalità si prestano ad interpretazioni estensive, volte ad includere e quindi tutelare nuovi diritti ed interessi generati dallo sviluppo delle biotecnologie e della scienza in genere.

⁶⁷ A partire dalla sentenza della Corte di Cassazione 22 giugno 1985, n. 3769.

⁶⁸ R. BORSARI, *op. cit.*, 265; A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 33.

Il nuovo diritto all'identità genetica sarebbe ad opinione della dottrina *intangibile, inviolabile ed indisponibile*,⁶⁹ in quanto sussisterebbe un dovere (giuridico) di preservare la *naturalità* (intesa come formazione naturale, spontanea ed in gran parte imprevedibile) del genoma, che dovrebbe essere protetta non soltanto da alterazioni artificiali etero-imposte secondo la volontà di terzi, altri rispetto al titolare del diritto stesso, ma anche da modifiche liberamente scelte dall'individuo: «non può essere mutata la propria identità genetica, se non nei limiti di un adeguamento giuridico a mutamenti spontanei verificatisi nell'evoluzione naturale del proprio patrimonio genetico.»⁷⁰

4.2. Il diritto alla non manipolazione genetica

Si potrebbe dunque sostenere la necessità di introdurre un *diritto alla non manipolazione genetica* come strumento attraverso il quale tutelare l'identità genetica e pertanto diretta espressione del relativo diritto.

Tale (nuovo) diritto viene per la prima volta menzionato dalla Raccomandazione n. 934/1982⁷¹, la quale al punto 4, afferma che il diritto dell'individuo ad ereditare un patrimonio genetico non modificato artificialmente deriva dal diritto alla vita e dalla dignità umana, entrambi tutelati dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo rispettivamente agli artt. 2 e 1 suggerisce quindi che la stessa Convenzione lo riconosca espressamente, includendolo nel novero dei diritti fondamentali. La Raccomandazione, al contempo però, apre alla possibilità di utilizzare le tecniche di manipolazione genetica qualora il fine sia esclusivamente terapeutico⁷².

Un diritto alla non manipolazione genetica, pertanto, deriverebbe dal combinato disposto del diritto all'identità personale (genetica), del diritto alla autodeterminazione e della dignità umana.

4.3. Il diritto a nascere con un patrimonio genetico non modificato

Dato che l'alterazione genetica verrebbe effettuata sull'embrione prima dell'impianto, l'identità genetica del futuro individuo sarebbe irrimediabilmente alterata già in un momento precedente alla sua nascita, senza che questi abbia possibilità alcuna di decidere in merito. Di conseguenza, l'unico modo per tutelare un (ipotetico) diritto alla non manipolazione genetica del futuro individuo dovrà essere *preventivo*. Una delle possibilità è il riconoscimento di un *diritto a nascere con un patrimonio genetico non modificato*.

⁶⁹ E. MEZZETTI, *op. cit.*, 310-311.

⁷⁰ A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 34. Tale diritto, invece, non verrebbe violato da alterazioni genetiche embrionali che siano il risultato di comportamenti non volontari, come per esempio il caso in cui derivino da comportamenti e stili di vita della donna gravida, come per esempio un eccessivo stress o una dieta non sufficientemente bilanciata.

⁷¹ ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation 934 (1982) relative à l'ingénierie génétique*, adottata dall'Assemblea parlamentare il 26 gennaio 1982, disponibile qui <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?FileID=14968&lang=EN>.

⁷² Ciò in base all'art. 4(c) infatti «the explicit recognition of this right must not impede development of the therapeutic applications of genetic engineering (gene therapy), which holds great promise for the treatment and eradication of certain diseases which are genetically transmitted».

Un diritto di questo tipo verrebbe sempre violato dall'utilizzo di una tecnica di manipolazione genetica su un embrione creato *in vitro*, in quanto la nascita del soggetto titolare dello stesso avverrebbe a manipolazione genetica già avvenuta.

Di conseguenza, per impedire che un eventuale diritto a nascere con un patrimonio genetico non modificato venga violato si dovrebbe vietare in modo assoluto ogni tecnica di manipolazione genetica embrionale, qualunque sia il fine perseguito. In questo scenario, le maggiori questioni da un punto di vista etico e giuridico, ovviamente, verrebbero sollevate nel caso in cui tali tecniche vengano utilizzate per eliminare una futura malattia genetica.

Giova in proposito ricordare che, se uno degli embrioni *in vitro* risulta positivo alla PGD e pertanto portatore di una certa anomalia genetica, responsabile di una data patologia, i futuri genitori si trovano a dover scegliere tra impiantare tale embrione ovvero scartarlo.

Nel primo caso, non si porrà ovviamente alcuna questione in merito alla tutela del genoma del futuro individuo, in quanto non interviene alcuna alterazione genetica.

La configurabilità di un diritto a nascere con un patrimonio genetico non modificato dovrà invece essere vagliata qualora i futuri genitori decidano di scartare l'embrione *in vitro* che sia portatore dell'alterazione genetica, ovvero sia quando la manipolazione genetica verrebbe effettuata sulla particolare categoria di embrioni non destinati alla nascita e, quindi, nell'ipotesi in cui la finalità di una eventuale manipolazione genetica sia terapeutica.

Per le ragioni esposte in seguito, la configurabilità di questo particolare diritto dovrà essere vagliata anche sulla base di quanto previsto dagli ordinamenti oggetto della presente comparazione per il diritto a non nascere (ovvero a non nascere se non sano).

4.3.1. L'impossibilità di riconoscere il diritto dell'embrione a non nascere ovvero a non nascere se non sano

Nell'ordinamento italiano, il riconoscimento di un eventuale diritto *a non nascere* o *a non nascere se non sano* ha visto susseguirsi una serie di pronunce della Corte di Cassazione, che si sono in particolare concentrate sulla risarcibilità del danno che dalla violazione di questi potesse derivare.

Da un lato, il risarcimento del danno da *wrongful birth* viene costantemente ritenuto possibile, in quanto la condotta del medico che, per colpa, omette informazioni rilevanti sullo stato di salute dell'embrione, ovvero ne fornisce di errate, impedisce la formazione consapevole della volontà della gestante e della coppia sulla prosecuzione della gravidanza e pertanto incide sul diritto alla procreazione cosciente e responsabile e, in via indiretta, sulla salute della donna⁷³.

D'altra parte, invece, la legittimità del risarcimento del danno da *wrongful life*, da riconoscersi direttamente in capo al nascituro, è stata oggetto di diverse pronunce.

Fino al 2012 l'orientamento della Corte era stato coerente nel ritenere che al soggetto nato malato a seguito di errore del medico, il quale durante la gestazione, per colpa, non avesse correttamente informato la futura madre sullo stato di salute del nascituro, non potesse essere riconosciuto alcun risarcimento, in quanto:

⁷³ Si vedano in particolare le sentenze della Corte di Cassazione 29 luglio 2004, n. 14488; 11 maggio 2009 n. 10741; 4 gennaio 2010, n. 13; 3 maggio 2011, n. 9700 e 2 ottobre 2012, n. 16754; 22 dicembre 2015, n. 25767.

- l'ordinamento italiano non ritiene legittimo il così detto *aborto eugenetico*, ossia quello basato esclusivamente sulla malformazione del feto⁷⁴;
- ogni tutela giuridica del nascituro è *funzionale alla nascita* e non alla *non-nascita*, quasi pervenendo così al riconoscimento di un diritto a nascere⁷⁵;
- anche qualora un diritto a non nascere o a non nascere se non sano venisse riconosciuto sarebbe adespota, in quanto non ne esisterebbe alcun soggetto titolare fino alla nascita, secondo quanto disposto dall'art. 1, c. 2 cc. Tuttavia, la venuta al mondo di costui sarebbe necessariamente subordinata all'avvenuta violazione del diritto per cui, *ex post*, viene richiesto il risarcimento⁷⁶.

Tale orientamento è tuttavia mutato con la sentenza n.16754/2012, in cui viene riconosciuto il risarcimento non soltanto per il danno da *wrongful birth*, in capo ai genitori, ma anche ma anche *wrongful life*, in capo al nascituro, ragionando non più in termini di riconoscimento di un ipotetico diritto a non nascere, ma di *propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito* compiuto nei confronti della gestante e dei genitori del soggetto nato affetto da malattia: ciò varrebbe al contempo a riconoscere il risarcimento anche in capo al nato e ad escludere la possibilità per costui di intentare azione per risarcimento danni nei confronti della madre, unica titolare del diritto alla procreazione cosciente e responsabile⁷⁷. In questa ricostruzione, l'evento di danno, lungi dall'essere la nascita *tout court*, diviene invece la *nascita malformata*.

Tuttavia, secondo parte della dottrina, nonostante la pretesa volontà della Corte di Cassazione di «[sgombrare] il campo dall'equivoco che si annida nella poco felice locuzione *diritto a non nascere se non sano*», sarebbe proprio l'affermazione dell'esistenza di tale contestato diritto l'effetto indiretto della pronuncia⁷⁸.

Con ulteriore mutamento giurisprudenziale, la Corte con la sentenza n. 25767/2015 è tornata ad affermare che non possa riconoscersi il risarcimento del danno da *wrongful life* in capo al soggetto nato affetto dalla malattia indesiderata, per evitare la quale la coppia aveva richiesto ulteriori esami diagnostici. Ciò per l'impossibilità di considerare la condotta del medico al contempo *conditio sine qua non* della nascita del soggetto (in tesi) danneggiato e lesiva del suo (ipotetico) diritto di non nascere: dal momento che «la non-vita non può essere un bene della vita», non si configura un danno né

⁷⁴ Corte di Cassazione 29 luglio 2004, n. 14488, par. 3.2.

⁷⁵ G. BALLARANI, *La situazione giuridica del concepito tra esigenze di qualificazione e istanze di tutela*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Interessi fondamentali della persona e nuove relazioni di mercato*, Roma, 2012, 62; F. RINALDI, *La problematica soggettività del nascituro, con particolare riguardo al diritto a nascere sani: Bioetica di un recente diritto*, in *DirittiFondamentali.it*, 2, 2013, 41, in cui riporta quanto affermato dalla Corte di Cassazione nella sentenza 11 maggio 2009, n. 10741, 24.

⁷⁶ La sentenza della Corte di Cassazione 2 ottobre 2012, n. 16754 ripercorre le motivazioni della sentenza n. 14488/2004, che al paragrafo 4.5 aveva affermato che: «ipotizzare il diritto del concepito malformato di non nascere significa concepire un diritto che, solo se viene violato, ha, per quanto in via postuma, un titolare, ma se tale violazione non vi è (e quindi non si fa nascere il malformato per rispettare il suo diritto di non nascere), non vi è mai un titolare. Il titolare di questo presunto diritto non avrà mai la possibilità di esercitarlo (non esisterebbe un soggetto legittimato a farlo valere): non può farlo valere, ovviamente, il concepito, ancor a non nato; non potrebbe farlo valere, altrettanto ovviamente, il medico; non potrebbe essere esercitato neppure dalla gestante.»

⁷⁷ G. BALLARANI, *op. cit.*, 67.

⁷⁸ G. BALLARANI, *op. cit.*, 69 ss.; F. RINALDI, *op. cit.*, 29-30.

tantomeno un danno ingiusto⁷⁹. Per riprendere il pensiero di Carnelutti, «senza l'inadempimento il preteso danneggiato anziché più avrebbe meno di quello che ha, perché questo non avrebbe, anzi non sarebbe, nulla»⁸⁰. Pertanto, la possibilità di riconoscere il risarcimento per danno da *wrongful life* in capo al soggetto nato affetto dalla malattia indesiderata e contestualmente il riconoscimento di un eventuale diritto a non nascere o a non nascere se non sano paiono essere state definitivamente escluse⁸¹.

Per quanto invece riguarda l'ordinamento tedesco, la giurisprudenza ha sempre pacificamente ammesso il risarcimento del danno da *wrongful birth* in capo alla gestante⁸² ed ha, altrettanto pacificamente ed in modo costante nel tempo, sostenuto l'impossibilità di risarcire quello da *wrongful life* al soggetto nato con la malformazione genetica indesiderata⁸³. Ciò non può stupire: non vi è infatti alcuna norma nell'ordinamento giuridico, ragionano le Corti tedesche, che preveda l'obbligo di prevenire la nascita di un soggetto malato, né la stessa normativa in materia di interruzione volontaria di gravidanza potrebbe essere rilevante in questo senso. Infatti, la decisione di interrompere la gravidanza può essere presa soltanto dalla madre, nei limiti previsti dall'ordinamento e nel suo interesse esclusivo, in nessun caso potendo soccorrere in tal senso quello del futuro individuo. In linea di principio, secondo la dottrina tedesca, l'uomo deve accettare la sacralità della vita per come plasmata dalla natura⁸⁴ e l'ordinamento non potrebbe in alcun modo considerare l'esistenza come un danno: la non-esistenza non può mai essere giuridicamente preferibile alla vita, per quanto malata⁸⁵.

4.3.2. (segue) e quello a nascere con un patrimonio genetico non modificato

Si ritiene che, proprio come non viene riconosciuto in alcuno dei due ordinamenti il *diritto a non nascere (se non sano)*, allo stesso modo difficilmente potrà tutelarsi un *diritto a nascere con un patrimonio genetico non modificato* qualora sull'embrione scartato si voglia effettuare una manipolazione genetica per scopi terapeutici, per le ragioni che seguono.

In primis, proprio come il diritto a non nascere (se non sano), il diritto a nascere con un patrimonio genetico non modificato sarebbe un *diritto adespota*: titolare dello stesso è infatti il soggetto nato (sano) a seguito della, e grazie alla, intervenuta alterazione genetica. Di conseguenza, la violazione di tale diritto sarebbe contestuale alla venuta ad esistenza del soggetto titolare dello stesso, in quanto la sua nascita avverrebbe a manipolazione genetica già avvenuta.

Analogamente a quanto detto in precedenza, inoltre, per l'individuo nato (sano) con un patrimonio genetico modificato l'unica alternativa possibile sarebbe stata la non-nascita. Infatti, il soggetto nato

⁷⁹ Corte di Cassazione sentenza n. 25767/2015, 18.

⁸⁰ F. CARNELUTTI, *Postilla a Trib. Piacenza, 31.7.1950*, in *Foro it.*, 1952, I col. 990, citato in A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto, vol. II, Il governo del corpo, Tomo II*, Milano, 2011, 1368.

⁸¹ P. FRATI, V. FINESCHI ET AL., *Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies*, in *Human Reproduction Update*, 23, 3, 2017, 347.

⁸² P. FRATI, V. FINESCHI, *op. cit.*, 345; A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *op. cit.*, 1364.

⁸³ In particolare, si vedano le decisioni BGHZ 76, 249 (1980); BGHZ 76, 259 (1980) e BGHZ 86, 240 (1983). A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *op. cit.*, 1366.

⁸⁴ A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *op. cit.*, 1366.

⁸⁵ BGHZ 86, 240(1983).

con un patrimonio genetico modificato, titolare dell'eventuale diritto in oggetto, era un embrione che senza la violazione (ossia la manipolazione genetica), sarebbe stato scartato, perché positivo alla diagnosi genetica preimpianto, e non avrebbe dunque mai avuto possibilità alcuna di venire ad esistenza e pertanto di far valere tale diritto.

In questo caso, l'ipotetica situazione precedente deteriorata a causa dell'intervenuta violazione del diritto di cui trattasi, nei confronti della quale valutare l'entità dell'eventuale risarcimento, dovrebbe essere, come per il diritto a non nascere (se non sano) la *non-vita*.

Inoltre, risulta evidente l'assurdo di ritenere giuridicamente peggiorativa la situazione di un soggetto nato con il gene malato modificato, quindi sano, rispetto alla non-nascita *tout court*.

Per i motivi appena analizzati, dunque, si ritiene che difficilmente potrà trovare tutela negli ordinamenti oggetto della comparazione un eventuale diritto soggettivo a nascere con un patrimonio genetico non modificato, qualora l'alterazione genetica persegua un fine terapeutico⁸⁶.

4.3.3. La configurabilità di un diritto a nascere con un patrimonio genetico non arbitrariamente modificato

La questione è invero diversa se si considera non un generale diritto del soggetto a non nascere con un patrimonio genetico modificato, bensì quello specifico a non nascere con un patrimonio genetico *arbitrariamente* modificato⁸⁷. In questa ipotesi, per *modificato* si intende l'eventualità in cui i futuri genitori decidano di utilizzare una tecnica di manipolazione genetica (ad esempio la CRISPR/Cas-9 qui presa in considerazione) per alterare il genoma dell'embrione e per *arbitrariamente* ci si riferisce esclusivamente al caso in cui il fine sia diverso da quello terapeutico, cioè quando l'alterazione genetica non sia volta alla correzione dell'anomalia genetica responsabile della malattia indesiderata, ma all'alterazione di altra caratteristica del soggetto, a discrezione dei futuri genitori. Ad esempio, si potrebbe definire come arbitraria l'alterazione del colore degli occhi del futuro individuo.

Anche in questo caso, la nascita del soggetto titolare del diritto e la violazione dello stesso sarebbero contestuali. Tuttavia, per l'embrione nato con un gene modificato l'alternativa non sarebbe più la non-nascita, bensì la *nascita senza intervenuta manipolazione genetica*.

Infatti, se l'embrione non è portatore di alcuna anomalia genetica da correggere, non ci sarà nessun ostacolo all'impianto, dal momento che entrambi gli ordinamenti non riconoscono un indiscriminato diritto di scelta dei genitori dell'embrione da portare alla nascita, ma piuttosto prevedono rigidi limiti alla legittimità dello scarto.

⁸⁶ L'unica eccezione a tale conclusione sarebbe il caso in cui il soggetto nato sano a seguito dell'intervenuta manipolazione genetica riesca a provare, post nascita, che i suoi genitori, nonostante l'esito positivo della DGP, non avrebbero ugualmente scelto di scartarlo (come embrione) anche se non avessero potuto far ricorso alle tecniche al vaglio del presente lavoro. Tale prova, tuttavia, nella sostanza è praticamente impossibile da fornire. D'altra parte, la venuta ad esistenza del titolare del diritto a nascere con un patrimonio genetico non manipolato deriva dalla sommatoria delle decisioni dei genitori di impiantare quell'embrione e di modificarlo. Non pare dunque possibile distinguere il caso in cui i genitori scelgano di *impiantare e modificare* l'embrione, dal caso in cui scelgano di *farlo se modificato*: il risultato pratico (e giuridico) nei due casi risulta essere lo stesso.

⁸⁷ La dicitura diritto a nascere con un patrimonio genetico non arbitrariamente modificato si ritrova ampiamente in A. FALCONE, *op. cit.*

La manipolazione genetica in questo caso non viene più utilizzata per eliminare la causa dello scarto, ma diventa mero strumento di perfezionamento dell'embrione secondo il volere dei futuri genitori: l'impianto, dal canto suo, dovrà avvenire in ogni caso, a seguito della e/o indipendentemente dall'alterazione genetica.

Dunque, da un lato il *diritto a nascere con un patrimonio genetico non modificato* di un individuo nato sano grazie alla manipolazione genetica è adespota e viene violato dalla nascita del soggetto titolare dello stesso. Inoltre, qualora l'alterazione genetica intervenga su un embrione non destinato alla nascita, l'unica alternativa per l'individuo nato sano sarebbe stata la non-nascita, elemento che di fatto impedisce il riconoscimento del diritto. Dall'altro lato, invece, il *diritto a nascere con patrimonio genetico non arbitrariamente modificato*, benché parimenti adespota e possibilmente violato contestualmente alla nascita del soggetto titolare dello stesso, non prevederebbe come alternativa la non-nascita, ma la nascita senza intervenuta alterazione genetica.

Non si tratta inoltre di un vero e proprio diritto soggettivo riconosciuto in capo all'embrione, eventualità peraltro tutt'ora ampiamente discussa in dottrina e giurisprudenza, quanto piuttosto di un *diritto futuro condizionato*⁸⁸, ossia «a formazione progressiva e a tutela anticipata rispetto all'evento nascita»⁸⁹: soggetto titolare dello stesso sarà l'essere umano attuale, ma la verifica dell'eventuale violazione di tale diritto verrà effettuata post nascita e facendo riferimento ad un momento antecedente. D'altronde, è soltanto in questa fase che si ha la possibilità di interferire sul genoma dell'individuo in modo tale da alterarne sostanzialmente l'identità genetica e al contempo quella di intervenire efficacemente a sua tutela⁹⁰.

Pertanto, l'unico diritto che ragionevolmente può inserirsi nell'alveo di quelli tutelati da entrambi gli ordinamenti è, appunto ma eventualmente, quello a *nascere con un patrimonio genetico non arbitrariamente modificato*, nei limiti ora analizzati: quest'ultimo deriverebbe dal diritto all'identità genetica, a sua volta dedotto per via interpretativa dal combinato disposto degli artt. 2 e 13 Cost. e gli artt. 2(1) e 1 GG.

5. Il limite della finalità terapeutica

Resta dunque da determinare cosa nello specifico debba intendersi per *arbitraria modifica*, ovvero sia quando venga oltrepassato il confine che separa la finalità terapeutica dal soddisfacimento della mera volontà dei futuri genitori del soggetto modificato. In merito, le strategie possibili sono numerose, nessuna delle quali tuttavia pare pienamente risolutiva della problematica.

In primis, potrebbe stabilirsi una definizione condivisa di malattia o malattia genetica. L'evidente difficoltà di pervenire ad una soluzione di questo tipo non potrebbe tuttavia essere risolta basandosi *a contrariis* sulla definizione di *salute* fornita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità. La Costituzione di quest'ultima prevede che «Health is a state of complete physical, mental and social well-being and

⁸⁸ A. GOSSERIES RAMALHO, *Lo scetticismo sulle generazioni future è giustificato?*, in R. BIFULCO, A. D'AIOLA (a cura di), *Un diritto per il futuro, Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, 29.

⁸⁹ A. FALCONE, *op. cit.*, 41.

⁹⁰ *Ivi*, 42.

not merely the absence of disease or infirmity», ma se si definisse la malattia come concetto opposto a quello di salute così delimitato, si rischierebbe di permettere alterazioni genetiche dell'embrione molto lontane dalla comune nozione di trattamento terapeutico: si perverrebbe infatti a legittimare sia l'alterazione genetica che elimini uno stato patologico di tipo clinico che quella che modifichi il colore degli occhi dell'individuo per migliorarne lo stato di benessere sociale.

Altrimenti, potrebbero essere considerati legittimi soltanto quegli interventi manipolativi che provengono a correggere una malformazione genetica responsabile di una delle malattie genetiche esplicitamente elencate in un documento approvato a tal fine. In questo senso, già la Raccomandazione n. 1046/1986 alla lettera b), numero iv suggeriva che «it would be desirable to create a list of those illnesses where therapy can be based on reliable means of diagnosis and reasonable guarantees of success. This list would be periodically updated to take account of new discoveries and scientific progress». Quest'ultima pare essere la soluzione più probabile, soprattutto come criterio di prima legittimazione delle tecniche di manipolazione genetica, perché consentirebbe di restringere il campo a quelle malattie più devastanti e per le quali attualmente non esiste cura.

Infine, in considerazione di quanto detto sinora, una manipolazione genetica embrionale potrebbe dirsi non arbitraria, quindi legittima, quando intervenga a correggere una malformazione genetica la cui esistenza giustificerebbe altrimenti lo scarto dell'embrione stesso, secondo quanto previsto dai rispettivi ordinamenti. Ciò contribuirebbe a conferire coerenza alla normativa ed al contempo un criterio per riuscire a discernere con sufficiente chiarezza quali trattamenti siano permessi e per quali invece il divieto debba persistere. La scelta di fare propri in questo campo i limiti previsti per la legittimità dello scarto degli embrioni *in vitro*, tuttavia, se da un lato aggira il problema definitorio, dall'altro potrebbe incrementare le incertezze interpretative.

6. Conclusioni

Giova in primis sottolineare che da un lato, come detto, le conclusioni raggiunte del presente lavoro sono subordinate alla definizione di cosa possa intendersi per *modifica non arbitraria* e dunque per *fine terapeutico*.

Dall'altro, oggetto dello stesso è esclusivamente l'analisi della possibilità di riconoscere un diritto a nascere con un patrimonio genetico non modificato, che, in caso di risposta affermativa, potrebbe essere addotto a sostegno di un generale divieto di utilizzo delle tecniche di manipolazione genetica della linea germinale embrionale. Di conseguenza, il presente studio non vale ad affermare che non possa in assoluto esistere giustificazione alcuna ad un divieto in tal senso. In particolare, ben potrebbe vagliarsi l'ipotesi di una *tutela in senso oggettivo del patrimonio genetico*, in luogo della prospettiva soggettiva qui prescelta, e/o della *sussistenza di un interesse pubblico a non permettere la nascita di individui geneticamente modificati* (ad esempio per ragioni di tutela della salute pubblica).

Ad ogni modo, pare potersi concludere, dall'analisi effettuata, che un divieto giuridicamente vincolante all'utilizzazione delle tecniche di manipolazione genetica degli embrioni *in vitro* non soltanto non sia contenuto in alcun documento internazionale in materia di biodiritto, ma non possa nemmeno essere sostenuto dal riconoscimento di un diritto soggettivo alla non manipolazione genetica in nessuno dei due ordinamenti oggetto della presente comparazione. D'altra parte, la tutela soggettiva della

formazione naturale del genoma, qualora ve ne fosse la necessità, potrebbe aversi attraverso un eventuale diritto a nascere con un patrimonio genetico *non arbitrariamente* modificato, baluardo tuttavia soltanto parziale dell'intangibilità del patrimonio genetico, in quanto non limiterebbe quegli interventi manipolativi il cui fine sia strettamente terapeutico.

Essays



Diritto e OGM

Una storia complicata

*Maria Chiara Errigo**

LAW AND GMO. A COMPLICATED PATH

ABSTRACT: Genetically modified organisms are one of the most innovative products in the food sector and, also, one of the most controversial scientific “phenomena”. They have important potential for development and sustainability, but they also involve risks related to the necessary safety standards, the maintenance of certain quality levels of the product and the consumer protection. The essay aims to analyse the regulations on GMO, at national and European level, trying to clarify and understand the current opportunities and problems that actually exist today with regard to the category of genetically modified organisms (including the the most recent gene editing techniques).

KEYWORDS: Genetically modified organisms; food safety; sustainability; European law; Constitutional law

SOMMARIO: 1. Natura, sicurezza e processo d’informazione. Profili introduttivi – 2. La “scena” internazionale: a partire dalla Convenzione sulla diversità biologica – 3. Prospettive diverse di regolazione: la sostanziale equivalenza e il principio di precauzione – 4. OGM e sicurezza alimentare: il quadro normativo europeo – 4.1. La Direttiva 2001/18/CE: la definizione di OGM e le procedure autorizzative – 4.2 Alimenti geneticamente modificati, tracciabilità ed “etichette” – 4.3. (*segue*) Fra unità e differenziazione – 5. Le dinamiche interne: la normativa italiana e il conflitto Stato-Regioni – 5.1. Il problema della “coesistenza” – 5.2. Il “perimetro” delle competenze statali e regionali in materia di colture geneticamente modificate – 5.3. La prospettiva regionale e gli organismi geneticamente modificati. Alcune brevi osservazioni – 6. Il caso Fidenato. Una ricostruzione – 6.1. (*segue*) Il caso Fidenato. Secondo atto – 7. I “nuovi” OGM: la Corte di Giustizia sull’*editing* genetico. Cenni – 8. Verso nuove esigenze di regolazione? Alcune conclusioni.

* Dottoressa di ricerca in Scienze Giuridiche / Diritto costituzionale, Università di Parma. Mail: mariachiara.errigo@studenti.unipr.it. Contributo, sottoposto a doppio referaggio anonimo.

1. Natura, sicurezza e processo d'informazione. Profili introduttivi

La Convenzione per la diversità biologica¹, adottata dall'Assemblea delle Nazioni Unite a Nairobi nel 1992, definisce biotecnologia «ogni applicazione tecnologica che si avvale di sistemi biologici, di organismi viventi o di loro derivati, per realizzare o modificare prodotti o procedimenti per un uso specifico»². All'interno di questa ampia e variegata categoria rientrano anche gli organismi geneticamente modificati, i quali costituiscono uno dei prodotti più innovativi del settore delle biotecnologie alimentari e, al contempo, anche uno dei “fenomeni” scientifici maggiormente controversi.

Sebbene gli avanzamenti tecnologici siano essenziali per il progresso della produzione agroalimentare³, l'introduzione di tali biotecnologie sul mercato solleva da sempre una certa preoccupazione che riguarda sia il consumo alimentare che l'impatto ambientale. I nuovi prodotti risultano da sempre posti in antitesi rispetto al concetto del 'naturale', delineandosi, da una parte, l'immagine di alimenti “artificiali”, creati *ad hoc* in laboratorio grazie alle recenti conoscenze scientifiche, e, dall'altra, l'idea di un nutrimento sano, frutto di una lavorazione più rispettosa dei ritmi della natura. In realtà, le dinamiche produttive si rivelano in generale molto più complesse, e la linea di demarcazione fra naturale e artificiale tende a sfumare.

Alcuni studi hanno adottato un approccio cognitivo per giustificare la diffidenza nei confronti degli organismi geneticamente modificati, dimostrando come valutazioni intuitive ed emozioni abbiano un ruolo particolare nella costruzione di *bias*. Più specificamente una delle ragioni per cui in relazione ai prodotti GM si registrano sensazioni di disgusto potrebbe essere il fatto che «[...] people intuitively interpret gene modification as an unwarranted and contaminating intervention into the essence of an

¹ La Convenzione sulla diversità biologica, stipulata nell'ambito delle Nazioni Unite e approvata dall'Unione Europea con decisione 93/626/CEE del Consiglio, intende promuovere la salvaguardia della biodiversità, l'utilizzo sostenibile della diversità biologica e la cooperazione delle Parti contraenti a svolgere questa attività di tutela, anche tramite l'adozione di strumenti specifici. La Convenzione è stata adottata a Nairobi e aperta alla firma nel corso della Conferenza di Rio de Janeiro sull'ambiente e sullo sviluppo sostenibile. Nell'ambito della Convenzione sono stati concordati due protocolli: il primo, sulla Biosicurezza (Protocollo di Cartagena, 2000) e il secondo, relativo all'accesso e alla condivisione dei benefici (Protocollo di Nagoya, 2011). In particolare, con riguardo ai profili della normativa internazionale sugli OGM, si veda *Infra*.

² Art. 2, Convenzione della diversità biologica. Si sottolinea che le biotecnologie rappresentano una categoria molto vasta, rivolte al campo medico, vegetale, animale; per quanto riguarda questa sede, l'oggetto dell'indagine sarà circoscritto alle innovazioni del settore alimentare.

³ Oggi si parla di “Agricoltura 4.0”, espressione utilizzata per segnalare l'evoluzione tecnologica e l'innovazione digitale che sta caratterizzando il settore agricolo e alimentare, rendendolo maggiormente competitivo e offrendo soluzioni volte ad implementare la cosiddetta agricoltura di precisione, nonchè lo sviluppo sostenibile. Cfr. ad esempio, l'attività condotta dal CEMA – *European Agriculture Machinery Industry*, <https://www.cema-agri.org/>; il documento elaborato a cura del Gruppo di lavoro nominato con DM n. 8604 dell'1/09/2015, *Linee guida per lo sviluppo dell'agricoltura di precisione in Italia*, 2017, reperibile al <https://www.politicheagricole.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/12069>.

organism, rendering the organism impure and, therefore, no longer consumable. [...] Anti-GMO activists bombard the public with edited images that imply that GM food cannot be trusted, such as tomatoes with syringes or suspiciously blue biotech strawberries amid fresh red ones»⁴.

La propensione verso la “naturalità” delle cose ha radici, in primo luogo, psicologiche e culturali; essa rappresenta una caratteristica che sembra conferire un maggiore livello di “sicurezza” agli alimenti⁵. Tuttavia, la stessa immagine del cibo varia nel tempo e muta da una società ad un’altra: quello che è inteso come “naturale” e “sicuro” per una certa comunità potrebbe non essere considerato tale in un altro luogo o periodo storico. L’uomo, infatti, definisce i valori del proprio sistema alimentare «non in termini di naturalità, bensì come esito e rappresentazione di processi culturali che prevedono l’addomesticamento, la trasformazione, la reinterpretazione della Natura»⁶.

Gli alimenti che vengono consumati oggi, infatti, sono il risultato di continue selezioni operate dalla mano dell’uomo, che ha cercato di “addomesticare” le diverse specie vegetali, adattandole, quanto più possibile, alle proprie esigenze alimentari. Se, per molto tempo, gli incroci selettivi sono stati effettuati per tentativi, le tecniche dell’ingegneria genetica hanno consentito di eliminare il fattore casuale, rendendo possibile intervenire direttamente sulla sequenza genica interessata.

Occorre sottolineare, inoltre, che le mutazioni genetiche rappresentano una variabile importante per il mondo vegetale: in alcune (più rare) circostanze, si sono verificate in modo spontaneo, mentre in altre sono state indotte da parte dell’uomo, con tecniche diverse (ad esempio, il metodo dell’irradiazione o l’utilizzo di coadiuvanti chimici)⁷. Seppure l’esistenza di variazioni genetiche sembri allontanarci da una dimensione di autenticità del prodotto, essa rappresenta un fattore per nulla estraneo all’attività agricola. Ciò che varia è il metodo e il grado di tecnologia utilizzata. Eppure, innovazione tecnologica, mutazioni genetiche e sicurezza alimentare esprimono una particolare conflittualità, laddove si tratti di “organismi geneticamente modificati”. L’applicazione delle tecniche di ingegneria genetica nel settore agroalimentare, infatti, ha dato luogo a numerosi interrogativi sulla “sicurezza” dei nuovi prodotti, sia per la salute dell’uomo, sia per l’ecosistema ambientale, sia per le ricadute socio-economiche complessive, alimentando la tendenza a guardare con sospetto l’introduzione e la commercializzazione di OGM.

⁴ S. BLANCHE, F.U. BREUSEGEM, G. DE JAEGER ET AL., *Fatal attraction: the intuitive appeal of GMO opposition*, in *Trends in Plant Science*, 20, 7, 2015, 416. Si veda anche, G. CORBELLINI, *Nel Paese della pseudoscienza*, Milano, 2019, 102 ss.

⁵ È il mito della “natura benigna”, secondo cui esiste una equazione fra ciò che è naturale e ciò che è sicuro, e l’intervento dell’uomo è percepito come pericoloso e degradante per il mondo naturale. Tale concezione interviene anche orientando le applicazioni del principio di precauzione. Sul punto si veda C. SUNSTEIN, *Il diritto della paura*, Bologna, 2010, 64 ss.

⁶ M. MONTANARI, *Il cibo come cultura*, Roma-Bari, 2008, XI. Sul legame fra alimentazione e aspetti culturali, si veda anche M. FIORILLO, S. SILVERIO, *Cibo, cultura, diritto*, Modena, 2017, 9, dove, in particolare all’inizio, gli autori sottolineano come l’etimologia della parola ‘cultura’ riveli una stretta connessione con la produzione agricola: «la semantica del termine “cultura” non affonda le sue radici in un’etimologia che rappresenti, come nel linguaggio odierno, il progresso intellettuale dell’individuo; essa alle origini sta ad indicare la trasformazione della natura attraverso un processo di manipolazione della terra», 9.

⁷ Come descrivono D. BRESSANINI, *OGM tra leggende e realtà*, Bologna, 2018, 20 ss.; R. DEFEZ, *Il caso OGM*, Roma, 2014, 13 ss.

La nozione di sicurezza (agro)alimentare presenta una duplice proiezione di significati: essa può essere intesa, da una parte, come “*food security*”, cioè l’approvvigionamento e l’accesso al cibo in quantità adeguate; dall’altra, come “*food safety*”, ossia la salubrità e la non dannosità degli alimenti⁸. Queste due componenti trovano, nell’ambito delle biotecnologie alimentari, un confronto ancora irrisolto: se, infatti, da un lato, diversi sono i dubbi sollevati in termini di “*safety*”, dall’altro, gli organismi geneticamente modificati rappresentano un’occasione di sviluppo sostenibile, una possibilità di rimedio per i casi di malnutrizione (es. il progetto del cosiddetto *Golden rice*⁹), un contributo per rafforzare anche la tipicità alimentare locale (si pensi al caso della Papaya delle Hawaii¹⁰ o alle tecniche di editing genetico che consentono di intervenire mantenendo integra la identità genetica di quel prodotto).

Tuttavia, l’attività degli organi di comunicazione non è stata in grado di trasmettere la complessità degli elementi che ruotano attorno alle recenti biotecnologie alimentari, riportando informazioni basate più sulle opinioni che sui fatti¹¹, senza delineare un quadro (il più possibile) oggettivo del fenomeno. In questo modo, l’eterogeneità delle opinioni e il dibattito mediatico, sviluppatosi tramite polemiche talvolta anche poco costruttive, non hanno reso facile l’elaborazione di una riflessione lucida sul tema (si pensi agli episodi relativi alla fragola-pesce, mera creazione fantascientifica e mai esistita realmente, o anche alla credenza secondo cui i semi OGM sarebbero sterili...), legittimando un generale scetticismo da parte del pubblico dei consumatori, che rimane ancorato ai propri valori alimentari, senza riuscire a comprendere come “collocare” i prodotti geneticamente modificati (GM).

I prodotti GM, infatti, aprono a importanti potenzialità in termini di sviluppo e di sostenibilità (ad es., agricoltura modificata per resistere a determinate condizioni e cambiamenti climatici; disponibilità ulteriore di riserve alimentari) e, tuttavia, comportano la necessità di operare valutazioni in ordine al

⁸ Più approfonditamente, sul concetto di sicurezza alimentare, inteso nel suo complesso, si veda, *ex multis* e senza alcuna pretesa di completezza, M. RAMAJOLI, *Dalla “food safety” alla “food security” e ritorno*, in *Amministrare*, 2-3, 2015, 271 ss.; F. AIMERITO, *Riflessioni sulla sicurezza alimentare in prospettiva storico-giuridica*, in *Il diritto all’economia*, 1, 2018, 129 ss.; S. BOLOGNINI, *Food security, Food, safety e agroenergie*, in *Rivista di diritto agrario*, 2, 2010, 308 ss.; L. PAOLONI, *I nuovi percorsi della food security: dal “diritto al cibo adeguato” alla “sovranità alimentare”*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell’ambiente*, 3, 2011, 159 ss.; G.C. FERONI; T.E. FROSINI, L. MEZZETTI, P.L. PETRILLO (a cura di), *Ambiente, Energia, Alimentazione*, Firenze, 2016.

⁹ A causa della scarsità di cibo disponibile, il riso rappresenta uno degli alimenti più diffusi nelle regioni asiatiche; la poca varietà alimentare determina malnutrizione. Il *Golden Rice* è un prodotto geneticamente modificato, non ancora in commercio e progettato per porre rimedio alla carenza di beta-carotene, una delle cause di cecità infantile, e anche di mortalità per carenza di vitamina A, in quelle aree. Le ricerche sono svolte dall’*International Rice Research Institute*, che ha sede nelle Filippine; il “nuovo” riso sarebbe donato agli agricoltori delle zone povere da parte dei suoi inventori (Peter Potrykus, Peter Beyer). In particolare, si veda, <https://www.irri.org>.

¹⁰ In questo caso, le colture di Papaya erano state attaccate dal virus PRSV, il quale rendeva pressoché impossibile curare la pianta a causa della rapidità con cui agiva su di essa. Le ricerche, finalizzate a tentare la creazione e la produzione di una papaya geneticamente modificata, volta a resistere a tale virus, furono finanziate dall’ente pubblico USDA (*U.S. Department of Agriculture*). L’attività di ricerca andò a buon fine, salvando la coltivazione di questo frutto che rappresentava (e rappresenta tutt’ora) una delle tipicità alimentari di quel luogo, Cfr. D. BRESANINI, *OGM tra leggende e realtà*, Bologna, 2018, 89 ss.

¹¹ In particolare, si veda il dettagliato studio sul ruolo degli organi di informazione nella discussione legata all’uso di OGM, Osservatorio di Pavia (a cura di), *Le agrobiotecnologie nei media italiani*, Report, 2001, reperibile al https://www.osservatorio.it/download/Report_OGM.pdf. Si veda anche l’espressione OGM come «organismi giornalmisticamente modificati», creata da R. DEFEZ, *op. cit.*, 91, la quale rende in modo molto efficace l’immagine di una informazione distorta in relazione alle biotecnologie alimentari.

rispetto degli standard di sicurezza necessari, al mantenimento di determinati livelli qualitativi del prodotto, nonché alla tutela del consumatore.

La tematica in esame si rivela di particolare complessità, sia per la molteplicità dei valori giuridici coinvolti, sia per “l’estensione” della materia, che si sviluppa fra piani disciplinari differenti (scientifico, etico, sociale, economico...) ¹² e la cui regolamentazione si colloca su più livelli territoriali di *governance*. Il settore della sicurezza alimentare si caratterizza per una complessa stratificazione normativa, dovuta al tentativo di introdurre, da una parte, criteri omogenei di regolamentazione e, dall’altra, meccanismi “flessibili” per consentire differenziazioni in base alle esigenze specifiche dei Paesi coinvolti.

Tensioni di varia natura si riversano inevitabilmente sul diritto, il quale si mostra come necessario tentativo di sintesi fra le risultanze scientifiche e le diverse istanze di tutela. L’elaborazione delle nuove conoscenze da un punto di vista normativo, dunque, risulta centrale nella prospettiva di definire modelli di produzione efficienti, contemperando la tutela della sicurezza (*safety*) e l’obiettivo della sostenibilità nella filiera agricola e alimentare.

Nel prosieguo della trattazione non sarà possibile esaminare in modo esaustivo i molteplici profili controversi che attengono alla dimensione delle biotecnologie alimentari; l’analisi cercherà di svolgere uno studio ricostruttivo della regolamentazione intervenuta in materia, a livello interno ed europeo, provando ad inquadrare il fenomeno, a fare chiarezza e a comprenderne, anche alla luce delle più recenti tecniche di *editing* genetico ¹³, le attuali opportunità e le eventuali problematiche oggi effettivamente esistenti per quanto riguarda la categoria degli organismi geneticamente modificati.

2. La “scena” internazionale: a partire dalla Convenzione sulla diversità biologica

La Convenzione sulla diversità biologica, già sopra menzionata, oltre a fornire una prima definizione del concetto di biotecnologia, ha rappresentato il primo tassello normativo in materia di organismi geneticamente modificati. Essa pone come obiettivo generale la conservazione e l’utilizzo “durevole” delle componenti biologiche, unitamente ad un’equa ripartizione dei vantaggi da esse derivanti. Per preservare la diversità biologica, la Convenzione riconosce la necessità di fare ricorso ad essa in modo “sostenibile”, ossia secondo pratiche che «does not lead to the long term decline of biological diversity, thereby maintaining its potential to meant the needs and aspirations of future generations» ¹⁴.

¹² Gli OGM presentano un carattere “*multidimensionale*”; essi, infatti, comportano problematiche, prima ancora che normative, di definizione scientifica, di impatto sociale ed economico, cfr. D. BEVILACQUA, *La regolazione degli OGM: la multidimensionalità dei problemi e le soluzioni della democrazia amministrativa*, in *I frutti di Demetra*, 2007, 15. In questo senso, richiamato anche da M. TIMO, *OGM, tecnoscienza e pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell’economia*, 2, 2018, 289-290.

¹³ Anche i prodotti trattati con le tecniche di *editing* genetico (in particolare, con riferimento alla tecnica CRISPR) sono stati considerati OGM, si veda Sentenza 25 luglio 2018, *Confederation Paysanne e A.*, Causa C-528/16.

¹⁴ Così, l’Art. 2, Convenzione sulla biodiversità biologica. In generale, sul concetto di sostenibilità e di responsabilità intergenerazionale, si veda World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, 1987; E. BROWN WEISS, *In fairness to future generations: International Law, Common Patrimony, and intergenerational Law*, Tokyo, 2006; A. D’ALLOIA, *Sostenibilità: un nuovo concetto tra etica, diritto e politica*, in *giustamm.it*, 2011; R. BIFULCO, A. D’ALLOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro - teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008; A. D’ALLOIA, *Generazioni future*, in *Enciclopedia del diritto, Annali IX*, 2016, 332-333, in particolare «il cambio di paradigma è stato nella scoperta della potenzialità modificativa (in senso anche negativo) dell’agire umano, della capacità di alterare profondamente il rapporto di trasmissione

La Convenzione ha obbligato gli Stati firmatari all'adozione di un Protocollo specifico, volto a regolamentare il trasferimento, la manipolazione e l'utilizzo sicuro degli OGM. Tale documento, noto come Protocollo di Cartagena sulla Biosicurezza, è stato adottato a Montréal nel 2000, ma è entrato in vigore solo l'11 settembre 2003. Esso detta una prima regolamentazione intorno alla "gestione" interstatale delle nuove biotecnologie alimentari, definendo iter procedurali cui devono uniformarsi gli Stati nei loro rapporti, qualora essi abbiano ad oggetto organismi geneticamente modificati.

In particolare, il Protocollo riguarda specificamente i *Living Modified Organisms*, ossia quelle entità biologiche modificate geneticamente secondo le moderne biotecnologie, che potrebbero disperdersi nell'ambiente e creare «adverse effects on the conservation and sustainable use of biological diversity, taking also into account risks to human health» (art. 4, Protocollo di Cartagena). Con LMO si vuole indicare la "materia prima", ossia sementi e piante che hanno la capacità di riprodursi e non il "prodotto finito"; si tratta di una categoria più circoscritta rispetto ai *Genetically Modified Organisms*, i quali, nel linguaggio corrente, identificano anche quei prodotti che «pur essendo stati geneticamente modificati o essendo derivati da organismi geneticamente modificati, sono ormai ritenuti inerti, cioè incapaci di riprodursi, di svilupparsi o di trasferire materiale genetico»¹⁵.

Il Protocollo sulla Biosicurezza prova a contemperare la tutela dell'ambiente con il commercio internazionale; sebbene lo scopo essenziale dello stesso sia "ambientale" (appunto, la protezione della biodiversità, esposta ai rischi causati dalle moderne biotecnologie), esso possiede una propria "natura" commerciale, volta a disciplinare le attività di esportazione e di importazione dei LMO. Si tratta, infatti, di uno strumento complesso, frutto di difficili negoziazioni, volte a trovare un bilanciamento tra le varie "fazioni" in gioco, (in particolare, fra i gruppi "maggiori", le *European Countries – EC*; il *Miami Group*, comprensivo degli Stati Uniti e altri Paesi esportatori come il Canada, l'Argentina, l'Australia; il *Link-Minded Group*, formato dalla maggior parte dei Paesi in via di sviluppo). In questo senso, pur cercando di mediare fra scopi ambientali e interessi commerciali, fra Paesi importatori ed esportatori, il documento adotta un approccio precauzionale "stretto", ponendo il principio di precauzione come base per la valutazione e gestione del rischio in merito alla commerciabilità dei LMO, e detta regole di trasparenza e obblighi informativi cui gli Stati sono tenuti ad uniformarsi.

L'elemento chiave del Protocollo risiede in una particolare procedura di notifica e di consenso informato fra Paese importatore ed esportatore, in ordine all'emissione deliberata nell'ambiente di LMO, appunto l'*Advance Informed Agreement Procedure* (AIA), disciplinato agli artt. 7 e ss. Tale procedimento prevede l'obbligo di notifica da parte del Paese esportatore alle autorità competenti dello Stato

ereditaria tra le attuali e future generazioni [...]. Il diritto è messo di fronte al dovere di pensare al futuro, di renderlo possibile, o almeno di non scaricare su di esso o su chi sarà chiamato a viverlo gli effetti irreversibilmente negativi delle scelte attuali». Si veda anche, L. BUFFONI, *La "dottrina" dello sviluppo sostenibile e della solidarietà generazionale. Il giusto procedimento di normazione ambientale*, in *federalismi.it*, 8, 2007; P. MADDALENA, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, in *federalismi.it*, 25, 2011; T. GROPPi, *Sostenibilità e Costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2016.

¹⁵ E. RIGHINI, *Il Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza e gli accordi sul commercio internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 3, 2001, 656. In particolare, per descrivere la differenza fra LMO e GMO, l'Autrice fornisce un esempio piuttosto efficace, evidenziando che se il grano rappresenta un LMO, in quanto può riprodursi e spargersi nell'ambiente, la farina (prodotto finito) proveniente dal grano geneticamente modificato non possiede tale potenzialità (e pertanto non fa parte dei LMO), pur rientrando nel più esteso ambito dei GMO.

di importazione, unitamente ad ulteriori dati scientifici sul prodotto. In questo caso, non può operare la regola di un silenzio-assenso, ma deve intervenire necessariamente il consenso dello Stato di importazione¹⁶, il quale potrebbe proibire l'importazione anche soltanto alla luce di una potenziale dannosità del prodotto.

Altro procedimento è previsto quando una delle Parti contraenti deliberi "l'uso interno"¹⁷, ad esempio l'immissione sul mercato, di LMO destinati all'uso alimentare o animale, e solo potenzialmente oggetto di movimenti transfrontalieri. In questo caso, il Protocollo prevede a carico dello Stato interessato un obbligo di comunicazione alla *Biosafety Clearing-house*, organo istituito dal Protocollo medesimo e volto a facilitare gli scambi di informazione fra le Parti contraenti e ad assisterle nella corretta attuazione dell'Accordo.

Il Protocollo stabilisce alcune regole minime, concentrandosi per lo più sull'immissione nell'ambiente di varietà GM per lo svolgimento di sperimentazioni o per coltivazioni commerciali. Mentre, la disciplina relativa alla "gestione" di OGM destinati direttamente all'uso alimentare o animale viene lasciata nel dettaglio alle Parti, fatta eccezione per alcuni obblighi informativi e di documentazione.

La Biosicurezza e l'obiettivo di uno sviluppo sostenibile portano il livello internazionale ad essere una sorta di "condizione preliminare" necessaria¹⁸, per una regolamentazione di insieme efficace; si tratta di obiettivi "globali" che esigono un coordinamento fra quadri normativi.

Tuttavia, si tratta di piani molto delicati, dove trovare un punto mediale è effettivamente complicato, in quanto ogni Paese presenta approcci diversi alla gestione del rischio. Occorre notare, ad esempio, che il Protocollo non è stato mai ratificato dai Paesi componenti del cosiddetto *Miami Group*¹⁹, che, pur partecipando alle fasi di negoziazione, non hanno condiviso l'impostazione precauzionale alla base del documento e, ad oggi, non possono essere considerati "Parti". Con riguardo a questi ultimi, bisogna fare riferimento agli accordi stipulati nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO), presso la quale le diverse concezioni del rischio e i differenti approcci alle biotecnologie alimentari hanno già avuto modo di confrontarsi. Infatti, nell'agosto del 2003, alcuni Paesi (fra cui, gli Stati Uniti in prima linea) hanno invocato la violazione di alcuni accordi stipulati nell'ambito della WTO²⁰, da parte

¹⁶ Cfr., in particolare, Art. 10 Processo decisionale – Protocollo di Cartagena sulla Biosicurezza.

¹⁷ Si riporta solo una parte della norma richiamata: «quando una parte contraente adotta una decisione definitiva circa l'uso interno, compresa l'immissione nel mercato, di un organismo vivente modificato che può essere oggetto di un movimento transfrontaliero finalizzato all'uso diretto nell'alimentazione umana o animale o alla lavorazione, ne informa le parti attraverso il centro di scambio di informazioni sulla biosicurezza entro 15 giorni dalla data di assunzione della suddetta decisione [...]», Art. 11 – Procedura relativa agli organismi viventi modificati destinati all'uso diretto nell'alimentazione umana o animale o alla lavorazione, Protocollo di Cartagena sulla Biosicurezza.

¹⁸ R. MACKENZIE, F. BURHENNE-GUILIMIN, A.G.M. LA VINA ET AL., *An explanatory Guide to the Cartagena Protocol on Biosafety*, IUCN Environmental Law Centre, Cambridge, 2003, 11.

¹⁹ Il *Miami Group* rappresentava il gruppo dei Paesi potenzialmente esportatori, composto, in particolare, da: Stati Uniti, Argentina, Australia, Canada, Uruguay e Cile. Ad oggi soltanto l'Uruguay ha proceduto alla ratifica del Protocollo di Cartagena; gli Stati Uniti non sono nemmeno parte della Convenzione sulla diversità biologica, condizione necessaria per ratificare il documento sulla Biosicurezza. Si veda la lista degli Stati contraenti al seguente link <https://bch.cbd.int/protocol/parties/>.

²⁰ In particolare, nel corso della controversia sono stati richiamati in larga parte l'Accordo SPS, relativo all'adozione di misure sanitarie e fitosanitarie che i vari Paesi possono adottare in materia di sicurezza alimentare e di

dell'Unione Europea, in forza della "moratoria di fatto", applicata da quest'ultima, a partire dal 1998, in ordine all'importazione di prodotti biotecnologici. La difesa dell'UE, pur richiamando anche il dettato del Protocollo di Cartagena, non è risultata vittoriosa; nel 2006, infatti, il *Panel WTO* si è espresso dando ragione al gruppo degli Stati ricorrenti²¹. L'atteggiamento "ostruzionistico" dell'Unione Europea e dei vari Stati membri è stato ritenuto espressione di una mera logica precauzionale, e non fondato su basi scientifiche che evidenziassero rischi concreti per la salute umana.

La mancata ratifica del Protocollo di Cartagena sulla Biosicurezza da parte di alcuni importanti Stati, caratterizzati da una produzione dinamica nel settore delle biotecnologie alimentari, nonché la controversia davanti all'Organizzazione Mondiale del Commercio costituiscono due circostanze emblematiche che evidenziano le diverse concezioni sottese alle politiche statali di fronte alle biotecnologie alimentari e la conseguente frammentarietà normativa del contesto internazionale.

3. Prospettive diverse di regolazione: la sostanziale equivalenza e il principio di precauzione

Approcci differenti determinano incertezze profonde nella definizione di standard di sicurezza comuni; in particolare, su questo profilo, nota è la contrapposizione fra Stati Uniti ed Unione Europea²², che hanno fondato le proprie valutazioni di rischio su criteri diversi: rispettivamente, il principio di sostanziale equivalenza e quello di precauzione.

In particolare, il criterio di sostanziale equivalenza individua un metodo, che, basandosi sull'assunto secondo cui le varietà geneticamente modificate presentino lo stesso fattore di rischio di quelle tradizionali, sottopone le prime agli stessi controlli delle seconde. Esso ha trovato riconoscimento anche in ambito internazionale, all'interno di un studio dell'OCSE, in cui si afferma che «for foods and food components from organisms developed by the application of modern biotechnology, the most practical approach to the determination is to consider whether they are substantially equivalent to analogous food product(s) if such exist. [...] The concept of substantial equivalence embodies the idea that

tutela della salute animale e vegetale; l'Accordo TBT, il quale si occupa di garantire che le regolamentazioni tecniche, le norme e le procedure di valutazione della conformità non siano discriminatorie e non creino ostacoli agli scambi. Ulteriori Accordi richiamati sono stati quello sull'Agricoltura e GATT del 1994.

²¹ Oltre alla moratoria generale dell'UE, il caso ha riguardato anche alcune clausole di salvaguardia dei singoli Stati membri, non ritenute giustificate. In particolare, per una descrizione più dettagliata delle fasi della controversia, si veda il sito dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, al link https://www.wto.org/english/tra-top_e/dispu_e/cases_e/ds291_e.htm, in cui è possibile accedere alla relativa documentazione. Si veda anche D. BEVILACQUA, *La sicurezza alimentare negli ordinamenti giuridici ultrastatali*, Milano, 2012, 201 ss.

²² I diversi approcci nella valutazione e gestione del rischio si riflettono in modo evidente anche sul piano pratico: gli USA sono i maggiori produttori al mondo di varietà geneticamente modificate; secondo alcuni dati dell'ISAAA la superficie GM coltivata sarebbe di 75 milioni di ettari. In Europa, invece, le produzioni di OGM risiedono solo in Spagna (soprattutto mais) e in Portogallo, mentre sono assenti sul resto del territorio comunitario. L'UE non vieta di per sé la coltivazione né la commercializzazione di OGM; tuttavia, a partire dal 2015, con la Direttiva n. 412 (di cui si dirà *Infra*) il legislatore comunitario ha dato la possibilità agli Stati membri di escludere, in tutto o in parte, dal proprio territorio la coltivazione di OGM non solo per motivi di incertezza scientifica, ma anche per ragioni di politica generale (cfr. art. 26 ter Direttiva 2001/18, così come introdotto dalla novella del 2015). Oltre a ciò, le procedure si presentano estremamente complesse e, in ogni caso, permane uno scetticismo culturale diffuso che ne impedisce di fatto la produzione. Cfr. ISAAA <http://www.isaaa.org/resources/infographics/default.asp>.

existing organisms used as foods, or as a source of food, can be used as the basis for comparison when assessing the safety of human consumption of a food or food component that has been modified or is new [...]»²³. Si tratta, dunque, di un'analisi comparativa fra varietà GM e non, sulla base dei dati scientifici raccolti; esso opera come una sorta di "presunzione" di salubrità del prodotto²⁴. Tuttavia, tale principio non è andato esente da critiche, ritenendolo approssimativo e incapace di valutare le potenziali mutazioni spontanee che potrebbero verificarsi, a seguito della immissione sul mercato del prodotto GM. Operare valutazioni circa la sicurezza degli alimenti GM attraverso tale approccio metodologico consente di mantenere un atteggiamento meno rigido verso l'immissione in commercio di colture GM, semplificando procedure autorizzatorie e di controllo.

Dall'altra parte, l'Unione Europea ha fondato le proprie politiche normative sul principio di precauzione, il quale opera quando «[...] le prove scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte e vi sono indicazioni, ricavate da una preliminare valutazione scientifica obiettiva, che esistono ragionevoli motivi di temere che gli effetti potenzialmente pericolosi sull'ambiente e sulla salute umana, animale o vegetale possono essere incompatibili con il livello di protezione prescelto»²⁵.

La prima formalizzazione del principio si trova all'interno della *World Charter for Nature* delle Nazioni Unite del 1992 e nella Dichiarazione della Conferenza di Rio de Janeiro dello stesso anno²⁶ (espressa-

²³ OECD, *Safety evaluation of foods derived by modern biotechnology*, Parigi, 1993, 13 ss. In relazione al principio di sostanziale equivalenza, si veda G. CELLI, N. MARMIROLI, I. VERGA, *I semi della discordia*, Milano, 2000, 46 e ss.; A. LUPO, *Sostenibilità del settore agro-alimentare, biotecnologie e food safety nell'Unione Europea: il paradigma degli organismi geneticamente modificati*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 1, 2015, 73 ss.; in generale, L. LEVIDOW, J. MURPHY, S. CARR, *Recasting "Substantial Equivalence": Transatlantic Governance of GM Food*, in *Science, Technology, & Human Values*, 32, 1, 26 ss.

²⁴ Sul punto si veda, M. PORPORA, *Gli OGM e la frammentazione della Governance nel settore alimentare*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 6, 2015, 1661 ss. L'Unione Europea non rifiuta del tutto questo criterio valutativo, il quale trova applicazione in relazione all'autorizzazione in commercio semplificata dei cosiddetti *Novel foods*, cfr. Regolamento (CE) 258/97.

²⁵ COM (2000) 1 final, 10. Lo stato della sua applicazione viene disciplinato, in particolare, dalla Risoluzione del Consiglio del 13 aprile 1999 e dalla già richiamata Comunicazione della Commissione del 2 febbraio 2000. Sul principio di precauzione, ex multis, G. FERRARI, *Biotecnologie e diritto costituzionale*, in R. FERRARA, I. M. MARINO (a cura di), *Gli organismi geneticamente modificati*, Padova, 2003, 11 ss; COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Il principio di precauzione*, 2004; C. SUNSTEIN, *op. cit.*; G. CALASSO, *Il principio di precauzione nella disciplina degli OGM*, Torino 2006; L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario: disciplina degli organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Padova, 2012; D. BEVILACQUA, *La sicurezza alimentare negli ordinamenti giuridici ultrastatali*, Milano, 2012, 259 ss; G. GORGONI, *Il principio di precauzione e la governance dell'incertezza*, in *Governare la paura*, special issue, 2013, 176 ss.; in prospettiva di tutela anche delle generazioni future, J. CAMERON, W. WADE-GERY, J. ABOUCHAR, *Precautionary principle and future generations*, in E. AGIUS, S. BUSUTTI, *Future generations and international law*, Londra, 2009.

²⁶ «Al fine di proteggere l'ambiente, il principio di precauzione sarà ampiamente applicato dagli Stati secondo le rispettive capacità. Laddove vi siano minacce di danni seri o irreversibili, la mancanza di piene certezze scientifiche non potrà costituire un motivo per ritardare l'adozione di misure efficaci in termini di costi volte a prevenire il degrado ambientale», Art. 15, Dichiarazione Rio de Janeiro. Tuttavia, la prima formulazione del principio di precauzione appare all'interno della dottrina americana, da parte di T. PAGE, *A generic view of toxic Chemicals and Similar Risks*, in *Ecology Law Quarterly*, 7, 2, 1978, 207 ss., riferendosi in relazione alla tutela ambientale, «this asymmetry in the orders of magnitude of potential costs and benefits has important implications for environmental decision making in terms of the degree of proof necessary to warrant precautionary action», 210.

mente richiamata anche nel Preambolo del Protocollo di Cartagena), elaborata a proposito della questione ambientale, allo scopo di garantire standard elevati di tutela. Ad oggi, esso costituisce uno dei principi generali del diritto dell'Unione Europea, trovando espresso riconoscimento all'art. 191 TFUE, in relazione alle politiche europee in materia di tutela dell'ambiente. In realtà, il principio di precauzione ha manifestato una portata applicativa ben più ampia, andando oltre la protezione dell'ambiente e ricomprendendo tutte quelle situazioni di forte incertezza scientifica, in relazione alle quali non sia possibile compiere una chiara valutazione del rapporto benefici/rischi. In questo modo, con la sentenza *Greenpeace Francia et al. c. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche e al.*, del 2000, la Corte di Giustizia ha espressamente riconosciuto la concreta applicazione del principio di precauzione in materia di sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati²⁷.

Il principio di precauzione, pur caratterizzando l'intera analisi del rischio, si iscrive nella fase di gestione dello stesso, e determina l'adozione di misure precauzionali specifiche, in attesa di ulteriori dati scientifici, tali da diminuire o escludere il livello di incertezza precedentemente constatato. La scelta delle misure rappresenta una decisione di carattere politico, a seconda del livello del rischio che la società di riferimento considera "accettabile". Tuttavia, tali scelte devono essere applicate comunque nel rispetto di ulteriori principi, indicati espressamente, dagli organi europei: proporzionalità, non discriminazione, coerenza, analisi fra vantaggi ed oneri, raffronto con il dato scientifico disponibile. Più specificamente, con riguardo a quest'ultimo aspetto, si evidenzia il fatto che le misure precauzionali devono necessariamente coordinarsi con l'evoluzione scientifica, devono essere sottoposte ad un controllo regolare e periodicamente aggiornate, alla luce delle nuove conoscenze acquisite e delle nuove valutazioni formulate²⁸. Si tratta di un aspetto di particolare importanza, che impone un "riesame" dell'attualità di quei rischi (seppure potenziali) e della necessità di mantenimento di quei determinati parametri. Le misure adottate in attuazione del principio di precauzione, infatti, risultano, in un certo senso, scelte "provvisorie", suscettibili di modificazioni in relazione alle novità scientifiche e al modo in cui queste innovazioni impattano sulla società.

Sebbene, dunque, il principio di precauzione consenta di adottare elevati standard di tutela, esso non è privo di pericoli pratico-applicativi; forti critiche da più parti hanno sottolineato che un'applicazione "rigida" di questo strumento finisce per determinare in realtà effetti "paralizzanti"²⁹, rallentando anche una crescita in termini di ricerca e di sviluppo.

²⁷ Con la sentenza 21 marzo 2000, causa C-6/99, *Greenpeace Francia et al. c. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche e al.* Il caso ha riguardato un decreto del Ministero dell'Agricoltura francese che autorizzava l'immissione in commercio di sementi GM di granoturco, ad opera della società Novartis SpA. In particolare, si veda il passo della sentenza laddove stabilisce che «il rispetto del principio di precauzione si traduce, da una parte, nell'obbligo, imposto al notificante dall'art. 11, n. 6, della direttiva 90/220, di comunicare immediatamente all'autorità competente ogni nuova informazione in merito ai rischi che il prodotto comporta per la salute o l'ambiente, nonché nell'obbligo, imposto all'autorità competente dall'art. 12, n. 4, d'informarne immediatamente la Commissione e gli altri Stati membri e, d'altra parte, nella facoltà, attribuita ad ogni Stato membro dall'art. 16 della direttiva, di limitare o vietare provvisoriamente l'uso e/o la vendita sul proprio territorio del prodotto», punto 44.

²⁸ COM (2000) 1 final, Bruxelles, 2 febbraio 2000, 20.

²⁹ C. SUNSTEIN, *op. cit.*, 25 ss. In particolare, l'Autore sottolinea l'aspetto per cui la rigidità del principio di precauzione può eliminare alcuni rischi, ma portarne ad altri, non necessariamente di minore gravità, ad esempio: «le misure regolative che il principio induce ad adottare generano nuovi rischi [...] quale che siano davvero i benefici

Il principio di precauzione rappresenta fundamentalmente un criterio metodologico di cui il diritto si serve per svolgere operazioni di bilanciamento fra i beni in gioco e fare fronte ai rischi che sembrano delinearsi nei confronti della società. Come nota Carl Sunstein, il diritto, in generale, tende a voler rispondere alle paure delle persone e, tuttavia, «ciò fa sì che il diritto possa essere sospinto in direzioni sbagliate o addirittura pericolose. [...] Se la gente ha paura di un rischio trascurabile, una democrazia deliberativa non può semplicisticamente rispondere precipitandosi a contrastare quel rischio. Essa invece impiega le proprie istituzioni per dissipare la paura della collettività [...]. In questa prospettiva, un sistema democratico ben funzionante fa affidamento sulla scienza e sulla parola degli esperti [...]. Naturalmente la scienza può essere incapace di fornire risposte e gli esperti possono sbagliare. Naturalmente, i valori della collettività devono alla fine essere in grado di giocare un ruolo rilevante»³⁰.

Il fenomeno degli OGM rappresenta uno dei casi più emblematici di operatività del principio di precauzione; su questo tema, infatti, sussiste una variabile emotiva molto forte, dovuta ai meccanismi che si innescano davanti all'immagine di alimenti geneticamente "alterati" e alle consequenziali paure che emergono rispetto ai possibili danni prospettati in relazione alle nuove biotecnologie impiegate.

Tuttavia, in una società sempre più "complessa" e caratterizzata da una certa "asimmetria informativa", il diritto non può semplicisticamente intervenire rispondendo alle "paure", ma deve mediare e svolgere bilanciamenti fra le varie prospettive in gioco. Ciò non vuol dire che le biotecnologie non presentino rischi o questi risultino del tutto trascurabili; occorre ridurre la distanza fra scienza e società, in quanto, come sottolineato da Ulrich Beck, «la razionalità scientifica senza quella sociale rimane vuota, ma [...] la razionalità sociale senza quella scientifica rimane cieca»³¹. Il diritto deve porsi come «una mediazione fra saperi distinti»³², deve essere in grado di assorbire le spinte emotive e recepire in modo "critico" il dato scientifico disponibile, nell'intento di adottare politiche equilibrate, che possano fornire una risposta ragionata alle esigenze sociali e risultino in linea con lo stato dell'arte in campo scientifico.

4. OGM e sicurezza alimentare: il quadro normativo europeo

La *governance* della sicurezza alimentare e degli organismi geneticamente modificati si sviluppa attraverso un "sistema multilivello", in cui quello europeo si interseca con quello statale e anche sub-statale. Ciò accade in quanto il settore alimentare presenta un carattere sovranazionale e, al contempo,

del cibo geneticamente modificato, il ricorso al principio di precauzione può determinare risultati assurdi in termini di regolamentazione. Nel 2002 il governo statunitense donò migliaia di tonnellate di grano al governo dello Zambia, che però rifiutò il dono, ritenendo che il grano potesse contenere sementi geneticamente modificate. Alla base del rifiuto vi era il principio di precauzione. [...] Uno scenario prudente dell'OMS calcolava che almeno 35.000 abitanti dello Zambia sarebbero morti di fame se non fosse stato reperito più grano. Rifiutare di accettare il grano si è rivelata davvero una mossa precauzionale?», 27 e 48.

³⁰ C. SUNSTEIN, *op. cit.*, 11-12.

³¹ U. BECK, *La società del rischio*, Roma, 2013, 40.

³² L. CORSO, *Il diritto come mediazione fra saperi distinti. Perché il diritto non ha fatto un passo indietro di fronte alla scienza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 36, 2018, secondo l'Autrice «[...] la gestione dell'incertezza non è altro che la gestione della scelta fra corsi d'azione alternativi ma anche il riflesso di un fenomeno che attinge a forme di conoscenza spesso in concorrenza fra loro: caratteristiche a cui non si può sfuggire perché costituiscono l'essenza più profonda del diritto».

locale, che in entrambi i casi risulta fortemente connesso con ambiti tematici ulteriori (come la salute, la libertà di iniziativa economica, l'ambiente)³³. Tracciare in modo netto una linea divisoria fra le competenze UE e quelle nazionali si rivela impresa piuttosto ardua, mettendo a dura prova anche il sistema di gerarchia delle fonti³⁴.

Ciò nonostante occorre sottolineare che l'Unione Europea ha costituito (almeno in linea teorica) la cornice normativa fondamentale per la regolamentazione degli organismi geneticamente modificati. Essa è, infatti, intervenuta prima ancora che i singoli Stati membri adottassero discipline *ad hoc* in materia (si veda la Direttiva n. 90/220/CE³⁵) e ha conseguentemente condizionato l'impostazione delle politiche nazionali.

In particolare, è necessario fin da subito evidenziare che, al fine di tutelare la salubrità della produzione agroalimentare e assicurare un buon funzionamento del mercato interno³⁶, l'Unione Europea ha ritenuto opportuno istituire un organo tecnico, appunto l'Autorità Europea per la Sicurezza Alimentare (EFSA, *European Food Safety Authority*)³⁷. La creazione di EFSA, infatti, si deve alla volontà di ricostituire un rapporto di fiducia fra i consumatori e le Istituzioni europee, a seguito di alcune crisi alimentari (in particolare, quella relativa alla c.d. sindrome "mucca pazza")³⁸. Essa prende vita con il Regolamento n. 178/2002, quale ente "*super partes*", volto a fornire attività di consulenza scientifica in ordine alla sicurezza (*safety*) dei prodotti alimentari che "circolano" nel territorio UE. Il suo operato si inserisce nell'ambito della fase di analisi del rischio, rimandando ogni misura di "*risk management*" agli organi europei e agli Stati membri. Tuttavia, se da una parte, EFSA svolge un ruolo imprescindibile nell'ambito della procedura di autorizzazione di OGM (trattandosi di uno *step* obbligatorio per l'immissione in commercio), emerge facilmente una forte resistenza da parte degli Stati membri verso una tale «tendenza accentratrice» a livello europeo (si pensi ai casi del mais geneticamente modificato o a quello più recente relativo alla patata amflora)³⁹, verificandosi di fatto una significativa frammentarietà della *governance* delle biotecnologie alimentari.

³³ Si veda, M. PORPORA, *op. cit.*, 1665. Così anche D. BEVILACQUA, *op. cit.*, 15.

³⁴ A. RINELLA, C. PUNGITORE, *Organismi geneticamente modificati. Profili di diritto comparato ed europeo*, Bologna, 2015, 67.

³⁵ La Direttiva ha dettato una prima disciplina in relazione all'emissione deliberata nell'ambiente di OGM; è stata poi sostituita dalla Direttiva 2001/18. Occorre ricordare anche la Direttiva n. 90/219, la quale si è occupata di regolamentare l'utilizzo confinato di microrganismi geneticamente modificati in relazione alle attività di ricerca e industriali; anche tale disciplina è sostituita da una normativa più recente, Direttiva n. 2009/41.

³⁶ «Il presente Regolamento costituisce la base per garantire un livello elevato di tutela della salute umana e degli interessi dei consumatori in relazione agli alimenti, tenendo conto in particolare della diversità dell'offerta di alimenti compresi i prodotti tradizionali, garantendo al contempo l'efficace funzionamento del mercato interno», Art. 1, Reg. n. 178/2002.

³⁷ Per una più ampia trattazione sui meccanismi di funzionamento di EFSA, si veda S. GABBI, *L'Autorità Europea per la sicurezza alimentare*, Milano, 2009; A. ALEMANNI, S. GABBI (a cura di), *Foundations of EU Food Law and Policy*, Farnham, 2014.

³⁸ S. GABBI, *op. cit.*, 7-9. Si veda, ad esempio, anche i considerando n. 23 e n. 40, in cui si sottolinea la volontà di ricreare un rapporto di fiducia fra le istituzioni e i cittadini dell'Unione Europea, cercando di "armonizzare" le procedure di controllo degli alimenti sul territorio europeo, così da garantire la circolazione "sicura" dei medesimi, rispettosa della salute e dell'ambiente, e senza pregiudizio per gli scambi commerciali.

³⁹ Sull'espressione «tendenza accentratrice» si veda L. SALVI, *L'immissione in commercio di OGM: il ruolo dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare*, in L. COSTATO, P. BORGHI, L. RUSSO, S. MANSERVISI (a cura di), *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona. I riflessi sul diritto agrario alimentare e ambientale*, Napoli, 2011, 412 ss. In

Occorre, pertanto, svolgere una breve panoramica sui più importanti strumenti normativi adottati dall'Unione Europea in materia, al fine di poter meglio comprendere i meccanismi di tutela impiegati e i rapporti intercorrenti fra i diversi "livelli" in gioco.

4.1. La Direttiva 2001/18/CE. La definizione di OGM e le procedure autorizzative

La Direttiva 2001/18/CE (insieme ai successivi Regolamenti n. 178/2002 e n. 1829/2003) rappresenta lo strumento normativo "centrale" nell'ambito della disciplina europea sugli OGM e nei rapporti con gli ordinamenti nazionali, evidenziando fin da subito l'adesione ad un approccio precauzionale (art. 1, art. 4).

Essa detta la nozione di organismo geneticamente modificato e fornisce le modalità procedurali che devono essere necessariamente seguite al fine di conseguire l'emissione nell'ambiente o l'immissione in commercio di OGM, non destinati al consumo umano o animale.

In primo luogo, la Direttiva 2001/18/CE, all'art. 2, definisce la nozione di organismo geneticamente modificato, in base alla quale deve intendersi tale «un organismo, diverso da un essere umano, il cui materiale genetico è stato modificato in modo diverso da quanto avviene in natura con l'accoppiamento e/o la ricombinazione genetica naturale», stabilendo ulteriori specificazioni ed esclusioni negli allegati A e B. Il concetto di OGM così delineato pare una definizione pressoché giuridica, identificandosi solo in parte a quella scientifica in senso stretto, che per organismo geneticamente modificato intende qualsiasi organismo che abbia subito una mutazione a livello genetico, quale che sia la tecnica utilizzata⁴⁰. La definizione europea, invece, si concentra sul "modo": per capire se una certa varietà è un OGM, non si guarda tanto al prodotto nel suo complesso, ma al procedimento impiegato per ottenerlo. Il *discrimen* diventa una questione di metodo.

Le varietà agroalimentari ottenute con l'applicazione di specifiche tecniche di ingegneria genetica vengono inquadrate come OGM e, pertanto, sono destinate a essere "trattate" con procedure specifiche, caratterizzate da numerosi controlli e da un intricato sistema di autorizzazioni intercorrente fra organi europei e autorità nazionali.

In particolare, per quanto riguarda l'emissione nell'ambiente, le richieste autorizzative devono essere inviate allo Stato membro all'interno del quale si voglia realizzare l'emissione, tramite apposita "notifica" preventiva del fascicolo tecnico informativo. L'emissione sarà possibile soltanto una volta dopo aver ricevuto il consenso scritto dello Stato membro destinatario della domanda. È previsto poi che laddove emergano nuove informazioni in ordine al prodotto GM oggetto dell'emissione, l'autorità competente potrà imporre «di modificare le modalità dell'emissione deliberata, di sospenderla o di interromperla definitivamente informandone il pubblico»⁴¹. In ogni caso, è previsto un articolato sistema di scambio di informazioni fra gli Stati membri, mediante l'intervento della Commissione.

particolare, l'Aurice nota come nel caso di mais e patata geneticamente modificati, EFSA ha sempre fornito parere positivo rispetto all'autorizzazione di questi OGM, senza tentare una mediazione rispetto alle posizioni opposte dei singoli Stati e riconoscendo come infondate le misure adottate sulla base delle clausole di salvaguardia.

⁴⁰ D. BRESSANINI, *op. cit.*, 30-32; si veda anche S. DUGA, *La definizione di OGM: la dimensione scientifica*, in C. CASONATO, M. BERTI (a cura di), *Il diritto degli OGM tra possibile e scelta*, Trento, 2006, 5 ss.

⁴¹ Direttiva n. 2001/18/CE, art. 8 – Trattamento delle modifiche e nuove informazioni. L'emissione nell'ambiente di un OGM per motivi diversi dall'immissione in commercio viene disciplinata dagli artt. 6-11 della Direttiva. Più

Per quanto riguarda l'immissione in commercio per la prima volta di un prodotto GM⁴², essa si caratterizza per l'esistenza di obblighi informativi e di controllo, e per una procedura dedicata in caso di obiezioni sollevate da parte degli altri Stati membri.

Anche in questo caso, la richiesta dovrà essere rivolta all'autorità competente dello Stato interessato, la quale dovrà a sua volta inviare la propria valutazione alle altre autorità competenti dei vari Stati membri e alla Commissione Europea, entro 90 giorni dalla ricezione della domanda. Laddove lo Stato interessato riporti l'intenzione di autorizzare la messa in commercio del prodotto GM, gli altri Stati membri possono formulare osservazioni e obiezioni. Se non vengono sollevate obiezioni, l'autorità nazionale competente concede l'autorizzazione. Al contrario, la Commissione Europea procede a sentire il parere dell'Autorità Europea per la Sicurezza Alimentare, e, se le obiezioni comunque permangono, occorre iniziare una specifica procedura "comunitaria", (c.d. procedura comunitaria per le obiezioni)⁴³, che comprende il coinvolgimento del Comitato Permanente per la catena alimentare e la salute degli animali⁴⁴, introdotto con il Regolamento n. 178/2002 e composto da rappresentanti degli Stati membri. Laddove non sia possibile trovare un accordo in questa sede, la questione viene inviata e trattata davanti ad un apposito Comitato di appello; qualora, anche in questo caso, non siano raggiunte le maggioranze necessarie, la decisione spetta alla Commissione.

La procedura in esame, caratterizzata anche da una densa e costante attività informativa e di monitoraggio sullo stato degli organismi geneticamente modificati autorizzati, si rivela particolarmente articolata e contraddistinta da un forte grado di "inclusione" degli Stati membri. Viene in rilievo una sorta di «co-amministrazione» fra istituzioni comunitarie e nazionali, volta a «favorire una stretta cooperazione tra soggetti, i quali, essendo depositari di valori diversi, siano in grado di valutare al meglio i vari interessi in gioco»⁴⁵.

La posizione degli Stati membri risulta rinforzata dall'inserimento di una «clausola di salvaguardia», prevista all'art. 23 della Direttiva in esame, la quale stabilisce che uno Stato membro, a seguito di

specificamente, sono previste 3 procedure: quella standard (riportata nel testo), quella differenziata (cfr. art. 7, per OGM dei quali si disponga di sufficiente esperienza in determinati ecosistemi o se questi soddisfino i criteri enunciati all'Allegato V della Direttiva in esame) e la procedura relativa ad eventuali modifiche o nuove informazioni (art. 8).

⁴² Si veda, specificamente art. 13 della Direttiva 2001/18/CE, e ss.

⁴³ Si veda l'art. 18 della Direttiva 2001/18/CE, il quale rimanda alla «procedura di comitato» di cui all'art. 30, par. 2, ricollegandosi alla decisione del Consiglio 1999/468/CE, che disciplina le modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione. In particolare, il Regolamento n. 178/2002, che ha istituito l'Autorità Europea per la Sicurezza Alimentare e il Comitato Permanente per la catena alimentare e la salute degli animali, nel disciplinare il funzionamento di quest'ultimo fa riferimento all'art. 5 della decisione del Consiglio, in relazione all'immissione in commercio del prodotto GM, laddove vi fossero obiezioni.

⁴⁴ Art. 68, Regolamento n. 178/2002, in base al quale è composto dai rappresentanti dei vari Stati membri, è presieduto dal Presidente della Commissione ed è suddiviso in diverse sezioni destinate a trattare tutte le questioni pertinenti.

⁴⁵ «L'espressione "coamministrazione" individua la situazione in cui attività riferibili all'amministrazione comunitaria e a quella nazionale si coniugano nell'ambito di uno stesso procedimento; essa implica, pertanto, la titolarità della funzione in capo a soggetti differenti che agiscono in stretta connessione e tra i quali si può stabilire un rapporto di necessità e complementarità», O. PORCHIA, *La coamministrazione nell'ordinamento comunitario: il caso degli OGM*, in R. FERRARA, I. M. MARINO (a cura di), *Gli organismi geneticamente modificati*, Padova, 2003, 221 ss.

nuove o ulteriori informazioni, emerse dopo l'immissione in commercio della varietà GM, può limitare o vietare l'uso o la vendita della stessa, qualora ritenga che vi siano fondati motivi di rischio per la salute umana o l'ambiente⁴⁶.

Occorre poi sottolineare che la disciplina in esame è stata oggetto di modifica da parte della Direttiva n. 2015/412, la quale ha introdotto la possibilità per gli Stati membri di apporre limiti o divieti in relazione alla coltivazione di OGM sul proprio territorio. Le procedure autorizzative previamente descritte restano "ferme"; la novella del 2015 è intervenuta inserendo una possibilità di un controllo ulteriore per quanto concerne l'attività della coltivazione delle varietà geneticamente modificate.

La Direttiva n. 2015/412 agisce nel rispetto del principio di precauzione e, soprattutto, in un'ottica di sussidiarietà⁴⁷. Infatti, le difficoltà esistenti fra gli Stati membri nell'adottare una decisione comune in questo ambito, in forza di posizioni fortemente discordanti e poco flessibili degli stessi, rendono complicato il raggiungimento dei consensi necessari per procedere ad accogliere o a respingere le richieste di autorizzazione riguardanti gli OGM, verificandosi di fatto una sorta di paralisi del sistema decisionale così delineato. Pertanto, al fine di superare una situazione di stallo, l'Unione Europea è intervenuta inserendo due possibilità⁴⁸ ulteriori che permettono agli Stati membri di mantenere una posizione differenziata, escludendo la coltivazione di OGM dal proprio territorio (in tutto o in parte), nonostante essa sia stata comunque autorizzata in una certa area territoriale dell'UE.

⁴⁶ In particolare, art. 23, par. 1 «Qualora uno Stato membro, sulla base di nuove o ulteriori informazioni divenute disponibili dopo la data dell'autorizzazione e che riguardino la valutazione di rischi ambientali o una nuova valutazione delle informazioni esistenti basata su nuove o supplementari conoscenze scientifiche, abbia fondati motivi di ritenere che un OGM come tale o contenuto in un prodotto debitamente notificato e autorizzato per iscritto in base alla presente direttiva rappresenti un rischio per la salute umana o l'ambiente, può temporaneamente limitarne o vietarne l'uso o la vendita sul proprio territorio». La scelta di ricorrere alla clausola di salvaguardia deve essere comunicata alla Commissione e agli Stati membri. Nel corso del tempo, vari Paesi membri hanno ritenuto opportuno avvalersi di tale clausola (ad es. Austria, Lussemburgo, Francia, in relazione ai Mais MON 810; nel caso francese, il divieto, apposto nel 2013, è stato annullato dal *Conseil d'État*).

⁴⁷ In particolare, si veda il dettato del considerando 6: «Le questioni relative all'immissione in commercio e all'importazione degli OGM dovrebbero continuare ad essere disciplinate a livello di Unione al fine di salvaguardare il mercato interno. Tuttavia la coltivazione può richiedere maggiore flessibilità in certi casi, essendo una questione con forte dimensione nazionale, regionale e locale dato il suo legame con l'uso del suolo, le strutture agricole locali e la protezione o il mantenimento degli habitat, degli ecosistemi e dei paesaggi». Nello stesso senso, il considerando 8: «In questo contesto, è opportuno garantire agli Stati membri, conformemente al principio di sussidiarietà, maggiore flessibilità nel decidere se desiderino oppure no coltivare OGM nel loro territorio. Dare questa possibilità agli Stati membri può migliorare il processo di autorizzazione degli OGM e, al tempo stesso, può garantire la libertà di scelta dei consumatori, degli agricoltori e degli operatori, assicurando maggiore chiarezza alle parti interessate per quanto riguarda la coltivazione di OGM nell'Unione. La presente direttiva dovrebbe pertanto favorire il corretto funzionamento del mercato interno».

⁴⁸ Più specificamente: l'art. 26 ter, par. 1, introduce la possibilità di chiedere l'esclusione in tutto o in parte di quel territorio, prima ancora che l'autorizzazione al richiedente sia intervenuta; l'art. 26 ter, par. 3, prevede che uno Stato membro possa adottare misure nazionali che limitino o vietino sul suo territorio (in tutto o in parte) la coltivazione di OGM, che siano già stati oggetto di apposita autorizzazione; tali misure devono essere conformi al diritto dell'UE, motivate, rispettose dei principi di proporzionalità e di non discriminazione, basate su fattori imperativi, come obiettivi di politica ambientale, impatto socio-economico, ordine pubblico, etc. Cfr. il testo integrale della Direttiva 2015/412; sul punto, si veda D. CORONA, *L'attuazione della Direttiva UE 2015/412: un nuovo capitolo nell'intricata saga dell'autorizzazione degli OGM nell'Unione Europea*, in G. CERRINA FERONI, T.E. FROSINI, L. MEZZETTI, P.L. PETRILLO (a cura di), *Ambiente, energia, alimentazione*, Firenze, 2016, 245-256; V. PAGANIZZA, *La Direttiva (UE) 2015/412 dell'11 marzo 2015 e la possibilità per gli Stati membri di limitare o vietare la coltivazione*

Emerge ancora una volta quel carattere intrinsecamente “locale” della dimensione alimentare che necessita di spazi di autonomia decisionale nazionale e finisce per condurre inevitabilmente ad una regolamentazione disomogenea in materia, tesa fra il tentativo europeo di porre parametri comuni e l’introduzione di discipline derogatorie a favore degli ordinamenti nazionali.

4.2. Alimenti geneticamente modificati, tracciabilità ed “etichette”

Se la Direttiva n. 2001/18/CE si è occupata delle procedure necessarie per l’autorizzazione di OGM non destinati all’alimentazione umana e animale, il Regolamento n. 1829/2003⁴⁹ è intervenuto poco tempo dopo per disciplinare l’autorizzazione all’immissione nel mercato di alimenti e mangimi geneticamente modificati.

Occorre sottolineare che, in questo caso, la procedura autorizzativa è stata interamente “centralizzata” sul piano comunitario (al contrario, nel caso della Direttiva n. 2001/18 la procedura avrebbe potuto esaurirsi anche a livello nazionale, sia nel caso di rilascio nell’ambiente, sia in quello di immissione in commercio in mancanza di obiezioni ad opera degli altri Stati membri⁵⁰).

In particolare, è previsto che il soggetto, interessato a immettere sul mercato alimenti o mangimi geneticamente modificati, invii apposita domanda e documentazione all’autorità nazionale competente, la quale ha solo la funzione di recepire la richiesta e a sua volta inoltrarla all’Autorità Europea per la Sicurezza Alimentare (EFSA). Questa deve formulare un parere, in base al quale la Commissione europea, dopo esserne stata informata, provvederà a stilare un progetto di decisione da sottoporre al Comitato Permanente per la catena alimentare e la salute animale. Tuttavia, è possibile che in questa sede non si riesca a raggiungere un accordo; in tal caso, la questione viene trasmessa al Consiglio e, da ultimo, alla Commissione. Nell’ambito di tale procedimento, viene in rilievo il ruolo di EFSA, che risulta decisivo nell’orientare il successivo percorso autorizzativo. Seppure il parere di EFSA non sia formalmente vincolante per la Commissione europea, esso si rivela determinante per la conseguente individuazione delle misure di *risk management*⁵¹.

di OGM sul loro territorio, in *Rivista di diritto alimentare*, 1, 2015, 80-83; E. CALICETI, *Le nozioni di emissione deliberata, immissione in commercio e coltivazione di ogm: commento critico alla direttiva 2001/18/CE alla luce della Direttiva n. 2015/412/UE*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2015, 17 ss.; sulle ragioni che hanno portato a tale Direttiva, si veda anche V. RANALDI, *Il confronto fra Stati membri e Unione Europea in materia di OGM nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 4, 2014.

⁴⁹ Il Regolamento in esame disciplina la procedura autorizzativa per l’immissione sul mercato di OGM ad uso alimentare umano o animale, nonché le relative norme in tema di etichettatura. Il Regolamento n. 1829 modifica la precedente disciplina contenuta nel Regolamento n. 258/97 relativo ai c.d. *novel foods*, eliminando la “procedura semplificata”, improntata sul principio della sostanziale equivalenza, con riguardo agli alimenti geneticamente modificati. A riguardo si veda, il considerando 6, in cui si afferma che la sostanziale equivalenza non può costituire di per sé una valutazione sulla sicurezza, essendo inoltre necessario allineare le varie procedure di autorizzazione in materia di OGM secondo i medesimi principi. Con riguardo ai *novel foods* il Regolamento n. 258/97 è stato sostituito dal più recente Regolamento n. 2283/2015 (in vigore dal 2018) il quale introduce una procedura di autorizzazione centralizzata.

⁵⁰ Come fa notare F. ROSSI DAL POZZO, *Profili recenti in tema di organismi geneticamente modificati nel settore agroalimentare fra procedure di comitato e tutela giurisdizionale*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 2, 2014, 358.

⁵¹ Si veda, D. BEVILACQUA, *op. cit.*, 186. Sul fattore di vincolatività o meno del parere EFSA, cfr. S. GABBI, *op. cit.*, 135 ss. In particolare, l’Autore evidenzia come il parere scientifico dell’Autorità Europea per la Sicurezza Alimentare

Similmente alla clausola di salvaguardia, ex art. 23, prevista dalla Direttiva n. 2001/18/CE, il Regolamento n. 1829/2003 prevede la possibilità da parte degli Stati membri di adottare «misure d'emergenza», laddove «sia manifesto che prodotti autorizzati dal presente regolamento o conformemente allo stesso possono comportare un grave rischio per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente»⁵². La Corte di Giustizia nella sentenza dell'8 settembre 2011 ha specificato che deve trattarsi di un rischio "serio", tale da mettere a repentaglio in modo evidente la salute umana, quella degli animali o l'ambiente, sottolineando che le misure di tutela ex art. 34 del Regolamento n. 1829/2003 non possono essere validamente motivate con un approccio puramente ipotetico del rischio. Esse, infatti, devono basarsi su una valutazione il più completa possibile, evidenziando che le circostanze specifiche del caso concreto siano tali da rendere necessaria l'adozione di quelle misure⁵³.

Il quadro normativo europeo si completa con le regole in tema di tracciabilità ed etichettatura⁵⁴ dei prodotti OGM, quale strumento di garanzia a tutela della libertà di scelta del consumatore. Pur non essendo possibile percorrere un'analisi specificamente dedicata alla regolamentazione di questi

sia indispensabile per lo svolgimento della fase di *risk management*; tuttavia, è possibile rinvenire un certo (eccezionale) margine di discrezionalità per gli organi di gestione del rischio, i quali possono distanziarsi dal parere scientifico laddove «l'organo scientifico non ha utilizzato miglior materiale possibile, [...] ha ignorato aspetti fondamentali dello stesso» o ancora se «nel caso in cui intendano avvalersi della possibilità di bilanciare gli aspetti scientifici con "altri fattori legittimi"», 142-143.

⁵² Art. 34 Regolamento n. 1829/2003. L'adozione di misure cautelari urgenti è prevista anche nel caso in cui la stessa EFSA evidenzi la necessità di sospendere o modificare un'autorizzazione di un prodotto OGM; nel caso si ravvisi una situazione tali da legittimare la messa in atto di «misure d'emergenza», il Regolamento n. 1829/2003 rimanda alle procedure previste agli artt. 53 e 54 del Regolamento n. 178/2002.

⁵³ Sentenza Corte di Giustizia, 8 settembre 2011, sulle cause riunite da C-58/10 a C-68/10, *Monsanto SAS et al. c. Ministre de l'Agriculture et de la Pêche*, in particolare cfr. punti 76-77, «"serious risk" must be understood as referring to a significant risk which clearly jeopardises human health, animal health or the environment. That risk must be established on the basis of new evidence based on reliable scientific data. Protective measures adopted under Article 34 of Regulation No 1829/2003 cannot validly be based on a purely hypothetical approach to the risk, founded on mere assumptions which have not yet been scientifically verified. On the contrary, such protective measures, notwithstanding their temporary character and even if they are preventive in nature, may be adopted only if they are based on a risk assessment which is as complete as possible in the particular circumstances of an individual case, which indicate that those measures are necessary». Si veda anche il caso dell'agricoltore Giorgio Fidenato, C-111/16, *Fidenato et al.*, Sentenza Corte di Giustizia, 13 settembre 2017, di cui si dirà meglio al paragrafo §6.

⁵⁴ La disciplina in tema di tracciabilità ed etichettatura in materia di OGM è contenuta nel Regolamento n. 1829/2003 e in quello immediatamente successivo, Regolamento n. 1830/2003, adottato in pari data. In particolare, tale ultimo Regolamento è intervenuto nel tentativo di uniformare le discipline degli ordinamenti nazionali ed evitare che ci fossero applicazioni disomogenee delle indicazioni europee. Esso interviene modificando anche la disciplina contenuta nella Direttiva 2001/18/CE e introduce norme diverse a seconda che si tratti di OGM ad uso alimentare o meno. Inoltre, ai fini della tracciabilità vengono inserite una serie di obblighi informativi e di monitoraggio per valutazioni di impatto ambientale e l'attuazione delle misure di gestione del rischio. Cfr. F. ROSSI DAL POZZO, *op. cit.*, 361 ss. In tema di tracciabilità ed etichettatura, si veda, *ex multis*, anche E. SIRSI, *A proposito degli alimenti senza OGM (note sulle regole di etichettatura di alimenti e mangimi costituiti, contenenti e derivati da OGM con particolare riferimento all'etichettatura negativa)*, in *Rivista di diritto agrario*, 1, 2005, 30 ss; R. SAIJA, *Brevi riflessioni sulla funzione dell'etichettatura dei prodotti agroalimentari: il caso OGM*, in *Rivista di diritto agrario*, 3, 2006, 311 ss; A. LUPO, *op. cit.*, 81 ss.

aspetti, pare comunque doveroso evidenziare che sul territorio europeo⁵⁵ è obbligatorio segnalare i prodotti geneticamente modificati tramite apposita etichettatura, la quale deve contenere anche le indicazioni degli eventuali rischi per la salute e se tali prodotti possano portare preoccupazioni di ordine etico e religioso⁵⁶. L'obbligo di etichettatura in questo senso vale per tutti gli alimenti o mangimi «che contengano, siano costituiti od ottenuti da OGM», a meno che il materiale geneticamente modificato sia presente in misura inferiore allo 0,9% e purché esso sia contenuto in via «accidentale» o «tecnicamente inevitabile»⁵⁷. È fissata una soglia minima oltre la quale occorre dare atto della composizione geneticamente modificata del prodotto. La completa inesistenza di tracce di OGM è molto difficile da rinvenire, in quanto è comunque possibile che alcune, seppure in quantità lievissima, risultino comunque presenti; per questo motivo, diversi sono i dubbi in tema di etichettatura “negativa”, in quanto la scritta «OGM-free» spesso non è del tutto corretta, rappresentando soltanto una informazione parziale, e forse persino fuorviante⁵⁸.

L'obbligatorietà di tali indicazioni permette al singolo di non sentirsi “escluso” dal circuito decisionale in tema di OGM. Essa svolge un ruolo di fondamentale importanza, rispondente a canoni di trasparenza ed eticità, volto a rendere i soggetti “consapevoli” rispetto all'offerta agroalimentare presente nel contesto europeo.

4.3. (segue) Fra unità e differenziazione

Nonostante lo sviluppo articolato delle procedure autorizzative a livello europeo in relazione alle biotecnologie alimentari e l'elevata qualità scientifica che contraddistingue l'attività di EFSA, la maggior parte degli Stati membri ha manifestato (e continua a manifestare) una forte opposizione nei confronti dei prodotti geneticamente modificati (ad eccezione, come già segnalato, di Spagna e Portogallo, che rappresentano i maggiori produttori di OGM in ambito europeo) e ad una generale “armonizzazione” della disciplina in materia.

Sulla base dell'analisi di una parte della normativa emanata nel tempo dagli organi UE, si evidenzia lo sforzo di evitare formule gerarchiche, anche attraverso un importante coinvolgimento dei rappresen-

⁵⁵ L'approccio differente fra Europa e Stati Uniti è evidente anche sotto questo profilo. Gli Stati Uniti, infatti, per lungo tempo non hanno previsto regole per l'etichettatura dei prodotti. Soltanto a gennaio 2019, il Ministero dell'Agricoltura (*U.S. Department of Agriculture*) ha deciso di introdurre una specifica dicitura sugli alimenti che siano geneticamente modificati; tuttavia, si è scelto di non apporre la sigla «OGM» (nel loro caso *GMO*) in quanto caratterizzata da sfumature negative, ma di identificare il prodotto come «bioengineered». La nuova normativa entrerà in vigore nel 2022. Si veda <https://www.usda.gov/media/press-releases/2018/12/20/establishing-national-bioengineered-food-disclosure-standard>.

⁵⁶ Art. 13, par. 2, Reg. n. 1829/2003.

⁵⁷ Art. 12, Reg. n. 1829/2003.

⁵⁸ Inoltre, si segnala che la soglia minima di 0,9%, in base alla quale un prodotto viene etichettato come OGM, vale anche per il settore alimentare biologico. Ciò significa che seppure il prodotto sia etichettato come “biologico”, è possibile che contenga piccole percentuali di materiale geneticamente modificato. Sul punto, si veda F. ROSSI DAL POZZO, *op. cit.*, 362, il quale, fra l'altro, afferma che «scrivere sull'etichetta che il prodotto non contiene OGM per qualificarlo come alimento biologico, quando in esso sono presenti residui, seppure minimi, di materiale transgenico, potrebbe configurarsi una ipotesi di “pubblicità ingannevole”».

tanti dei singoli Stati all'interno dei procedimenti, e nella creazione di strutture *ad hoc* di partecipazione (come ad esempio, il Comitato Permanente per la catena alimentare umana e animale)⁵⁹. Da ultimo la Direttiva n. 2015/412, precedentemente richiamata, ha "rinnovato" gli spazi di autonomia dedicati agli Stati membri. Essa, muovendosi in una prospettiva di sussidiarietà, ha introdotto discipline derogatorie rispetto al regime di autorizzazione comune, in presenza di particolari ragioni legate al contesto territoriale (cfr. art 26 ter, par. 3).

Emerge facilmente come il settore alimentare costituisca un importante "*case-study*" del sistema di *governance* multilivello⁶⁰. Esso, infatti, rappresenta un campo che non possiede una medesima «identità», ma si caratterizza per una «coesistenza delle differenze culturali nazionali»⁶¹, le quali tendono ad organizzarsi in un delicato e complesso equilibrio, fra unità e differenziazione.

A conferma di questa densa stratificazione normativa, l'analisi non può non soffermarsi sul caso italiano, il quale risulta fortemente esemplificativo di come le realtà territoriali locali rivendichino la titolarità della potestà normativa nel settore agroalimentare, delineandosi una generale difficoltà nella definizione dei rispettivi spazi "d'azione" e rendendo particolarmente "caotica" la regolamentazione sul tema.

5. Le dinamiche interne: la normativa italiana e il conflitto Stato-Regioni

L'Italia ha fin da subito manifestato una posizione contraria all'introduzione di colture geneticamente modificate. A partire dal c.d. "decreto Amato", adottato il 4 agosto del 2000⁶², attraverso il quale si bloccava l'ingresso nel territorio italiano di 4 varianti mais GM, la linea tenuta dal legislatore statale (e regionale, come si vedrà *Infra*) è quella di una generale chiusura alle nuove tendenze "*biotech*" nel campo alimentare. Ad oggi, l'Italia vieta la coltivazione delle colture geneticamente modificate sul proprio territorio ma non impedisce l'importazione e la commercializzazione di tali prodotti: ad esempio, i mangimi rappresentano una grossa fetta di OGM ad uso alimentare, presente nel Paese, ma è possibile trovare anche prodotti destinati all'alimentazione umana, provenienti da Stati in cui le produzioni di OGM sono consentite. La stranezza risiede nell'ambito dell'etichettatura, la cui normativa sembra rivelare un certo grado di incoerenza: se un prodotto contiene (o deriva direttamente da) varietà geneticamente modificate occorre segnalarlo come OGM; tuttavia, questo obbligo non vale nel caso in cui si tratti di carne proveniente da animali allevati tramite mangimi GM.

⁵⁹ Sul punto A. RINELLA, C. PUNGITORE, *op. cit.*, 66-67; M. S. PORPORA, *op. cit.*, 1661 ss.

⁶⁰ V. A. VENTURI, *Analisi del rischio e sicurezza alimentare. I fondamenti, le controversie, la regulation*, Milano, 2008, 15; nello stesso senso, richiamato anche da G. RAGONE, *La disciplina degli OGM tra Unione Europea e Stati nazionali: a chi spetta il diritto all'ultima parola su questioni scientifiche controverse?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2015, 2.

⁶¹ Sul punto, si veda M. RAMAJOLI, *La giuridificazione del settore alimentare*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2015, 657 ss.

⁶² Il provvedimento sospendeva in via cautelativa «la commercializzazione e l'utilizzazione dei prodotti transgenici Mais BT 11, Mais MON 810, Mais MON 809 e MAIS T25», basandosi sul dettato del Reg. n. 258/97, che adottava il criterio di sostanziale equivalenza e, superando il parere dell'Istituto Superiore di Sanità, non aveva evidenziato rischi per la salute umana, animale. Tale decreto è stato poi annullato da parte del TAR Lazio nel 2004, in quanto non era stata fornita idonea prova di pericolosità delle varianti indicate, sentenza 29 novembre 2004, n. 14477.

Proseguendo nell'esame della legislazione italiana sul tema, occorre ricordare anche il decreto legislativo n. 212/2001 dell'allora Ministro delle Politiche agricole Pecoraro Scanio, che sottopose l'attività di sperimentazione delle colture geneticamente modificate a forti limiti ed autorizzazioni delle autorità ministeriali, suscitando l'opposizione di molti importanti scienziati italiani⁶³. In particolare, l'art. 1, secondo comma, del decreto subordinava la messa in coltura dei prodotti sementieri all'autorizzazione statale, previa la definizione delle misure idonee a evitare il verificarsi di contaminazioni fra le diverse tipologie di coltivazione⁶⁴. In via generale, occorre notare già da subito che tale normativa è stata successivamente oggetto di valutazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale, investita in via pregiudiziale ad opera del Consiglio di Stato nel 2011 (*Pioneer Hi Bread Italia SpA c. il Ministero delle politiche alimentari e forestali*), ha statuito che le autorità italiane non possono subordinare all'autorizzazione nazionale le colture delle sementi geneticamente modificate già previamente autorizzate, secondo le procedure previste a livello europeo⁶⁵.

Nell'ambito della legislazione italiana, è necessario ricordare il D.lgs. n. 224/2003⁶⁶, che recepisce la Direttiva europea n. 2001/18 e, ponendosi in linea con il principio di precauzione, si prefigge come scopo la tutela della salute umana, animale e dell'ambiente. Tale normativa è stata affiancata dal Decreto ministeriale del 19 gennaio 2005, mediante il quale sono stati stabiliti i parametri da seguire nella valutazione del rischio in relazione alle attività di sperimentazione di OGM, specificando che le colture transgeniche devono avvenire in siti appositamente individuati dalle Regioni o dalle Province autonome.

⁶³ La protesta degli scienziati vide anche la pubblicazione di un documento, firmato da un grosso numero di professori, studiosi e ricercatori, che si opponeva all'atteggiamento di totale chiusura dello Stato verso le attività di ricerca e sperimentazione nel campo delle biotecnologie alimentari. Il testo venne pubblicato per la prima volta sul quotidiano de "Il Sole 24 ore", nel 2001, noto come "la protesta dei Nobel". Sul punto, si veda anche E. CATTANEO, A. GRIGNOLIO, *Scienziati che spiegano la scienza*, in *Il Sole 24 ore*, 17 aprile 2018, in cui si evidenzia che scrivere lettere in opposizione al dettato normativo non basta più, ma occorre una più profonda attività di disseminazione da parte di tutti gli studiosi, al fine di trasmettere il risultato scientifico e l'importanza di fare ricerca.

⁶⁴ Art. 1, 2 co., D.lgs. n. 212/2001 «La messa in coltura dei prodotti sementieri di cui al presente comma è soggetta ad autorizzazione con provvedimento del Ministro delle politiche agricole e forestali, di concerto con il Ministro dell'ambiente e del Ministro della sanità, emanato previo parere della Commissione [per i prodotti sementieri di varietà geneticamente modificate], nel quale sono stabilite misure idonee a garantire che le colture derivanti da prodotti sementieri di varietà geneticamente modificate non entrino in contatto con le colture derivanti da prodotti sementieri tradizionali e non arrechino danno biologico all'ambiente circostante, tenuto conto delle peculiarità agro-ecologiche, ambientali e pedoclimatiche».

⁶⁵ Il riferimento è alla sentenza 6 settembre 2012, causa C-36/11, *Pioneer Hi Bread Italia SpA c. Italia*, in cui la Corte di Giustizia si è pronunciata contro il decreto legislativo n. 212/2001. La vicenda *Pioneer* ha riguardato inizialmente la richiesta da parte dell'azienda di poter coltivare una varietà di mais geneticamente modificata Mon 810, già autorizzata nel quadro europeo. Tuttavia, le autorità italiane avevano negato tale possibilità, in quanto ancora mancava una disciplina regionale in ordine alle misure di coesistenza fra colture diverse. Il caso ha riguardato non soltanto la normativa nazionale racchiusa nel decreto n. 212/2001, ma anche la regolamentazione italiana in materia di coesistenza. Il D.lgs. 212/2001 è stato oggetto del giudizio della Corte di Giustizia anche in occasione del caso Fidenato di cui si dirà *Infra*.

⁶⁶ Per completezza, e come si è detto, si sottolinea in ogni caso che la Direttiva n. 2015/412 ha introdotto la possibilità per gli Stati membri di vietare o limitare la coltivazione delle varietà geneticamente modificate; il legislatore italiano ha recepito la normativa europea con il decreto legislativo 14 novembre 2016 n. 227, che, appunto, modifica il precedente D.lgs. n. 224/2003.

A seguito dell'emanazione della Direttiva n. 2015/412, che introduce la possibilità per gli Stati membri di vietare o limitare la coltivazione delle varietà geneticamente modificate, il legislatore italiano ha recepito la normativa comunitaria con il decreto legislativo n. 227/2016, presentando alle istituzioni europee la richiesta di esclusione di tutto il proprio territorio, determinando, ad oggi, un blocco generale alle coltivazioni geneticamente modificate.

5.1. Il problema della “coesistenza”

Ammettendo la possibilità (almeno in via astratta) di introdurre nel contesto italiano varietà geneticamente modificate, è conseguentemente emersa la necessità di disciplinare la compresenza di colture di varia natura sul medesimo territorio. Occorre, cioè, delineare misure di regolamentazione volte a garantire una coesistenza “pacifica” fra le varie tipologie di coltivazioni disponibili (geneticamente modificata, tradizionale, biologica), allo scopo di evitare contaminazioni accidentali e mantenere le caratteristiche originarie di quella varietà specifica.

Nel contesto europeo, la possibilità di adottare misure di coesistenza è prevista all'art. 26 bis della Direttiva 2001/18 (introdotto dal Regolamento n. 1829/2003), in base al quale «gli Stati membri possono assumere tutte le misure opportune per evitare la presenza involontaria di OGM in altri prodotti». La Commissione è poi successivamente intervenuta con propria Raccomandazione nel 2003, nel tentativo di fornire indicazioni ulteriori per l'organizzazione dei piani di coesistenza⁶⁷. Rifiutando l'idea di vietare le colture GM dal territorio europeo, essa invita alla cooperazione volontaria e all'informazione reciproca⁶⁸, rimandando ai livelli nazionali o regionali la specificazione delle misure da adottare. Inoltre, in forza delle differenze che caratterizzano i vari Stati dell'Unione sia in termini di sistemi di produzione, sia di condizione climatiche, sia di superfici coltivabili, la Commissione, nell'aggiornare la propria raccomandazione nel 2010, sembra avere introdotto la possibilità per i singoli Stati di stabilire zone «GMO-free» all'interno dei propri territori, sempre che i provvedimenti risultino proporzionali rispetto all'obiettivo perseguito⁶⁹.

⁶⁷ Sul punto, si veda A. RINELLA, C. PUNGITORE, *op. cit.*, 76-80. Secondo alcuni l'introduzione dell'art. 26 bis avrebbe potuto rappresentare un'opportunità per gli Stati membri di estendere il proprio raggio di azioni; tuttavia, le Raccomandazioni della Commissione europea, intervenute, prima nel 2003 e poi nel 2010, hanno “suggerito” le misure di coesistenza che gli Stati potrebbero adottare. L'elenco fornito nella Raccomandazione presenta meccanismi onerosi che disincentivano gli Stati alla coltura di OGM, si veda, in particolare, F. ROSSI DAL POZZO, *op. cit.*, 369.

⁶⁸ La Commissione, inoltre, sottolinea che la coesistenza fra colture di varia natura non è un fatto nuovo, ma è già stata praticata per realizzare «pratiche di gestione agricola atte a garantire la purezza delle sementi», o ancora, in riferimento «granturco indentato destinato all'alimentazione degli animali, che nell'ambito dell'agricoltura europea è coesistito senza difficoltà con vari tipi di granturco speciale coltivato per il consumo umano» (par. 1).

⁶⁹ Raccomandazione Commissione Europea, 13 luglio 2010, punto 2.4 «misure atte ad escludere la coltivazione di OGM da vaste aree». Gli Stati comunque non possono impedire le coltivazioni su tutto il proprio territorio e al fine di adottare le misure sopra indicate dovranno comunque provare che non sia possibile conservare la “purezza” delle produzioni in altro modo. Sul punto, si veda F. ROSSI DAL POZZO, *op. cit.*, «Se da un lato la raccomandazione 2010 introduce il concetto di zone senza OGM, dall'altro lato pone condizioni che difficilmente lo Stato membro riuscirà a rispettare al fine di poter invocare legittimamente l'attuale art. 26 bis [...] con la conseguenza che alcuni Stati hanno invocato, senza alcun fondamento scientifico, le clausole di precauzione previste dalla normativa di settore», 369.

Dunque, in risposta alle indicazioni europee e nell'intento di iniziare a delineare forme proprie di coesistenza, il legislatore italiano ha adottato il decreto-legge 22 novembre 2004, n. 279, convertito, a sua volta, nella Legge n. 5/2005. La normativa italiana afferma che «la coesistenza tra le colture [...] è realizzata in modo da tutelarne le peculiarità e le specificità produttive e, [...] in modo da evitare ogni forma di commistione tra le sementi transgeniche e quelle convenzionali e biologiche»⁷⁰. L'obiettivo è quello di tutelare queste ultime da eventuali contaminazioni, che finirebbero per danneggiare, anche in senso economico, il produttore. L'elaborazione in dettaglio dei vari piani di coesistenza è, però, demandata alle singole Regioni; tuttavia, fin tanto che tali provvedimenti non siano concretamente adottati, le colture geneticamente modificate rimangono vietate, ad eccezione di quelle nell'ambito di attività di ricerca e sperimentazioni⁷¹. La disciplina molto brevemente delineata esprime un approccio precauzionale, introducendo all'art. 8 una sorta di una vera e propria "barriera" all'utilizzo di OGM in agricoltura, destinata ad essere eliminata soltanto quando tutte le Regioni abbiano adottato i piani regionali di coesistenza tra colture tradizionali, biologiche e transgeniche.

Il legislatore statale ha inquadrato il tema della coesistenza all'interno della materia dell'ambiente e della salute, rispettivamente di sua competenza esclusiva e concorrente, ai sensi dell'art. 117 Cost. (2 co, lett. s) e 3 co.).

La necessità di definire le misure di coesistenza non è soltanto di tipo ambientale, ma riveste di fatto una natura economica, la quale si estrinseca da una parte nella facoltà di ciascun imprenditore di scegliere fra colture GM e non, e, dall'altra, nell'adozione di misure adeguate a evitare "contaminazioni" fra le medesime.

La gestione delle colture geneticamente modificate, in realtà, chiama in causa diversi concetti costituzionalmente rilevanti, rendendo inevitabile svolgere operazioni di bilanciamento. Sembra verificarsi una sorta di conflitto valoriale⁷², fra libertà di iniziativa economica, tutela ambientale e sanitaria, utilità sociale, il quale, a sua volta, si riverbera nella problematica definizione delle competenze fra i diversi livelli di governo.

5.2. Il "perimetro" delle competenze statali e regionali in materia di colture geneticamente modificate

La difficoltà di operare una disciplina condivisa è dovuta, da un lato, ad un problema di incertezza scientifica ad essa connaturata, e, dall'altro, ad una stretta connessione territoriale e sociale che, come già stato sottolineato, caratterizza in modo intrinseco la dimensione (agro)alimentare.

⁷⁰ Art. 2, D. Lgs. n. 279/2004. L'art. 2 bis prosegue nello stesso senso affermando che «l'introduzione di colture transgeniche avviene senza alcun pregiudizio per le attività agricole preesistenti e senza comportare per esse l'obbligo di modificare o adeguare le normali tecniche di coltivazione e allevamento».

⁷¹ «Per il conseguimento delle finalità di cui all'articolo 1, fino all'adozione dei singoli provvedimenti di cui all'articolo 4, le colture transgeniche destinate all'immissione sul mercato non sono consentite», Art. 8 – Norme transitorie, D.lgs. n. 279/2004.

⁷² In questo senso, anche G. RAGONE, *La disciplina degli OGM tra Unione Europea e Stati nazionali: a chi spetta il diritto all'ultima parola su questioni scientifiche controverse?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2015, 117.

La regolamentazione di tale settore ha costituito terreno di forte scontro anche con riguardo al riparto delle competenze fra Stato e Regioni (soprattutto proprio con riferimento al problema della coesistenza fra le diverse varietà di colture disponibili). Ancora una volta, emerge la complessità della *governance* delle biotecnologie alimentari, che interseca più ambiti e incide su diversi valori di rango costituzionale.

Nella definizione del quadro delle competenze legislative in materia, si inserisce l'intervento della Corte costituzionale, la quale è stata chiamata a dipanare i rapporti fra lo Stato e le Regioni, tracciando i confini delle rispettive sfere di intervento.

In primo luogo, lo Stato aveva impugnato davanti alla Corte costituzionale le normative della Puglia e delle Marche, aventi ad oggetto il divieto di colture geneticamente modificate. Secondo la prospettiva statale, la disciplina regionale risultava in contrasto con l'art. 22 della Direttiva n. 2001/18, che sancisce il principio della libera circolazione e vieta agli Stati membri di limitare o impedire l'immissione in commercio di OGM conformi ai requisiti della direttiva stessa. In questo senso, le discipline regionali non potevano giustificarsi in base alla clausola di salvaguardia ex art. 23, Direttiva n. 2001/18, in quanto le autorità competenti a "bloccare" la circolazione di OGM avrebbero dovuto essere quelle statali. Pertanto, lo Stato lamentava la violazione dell'art. 117, co. 2 e co. 3, lett. s). Con la sentenza n. 150/2005, la Corte costituzionale si è pronunciata affermando l'inammissibilità delle doglianze statali, trattandosi di «una erronea indicazione delle norme interposte che avrebbero dovuto dimostrare la illegittimità costituzionale»⁷³ delle disposizioni regionali. La Corte, infatti, spiega che la Direttiva europea n. 2001/18/CE riguarda sia l'ipotesi di emissione deliberata nell'ambiente di OGM, sia quella di immissione in commercio dei medesimi, mentre la disciplina regionale fa riferimento soltanto alla mera coltivazione dei prodotti agricoli e all'allevamento di animali geneticamente modificati. Secondo il quadro delineato dal giudice costituzionale, le norme richiamate dallo Stato, a fondamento dell'illegittimità costituzionale, avrebbero ad oggetto la sola immissione in commercio dei prodotti OGM; la legislazione regionale impugnata riguarda invece «forme di emissione di OGM nei settori dell'agricoltura e della zootecnica»⁷⁴ e per questo non può violare disposizioni che hanno ad oggetto un profilo diverso.

Con questa pronuncia, la Corte costituzionale ha risolto il conflitto fermandosi all'esame dei vizi procedurali, senza operare valutazioni nel merito, e, pertanto, senza "sciogliere" quello stato d'incertezza presente sulla ripartizione delle competenze fra Stato e Regioni in relazione alle colture geneticamente modificate. Tuttavia, una questione di tale portata non poteva restare "sospesa", anche in forza dell'importanza degli interessi costituzionali in gioco e della conseguente esigenza di svolgere le dovute operazioni di bilanciamento nell'ambito⁷⁵.

A tal fine, risulta particolarmente significativa la sentenza n. 116/2006⁷⁶, intervenuta a dirimere proprio il conflitto Stato-Regioni in tema di colture geneticamente modificate, con riferimento particolare

⁷³ Corte cost. n. 150/2005. In relazione alla pronuncia costituzionale, si veda, A. GRATANI, *Agricoltura e zootecnica: due settori di emissione OGM*, in *Rivista Giuridica dell'ambiente*, 3-4, 2005, 2005, 551 ss.

⁷⁴ Così, Corte cost. n. 150/2005.

⁷⁵ In questo senso, anche E. STEFANINI, *Principio di coesistenza e Regioni OGM-free: fine della moratoria sulle coltivazioni transgeniche in Italia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2006, 2582 ss.

⁷⁶ Sul punto, *ex multis*, si veda, P. BORGHI, *Colture geneticamente modificate, ordinamenti e competenze: problemi di coesistenza*, in *Le Regioni*, 5, 2006, 961 ss.; R. MANFRELLOTTI, *Il riparto di competenze regolative nell'art. 117 della Costituzione: il caso delle biotecnologie*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2006, 1119 ss.; E. STEFANINI, *op.*

alla questione della “coesistenza”. In questo caso, è stata la Regione Marche a ricorrere davanti alla Corte, impugnando il decreto-legge n. 279/2004, emanato in attuazione del dettato comunitario. Come già evidenziato, il decreto in questione “recepiva” le indicazioni contenute nella Raccomandazione della Commissione europea emanata nel 2003 e, in particolare, subordinava l’adozione dei piani di coesistenza da parte delle Regioni, alla previa emanazione di una normativa quadro ad opera del legislatore statale. La Regione, ritenendo che il tema della coesistenza fosse attinente alla materia “agricoltura”, affermava che la stessa fosse oggetto della propria competenza legislativa residuale e lamentava una conseguente violazione dell’art. 117, 4 co. Cost da parte dell’azione statale⁷⁷.

A seguito di una minuziosa ricostruzione della normativa comunitaria e nazionale in materia di OGM, la Corte costituzionale afferma, dapprima, che il d.l. n. 279/2004, nella parte in cui “ratifica” il principio di coesistenza fra colture geneticamente modificate, tradizionali e convenzionali, opera nell’area di competenza esclusiva dello Stato, quella della tutela dell’ambiente (art. 117, 2 co., lett. s, Cost.), nonché nell’ambito della competenza concorrente in tema di tutela della salute (art. 117, 3 co., Cost). Il principio di coesistenza, in altri termini, rappresenta un «punto di sintesi fra interessi divergenti» (appunto, libertà di iniziativa economica, tutela ambientale e sanitaria, utilità sociale), il cui equilibrio non può che essere definito a livello statale⁷⁸.

Da un lato, dunque, sebbene la materia ambientale presenti una “vocazione” trasversale e risulti suscettibile di tutela da parte dei diversi livelli di governo, spetta al legislatore statale, in presenza di interessi contrastanti, definire la disciplina che «si imponga, uniformemente, sull’intero territorio nazionale senza possibilità di deroga da parte della Regione»⁷⁹. Nel caso delle colture geneticamente modificate, la tutela dell’ambiente deve essere bilanciata con altri valori di rango costituzionale, fra cui, in primo luogo, la libertà di iniziativa economica dei vari agricoltori, la quale può trovare limitazioni

cit., 2582 ss.; M. POTO, *La Corte costituzionale riconosce alle Regioni la competenza a disciplinare le colture transgeniche: quando i piccoli passi possono considerarsi grandi salti*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 10, 2006, 1646 ss.; M. SCIARRA, *La difficile coesistenza delle competenze legislative statali e regionali in tema di colture geneticamente modificate*, in *Giurisprudenza italiana*, 6, 2007, 1373 ss.

⁷⁷ Più precisamente la Regione riteneva, in primo luogo, illegittimo l’uso dello strumento del decreto legge, utilizzato dal legislatore statale per la disciplina della “coesistenza” in esame, in mancanza dei requisiti di necessità e urgenza così come previsto dall’art. 77 Cost.; in secondo luogo, le norme impuginate impedirebbero alla Regione medesima di provvedere alla «tutela “della salute umana, animale e vegetale” secondo “i principi della prevenzione e della precauzione”, tramite, in particolare, l’individuazione di “criteri di esclusione delle colture transgeniche, in considerazione delle particolari condizioni del territorio regionale”»; infine, in terzo luogo, la normativa statale verterebbe in materia di agricoltura, la quale è oggetto di potestà legislativa residuale della Regione, «sarebbe, infatti, evidente che solo le Regioni possono adottare le misure necessarie ad assicurare la coesistenza tra forme di agricoltura transgenica, convenzionale e biologica, stabilendo le aree “OGM free”». Cfr. Corte cost. n. 116/2006, così richiamata.

⁷⁸ Corte cost. n. 116/2006, la quale, sul punto richiama la precedente pronuncia n. 307/2003, che, in particolare afferma: «in sostanza, la fissazione a livello nazionale dei valori-soglia, non derogabili dalle Regioni nemmeno in senso più restrittivo, rappresenta il punto di equilibrio fra le esigenze contrapposte».

⁷⁹ E. STEFANINI, *op. cit.*, 2589. In tal senso, si veda anche Corte cost. n. 338/2003, direttamente richiamata anche nella sentenza in esame, in relazione alla inderogabilità delle elaborazioni di principio fissate dal legislatore statale, nella necessità di una applicazione “omogenea”, “eguale” di quella determinata formulazione su tutto il territorio nazionale. Si veda anche A. D’ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all’autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare*, Milano, 2011, 29-30.

soltanto laddove le evidenze sperimentali e le conoscenze scientifiche disponibili legittimino l'adozione di misure di prevenzione o di precauzione a favore della tutela dell'ambiente e della salute⁸⁰.

Dall'altro, l'intervento statale si rende necessario anche in relazione alle esigenze di garanzia della salute (e della ricerca scientifica, sulla base del D.lgs. n. 224/2003, anch'esso oggetto di analisi all'interno della pronuncia costituzionale), al fine di assicurare un "livello" omogeneo di tutela. Infatti, seppure in questo caso vengano in esame profili afferenti alla competenza concorrente ex art. 117, 2 co., Cost., occorre comunque privilegiare una «dimensione unitaria delle scelte, non solo per un'esigenza tecnico-scientifica, quanto per il livello davvero "essenziale" [...] che viene attribuito a determinati beni o interessi e alle questioni ad essi relative»⁸¹. In tal senso, non risulta "tollerabile" l'introduzione di discipline differenziate da parte del legislatore regionale, le quali incidano nel merito di questioni "a legittimazione scientifica" (in questo caso, l'elaborazione normativa del principio di coesistenza), «in assenza di – o in difformità da – determinazioni assunte a livello nazionale»⁸².

Infine, definita la necessità di un intervento statale nella individuazione di una "copertura" uniforme in relazione alla protezione dell'ambiente e della salute, la Corte costituzionale affronta in modo diverso il riparto delle competenze in ordine alla disciplina delle pratiche di coltivazione a fini produttivi, affermando, invece, che essa «riguarda chiaramente il nocciolo duro della materia agricoltura, che ha a che fare con la produzione di vegetali ed animali destinati all'alimentazione» e come tale è da ascrivere all'alveo della competenza legislativa residuale della Regione (ex art. 117, 4 co., Cost.). La Corte costituzionale, con la pronuncia in esame, ha sancito la illegittimità di gran parte del d.l. n. 279/2004⁸³, che risulta, oggi, significativamente ridimensionato.

Il giudice costituzionale riconosce la competenza regionale su un piano soprattutto "organizzativo", che riguarda il "come" gestire la dislocazione delle diverse colture, elaborando le misure ritenuti più

⁸⁰ Così Corte cost. n. 116/2006, la quale richiama sul punto le parole della sentenza n. 282/2002, che, pur non vertendo in tema di libertà di iniziativa economica, rappresenta una "lettura" fondamentale nella definizione del rapporto fra discrezionalità legislativa e dato scientifico, in base al quale la prima non può non tenere conto del secondo, dovendo possedere una legittimazione anche scientifica: «Ma un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi, di norma nazionali o sovranazionali, a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono gli organi tecnico scientifici».

⁸¹ Così, A. D'ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, cit., 21.

⁸² Così, su un tema diverso, Corte cost. n. 338/2003 che, appunto, afferma: «Da ciò discende che interventi legislativi regionali, posti in essere nell'esercizio di una competenza legislativa concorrente, come quella di cui le Regioni godono in materia di tutela della salute (art. 117, terzo comma, Cost.), sono costituzionalmente illegittimi ove pretendano di incidere direttamente sul merito delle scelte terapeutiche in assenza di - o in difformità da - determinazioni assunte a livello nazionale, e quindi introducendo una disciplina differenziata, su questo punto, per una singola Regione». Si veda ancora, A. D'ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, cit., il quale evidenzia la connessione fra le sentenze n. 338/2003 e n. 116/2006.

⁸³ Con la pronuncia n. 116/2006, è sancita l'illegittimità costituzionale del d.l. n. 279/2004 nella parte in cui subordinava l'adozione dei piani di coesistenza regionali alla normativa quadro statale, dettava la disciplina sanzionatoria, istituiva un apposito nuovo organo consultivo statale, strettamente strumentale all'esercizio dei poteri ministeriali.

efficaci per quel determinato luogo. Spetta, dunque, alla Regione definire le varie modalità applicative del principio di coesistenza nei diversi territori, i quali peraltro risultano estremamente diversificati dal punto di vista morfologico e produttivo (e anche per questo pare ancora più opportuna l'attinenza alla competenza regionale, in grado di meglio valorizzare le realtà locali)⁸⁴.

Da ultimo, la Corte costituzionale sottolinea comunque che l'esercizio della potestà regionale in materia di agricoltura, e con riguardo alle coltivazioni geneticamente modificate, potrà essere accompagnata anche da provvedimenti statali entro le rispettive sfere di competenza. Ciò a conferma della complessità della materia in esame e a tutela dei diversi interessi di rango costituzionale che la caratterizzano e che risultano in continua tensione fra istanze economiche e sociali. Ne deriva una necessaria "coesistenza" anche delle discipline di matrice comunitaria, statale e regionale che sono destinate a "dialogare", disciplinando profili diversi dello stesso settore⁸⁵.

5.3. La prospettiva regionale e gli organismi geneticamente modificati. Alcune brevi osservazioni

Molto brevemente, pare opportuno aggiungere qualche considerazione circa la prospettiva adottata dalle Regioni nell'ambito della disciplina delle colture geneticamente modificate.

Sottolineando, in ogni caso, il ruolo principale del legislatore europeo e nazionale, occorre notare che anche l'azione legislativa regionale risulta piuttosto significativa sul tema. Le normative regionali, infatti, «si sono generate in modo spontaneo»⁸⁶, mosse dalla volontà di apporre le necessarie tutele alla preservazione del proprio territorio e delle sue tipicità alimentari rispetto alle applicazioni delle biotecnologie alimentari. Si è trattata di una vera e propria difesa: le normative regionali hanno manifestato e presentano tuttora una forte resistenza ad ammettere le colture transgeniche all'interno dei loro luoghi⁸⁷.

In particolare, la disciplina che se ne ricava è ricca di divieti e limitazioni, ma anche di obblighi informativi reciproci. Ad esempio, alcune di esse nel 2003 hanno dato vita alla cosiddetta *Rete delle Regioni europee – GMO free*⁸⁸, in cui oggi sono presenti non solo regioni italiane ma anche di altri Paesi europei, accomunate dall'intento di proteggere la tipicità delle produzioni locali.

Le Regioni, dunque, hanno fin da subito cercato di mettere un argine all'ingresso degli organismi geneticamente modificati, applicando un approccio precauzionale a tutela dell'ambiente e della salute umana e animale, e apportando anche limitazioni all'esercizio della libertà di iniziativa economica degli agricoltori intenzionati a coltivare varietà geneticamente modificate, autorizzate a livello europeo. In questa sede, pare interessante riportare, soltanto a titolo esemplificativo, la normativa di alcune Regioni: il Friuli Venezia-Giulia con la l.r. 4 agosto 2014, n. 5 ha vietato le colture OGM, in attesa dell'adozione dei piani di coesistenza; allo stesso modo, la Valle d'Aosta lo ha fatto tramite la l.r. 20 gennaio 2015, n. 2; la Regione Marche, a partire dal 2003, conduce una politica di opposizione all'introduzione

⁸⁴ Sul punto, si veda anche M. P. GENESIN, *La disciplina alimentare fra Stato e Regioni: verso quali scenari?*, in *Foro Amministrativo TAR*, 10, 2009, 3005 ss.

⁸⁵ Sul punto, A. RINELLA, C. PUNGITORE, *op. cit.*, 154

⁸⁶ A. SPINA, *La regolamentazione degli OGM nelle leggi regionali*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 3-4, 2006, 563 ss.

⁸⁷ Come già sottolineato, a seguito della Direttiva europea n. 2015/412, le coltivazioni geneticamente modificate sono escluse dal territorio italiano.

⁸⁸ Maggiori informazioni possono essere reperite dal sito, qui di seguito il link <https://www.gmo-free-regions.org>.

di OGM, ritenendo che non sia possibile istituire efficaci misure di coesistenza a causa della conformazione del territorio regionale medesimo; la Regione Emilia-Romagna ha istituito il relativo divieto con la l.r. 22 novembre 2004, n. 25 e ha, inoltre, previsto l'esclusione ai marchi di qualità per tutte quelle aziende nei cui prodotti si riscontrino contaminazioni o che utilizzino mangimi contenenti OGM; la Regione Lazio ha sancito il divieto di coltivazioni geneticamente modificate già con la l.r. n. 15/2000, promuovendo una tutela ispirata al principio di precauzione e volta a garantire «le risorse genetiche» del proprio territorio, anche per mezzo della istituzione di un'apposita agenzia regionale di controllo (ARSIAL).

Come già indicato, a seguito della Direttiva n. 2015/412, l'Italia esclude, su tutto il suo territorio, la coltivazione di varietà geneticamente modificate. Eppure, è possibile affermare che l'approccio regionale abbia esercitato una certa influenza nella determinazione dell'orientamento statale al fenomeno degli OGM. Provando ad immaginare uno scenario diverso dove le Regioni avessero tenuto un atteggiamento di non totale chiusura verso le biotecnologie alimentari, è difficile dire se il risultato, oggi, sarebbe lo stesso. La prospettiva regionale, per sua natura più vicina a comprendere le esigenze delle realtà locali, contribuisce necessariamente alla formazione di un indirizzo generale, soprattutto in un settore particolare come quello agricolo e alimentare, che presenta una forte connotazione territoriale, culturale e sociale.

6. Il caso Fidenato. Una ricostruzione

La vicenda, molto nota e studiata, vede protagonista l'agricoltore Giorgio Fidenato, il quale nel 2010 mette a coltura il MON 810, una varietà di mais geneticamente modificata prodotta dalla società Monsanto S.p.A., senza aver ottenuto la previa autorizzazione statale, così come previsto dal d.lgs. n. 212/2001.

Fidenato, dopo essersi autodenunciato, viene sottoposto a procedimento penale davanti al Tribunale di Pordenone. Infatti, il d.lgs. n. 212/2001 (art. 1, 5 co.) punisce chi coltiva varietà geneticamente modificate senza autorizzazione con la pena dell'arresto da sei mesi a tre anni o con una ammenda, prevedendo la stessa sanzione in caso di revoca o sospensione dell'autorizzazione. Tuttavia, nel corso del processo, viene sollevata questione di pregiudizialità davanti alla Corte di Giustizia relativamente all'interpretazione dell'art. 26 bis della Direttiva europea n. 2001/18. Al giudice comunitario viene chiesto se l'autorizzazione prevista dal d.lgs. n. 212/2001 fosse compatibile o contrastasse con la complessiva disciplina della Direttiva n. 2001/18 e, in secondo luogo, se tale autorizzazione fosse necessaria per tutelare il principio di coesistenza (anche laddove l'Unione europea avesse già fornito la propria).

In realtà, proprio su questo tema (e come già accennato nel corso di questo lavoro, cfr. par. 5) la Corte di Giustizia era già stata precedentemente investita della medesima questione nell'ambito della vicenda che ha visto coinvolta l'azienda Pioneer Hi Bread Italia Srl. In questo caso, il Ministero delle Politiche agricole, alimentari e forestali aveva respinto la richiesta della società Pioneer ad autorizzare la varietà MON 810, già ammessa a livello europeo, in attesa che le Regioni adottassero i relativi piani di coesistenza. Avverso il diniego statale, la società propose ricorso davanti al TAR Lazio e, poi, a seguito del rigetto di quest'ultimo, davanti al Consiglio di Stato.

Prima nel caso Pioneer con sentenza del 6 settembre 2012 e, poi, nel caso Fidenato con ordinanza 8 maggio 2013, la Corte di Giustizia ha ribadito che «la messa in coltura di OGM quali le varietà del mais MON 810 non può essere assoggettata a una procedura nazionale di autorizzazione quando l'impiego e la commercializzazione di tali varietà sono autorizzati ai sensi dell'art. 20 del regolamento n. 1829/2003 e le medesime varietà sono state iscritte nel catalogo comune previsto dalla direttiva n. 2002/53»⁸⁹. Proseguendo nell'esame della seconda questione, sollevata all'interno del processo Fidenato, la Corte di Giustizia afferma che la portata dell'art. 26 bis «non consente a uno Stato membro di opporsi alla messa in coltura sul suo territorio di tali OGM» in quanto l'autorizzazione nazionale non può costituire di per sé una misura di coesistenza volta a evitare la presenza involontaria di OGM in altre colture (punti 32 e 33 dell'Ordinanza).

A seguito della pronuncia chiarificatrice della Corte di Giustizia, il giudice penale italiano nel 2013 ha assolto Fidenato da tutti i capi di imputazione, determinando di fatto una disapplicazione del diritto interno⁹⁰.

6. 1 (segue) Il Caso Fidenato. Secondo atto

A seguito delle pronunce della Corte di Giustizia, il Ministero della Salute ha adottato il Decreto ministeriale del 12 luglio 2013, mediante il quale vieta la coltivazione del mais MON 810⁹¹, in base all'art. 34 del Regolamento n. 1829/2003 (misure urgenti volte a tutelare il territorio da rischi derivanti da OGM, a tutela della salute o dell'ambiente). In particolare, il decreto ministeriale era motivato da alcuni rapporti scientifici che mettevano in evidenza perplessità in merito a quella determinata varietà di mais geneticamente modificato; tuttavia, tali considerazioni non avevano comunque trovato riscontro nel parere fornito dall'Autorità Europea per la Sicurezza Alimentare⁹².

Giorgio Fidenato, uscito indenne dalla precedente vicenda giudiziaria, ha continuato la sua "battaglia" a favore delle coltivazioni geneticamente modificate, riseminando la varietà MON 810 nei suoi terreni nel Friuli Venezia-Giulia. A seguito dell'entrata in vigore del decreto ministeriale che ne pone il divieto generale a tali coltivazioni, l'agricoltore impugna il provvedimento e ricorre davanti al TAR Lazio al fine

⁸⁹ Ordinanza 8 maggio 2013 della Corte di Giustizia, causa C-542/12. La Direttiva 2002/53 richiamata dalla Corte di Giustizia è quella relativa al catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole; quando un organismo geneticamente modificato viene autorizzato in ambito UE, deve poi essere iscritto in tale registro. A tal proposito, è possibile richiamare anche la decisione della Commissione europea n. 2003/653, intervenuta in relazione alla presentazione da parte dei *Land* austriaci di un progetto di legge che poneva un divieto generale alle coltivazioni geneticamente modificate, al fine di proteggere le produzioni agricole tradizionali. La Commissione ha respinto la domanda, affermando che in presenza di un diritto comunitario volto ad armonizzare la legislazione degli Stati membri, essi non possono impedire la coltivazione di OGM autorizzati a livello UE. Nel caso di specie, la Commissione non aveva riscontrato la sussistenza di nuovi elementi scientifici, tali da richiamare legittimamente la clausola di salvaguardia ex art. 23 Direttiva 2001/18. La decisione della Commissione ha trovato conferma nella sentenza del 13 settembre 2007 della Corte di Giustizia.

⁹⁰ In questo senso, F. ROSSI DAL POZZO, *op. cit.*, 379.

⁹¹ Su tale vicenda si veda, anche V. RANALDI, *op. cit.*, 1011 ss.

⁹² EFSA, *Scientific Opinion on a request from the European Commission related to the emergency measure notified by Italy on genetically modified maize MON 810 according to Article 34 of Regulation (EC) No 1829/2003*, in *EFSA Journal*, 11, 2013, 3371 ss.

di ottenerne l'annullamento⁹³. In questa prima battuta, il TAR rigetta l'istanza di Fidenato, ritenendo legittimo il decreto ministeriale. Dopo una ricostruzione delle normative europea e nazionale, nonché della giurisprudenza comunitaria intervenuta sul tema, il giudice amministrativo afferma che il decreto ministeriale risulta coerente con la stessa e in applicazione di un approccio precauzionale. Occorre segnalare, infatti, che il mais MON 810 era stato autorizzato in sede UE nel 1998, sulla base della Direttiva n. 90/220 (sostituita successivamente dalla Direttiva n. 2001/18); nel 2007, la società Monsanto aveva poi correttamente notificato la richiesta di rinnovo dell'autorizzazione, che però nel 2014 risultava ancora in attesa di una risposta da parte della Commissione europea. A sostegno del proprio provvedimento, il TAR richiama questi fatti, come indicativi di una "incertezza" esistente anche in sede europea⁹⁴. Pertanto, il TAR ritiene che «in simile contesto, quindi, non può essere seriamente posto in dubbio che il diffondersi di colture di MAIS transgenico sulla base di un'autorizzazione risalente nel tempo, la quale non poteva tener conto di una normativa successiva più restrittiva nonché delle problematiche connesse ai rischi ambientali successivamente emerse [...], le quali avevano in sostanza precluso alla Commissione Europea di procedere al rinnovo della citata autorizzazione, poteva rappresentare un situazione di concreto ed attuale pericolo tale da giustificare l'adozione del suddetto decreto»⁹⁵.

Il provvedimento del TAR viene impugnato davanti al Consiglio di Stato, ma senza l'esito sperato dal ricorrente: il giudice di secondo grado, infatti, nel 2015 riconferma la sentenza del Tribunale amministrativo, ripercorrendo le stesse motivazioni.

La storia, però, continua, anzi, sembra quasi ricominciare dall'inizio. Fidenato, infatti, è di nuovo imputato in un procedimento penale per avere messo a coltura mais geneticamente modificato vietato in Italia. Ancora una volta, nel corso del processo giudiziario, viene sollevata questione di pregiudizialità davanti alla Corte di Giustizia, riguardante i fatti che si erano verificati in precedenza in Italia⁹⁶.

⁹³ È necessario sottolineare che oltre a Fidenato, avverso al decreto ministeriale del 2013, anche un altro agricoltore, Silvano Dalla Libera, ha fatto ricorso nella medesima sede. I due ricorsi, dalle doglianze sostanzialmente analoghe, sono stati trattati e decisi congiuntamente, cfr. TAR Lazio, sentenza 23 aprile 2014, n. 10302.

⁹⁴ Il TAR afferma anche l'esistenza di pareri discordanti da parte dell'EFSA in merito alla varietà MON 810. In realtà, l'Autorità si era espressa nel 2013 specificamente con riferimento alle misure d'emergenza adottate dall'Italia, senza riconoscere fondamento scientifico, si veda nota 92 con riferimento alla relativa «scientific opinion».

⁹⁵ Così, il giudice amministrativo, TAR Lazio, sentenza 23 aprile 2014, n. 10302.

⁹⁶ La Corte di Giustizia è chiamata a stabilire: «(1) se, a fronte della richiesta di uno Stato membro come quella dell'Italia, la Commissione sia obbligata ad adottare le misure d'emergenza di cui all'art. 53 del regolamento n. 178/2002, anche laddove non ritenga l'esistenza di rischi per la salute umana rispetto a certi alimenti e/o mangimi; (2) se, a seguito della valutazione contraria della Commissione all'adozione delle misure d'emergenza, lo Stato membro richiedente possa procedere autonomamente ad adottare misure d'emergenza provvisorie nel proprio ordinamento; (3) se, in particolare, le predette misure d'emergenza provvisorie di uno Stato membro possano essere adottate, in ottemperanza al principio di precauzione, anche in assenza della prova di un rischio grave e manifesto per la salute dell'uomo, animale o per l'ambiente nell'utilizzo di un alimento o mangime; (4) se, infine, ove la Commissione abbia espresso valutazione contraria e l'Agenzia per la sicurezza alimentare abbia confermato l'assenza della necessità di adottare misure d'emergenza, uno Stato membro possa mantenere vigenti le misure provvisorie d'emergenza precedentemente adottate una volta trascorso il periodo provvisorio di durata delle stesse», Sentenza 13 settembre 2017, causa C-111/16, *Giorgio Fidenato et al.*

La Corte, nell'analizzare di nuovo la normativa italiana e la sua opposizione agli organismi geneticamente modificati, afferma, in primo luogo, che «la Commissione europea non è tenuta ad adottare misure di emergenza, [...] quando non sia manifesto che un prodotto autorizzato dal regolamento n. 1829/2003 o conformemente allo stesso può presentare un grave rischio per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente»⁹⁷. In secondo luogo, il giudice comunitario, invece, ammette la possibilità per lo Stato membro di mantenere in vigore le misure d'emergenza provvisorie, qualora la Commissione europea, correttamente informata, non si sia ancora pronunciata sul punto.

Infine, viene preso in considerazione il principio di precauzione, rispetto al quale la Corte specifica che gli Stati membri non possono adottare misure d'emergenza provvisorie soltanto in base a tale approccio, ma occorre che siano soddisfatte anche le condizioni di cui all'art. 34 del Regolamento n. 1829/2003. Pertanto, in relazione a quest'ultimo punto, la Corte afferma che per ammettere misure urgenti volte a contrastare i rischi possibili derivanti da OGM, oltre ad un'ottica precauzionale, è necessaria la sussistenza di quei requisiti espressamente previsti dagli strumenti europei: deve trattarsi, cioè, di un rischio grave, serio, manifesto tale da mettere a repentaglio la salute umana, animale e/o l'ambiente. In particolare, con le parole della Corte, «misure di tutela adottate in forza del predetto articolo 34 non possono essere validamente motivate con un approccio puramente ipotetico del rischio, fondato su semplici supposizioni non ancora accertate scientificamente. Al contrario, siffatte misure di tutela, nonostante il loro carattere provvisorio e ancorché rivestano un carattere preventivo, possono essere adottate solamente se fondate su una valutazione dei rischi quanto più possibile completa tenuto conto delle circostanze specifiche del caso di specie, che dimostrano che tali misure sono necessarie»⁹⁸.

Con tale pronuncia la Corte ha rimarcato la vincolatività effettiva del dettato comunitario, il quale non può essere superato da una prospettiva di mera precauzionalità; la legislazione comunitaria sugli OGM è volta ad assicurare un livello elevato di tutela della salute, temperando l'esigenza del funzionamento del mercato interno. Le scelte normative degli Stati membri devono rispettare i parametri già stabiliti dal legislatore comunitario, i quali, specificano il tenore del rischio ritenuto necessario⁹⁹.

Nel tentativo di tracciare l'epilogo di una tale complicata vicenda, è possibile notare come, anche in questa seconda battuta, la Corte di Giustizia abbia accolto i profili fatti valere da Giorgio Fidenato¹⁰⁰. Tuttavia, il risultato rimane, in parte, «amaro»: oggi, infatti, le questioni sembrano superate, a seguito della Direttiva n. 2015/412 e della conseguente esclusione generale delle colture geneticamente modificate dal territorio italiano, attuata tramite il decreto legislativo n. 227/2016. Si verifica una sorta di

⁹⁷ Sentenza 13 settembre 2017, causa C-111/16, *Giorgio Fidenato et al.*

⁹⁸ Punto 51, Sentenza 13 settembre 2017, causa C-111/16, *Giorgio Fidenato et al.*

⁹⁹ «[...] Il principio di precauzione [...] non permette di eludere o di modificare, in particolare rendendole meno stringenti, le disposizioni previste per gli alimenti geneticamente modificati, poiché essi sono già stati oggetto di una valutazione scientifica completa prima di essere immessi in commercio», così si esprime la Corte di Giustizia nel comunicato stampa n. 96/2017 della sentenza in esame.

¹⁰⁰ Pare opportuno sottolineare nel corso della ricostruzione della dinamica altre due pronunce collaterali: la Corte di Cassazione con la sentenza n. 48196/2017, sull'onda della giurisprudenza comunitaria, ha annullato il sequestro dei terreni messi a coltura con mais MON 810 da parte di Giorgio Fidenato; il Consiglio di Stato a febbraio 2019 ha condannato la Regione del Friuli Venezia-Giulia a risarcire il Sig. Fidenato, ritenendo illegittimi i provvedimenti adottati, in base alla legislazione regionale del 2014, in contrasto con il dettato comunitario. Più approfonditamente, cfr. Cons. Stato, 1 febbraio 2019, n. 803.

paradosso: se tale divieto dapprima non aveva incontrato il favore della Corte di Giustizia, esso è stato legittimato in seguito dallo stesso legislatore comunitario.

7. I “nuovi” OGM: la Corte di Giustizia sull’*editing* genetico nel settore agroalimentare. Cenni

A completamento dell’indagine ricostruttiva che si è tentato di svolgere nel corso di questo lavoro, occorre, da ultimo, soffermarsi su una nuova categoria di tecniche, le cui applicazioni in ambito agroalimentare, di recente, sono state ricondotte nell’alveo degli organismi geneticamente modificati.

Preliminarmente, serve considerare che negli ultimi tempi la comunità scientifica, la società civile, nonché gli operatori del diritto si sono dovuti confrontare con l’elaborazione straordinaria di sofisticatissimi metodi, tali da consentire modificazioni genetiche in ambito umano, animale e vegetale. Si tratta delle cosiddette tecniche di “*editing* genetico”, fra le quali, la più promettente è nota come Crispr¹⁰¹, acronimo della più articolata espressione *Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats*. Il metodo Crispr, in combinazione con la proteina Cas9, agisce come una sorta di “forbice molecolare”, tagliando la sequenza difettosa e sostituendola con quella corretta. La tecnica è in continuo perfezionamento e, seppure chiamata, in primo luogo, a svolgere uno scopo di cura¹⁰², le sue potenzialità applicative in ambito agroalimentare non sono passate inosservate.

In particolare, la differenza fra le tecniche di ingegneria genetica e quelle di *genome editing* risiede in questo: nel primo caso, un certo gene viene prelevato da una specie, per poi essere trasferito in un altro organismo da modificare; nel secondo, invece, la tecnica permette di incidere direttamente sulla sequenza genica, senza dover svolgere alcun “trasferimento”. In questo caso, la modifica avviene internamente, senza attingere ad alcun contributo esterno, come una sorta di “*word processor*” che permette di selezionare ed editare quella specifica parte interessata¹⁰³. Inoltre, queste tecniche, caratterizzate da una particolare rapidità e precisione nello svolgimento delle modifiche, “non lasciano

¹⁰¹ In particolare, le pubblicazioni che hanno dato il via al dibattito su Crispr: J. A. DOUDNA, E. CHARPENTIER, *A Programmable Dual-RNA-Guided DNA Endonuclease in Adaptive Bacterial Immunity*, in *Science*, 337, 2012, 816-821; per una più ampia trattazione, si veda A. MELDOLESI, *E l’uomo creò l’uomo: CRISPR e la rivoluzione dell’editing genetico*, Torino, 2017. Sul tema, l’Autrice tiene anche su un blog, attraverso il quale in modo molto aggiornato descrive notizie e avanzamenti delle nuove tecniche di *editing* genetico. Si veda, soprattutto per considerazioni di carattere bioetico, Comitato Nazionale di Bioetica, *L’editing genetico e la tecnica CRISPR-CAS9: considerazioni etiche*, 23 febbraio 2017. Occorre, inoltre, segnalare che la tecnica in questione è in costante rapida evoluzione: oggi sono già presenti le “versioni” più avanzate di Crispr, ossia la *base editing* e, poi, ancora più sofisticata la *prime editing*, la quale presenta un grado di precisione e sicurezza ben più elevato rispetto alla prima “edizione” Crispr. Con riguardo a questi ultimi progressi, si veda F. ZHANG, D. B. T. COX, J.S. GOOTENBERG, et al., *RNA editing with CRISPR-Cas13*, in *Science*, 358, 2017, 1019 ss.; D.R. LIU, A.V. ANZALONE, P.B. RANDOLPH, *Search-and-replace genome editing without double-strand breaks or donor DNA*, in *Nature*, 576, 2019, 149 ss.

¹⁰² Per quanto riguarda gli utilizzi a scopo terapeutico del nuovo metodo, la tecnica rende possibile intervenire anche sulla linea germinale e incidere sull’ereditarietà dei caratteri. Proprio in forza delle forti inquietudini di carattere etico che interventi di questo tipo sollevano, un gruppo di studiosi ha avanzato la richiesta di una moratoria globale dell’impiego clinico di tali tecniche sulla linea germinale, in attesa della definizione di un quadro internazionale di governance rispetto a questi utilizzi, cfr. LANDER, BAYLIS, ZHANG ET AL., *Adopt a moratorium on heritable genome editing*, in *Nature*, 13 marzo 2019

¹⁰³ D. BRESSANINI, *op. cit.*, 246, A. MELDOLESI, *op. cit.*

tracce”: in diversi casi, infatti, le operazioni compiute per mezzo dell’*editing* genetico sembrano non essere diverse da ciò che potrebbe verificarsi in natura o da mutazioni indotte da parte dell’uomo.

L’*editing* genetico, dunque, apre scenari inediti sia in termini di ricerca scientifica e possibilità di cure, sia rispetto alla innovazione nei settori dell’allevamento e dell’agricoltura¹⁰⁴, anche in termini di sostenibilità.

Proprio con riguardo a quest’ultimo aspetto e al legame intercorrente fra l’*editing* genetico e le varietà geneticamente modificate, si è dovuto interrogare il giudice comunitario. Infatti, la Corte di Giustizia, nel luglio 2018, è stata nuovamente investita di una questione di pregiudizialità, sorta nel corso di un processo davanti al *Conseil d’État*, fra *Confédération paysanne (et al.)* e il Governo francese¹⁰⁵. La Corte si è pronunciata sull’interpretazione della direttiva n. 2001/18, in relazione alla sua applicabilità anche sugli organismi vegetali derivanti dall’impiego delle tecniche di *editing* genetico (specificamente utilizzando il procedimento di mutagenesi).

La controversia trae origine dalla domanda, avanzata da parte di *Confédération paysanne* e altre associazioni ambientaliste, per l’abrogazione della normativa francese che ammetteva la coltivazione di alcune varietà di colza, realizzata tramite l’applicazione delle nuove tecniche di mutagenesi. Nel corso della causa, la Confederazione e le altre associazioni ricorrenti¹⁰⁶ hanno sostenuto che siffatte tecniche, in base alle recenti evoluzioni scientifiche, fossero da considerarsi al pari dei metodi di transgenesi e, pertanto, da ricondurre al campo applicativo della direttiva n. 2001/18, presentando per l’ambiente o la salute gli stessi rischi dei “tradizionali” OGM¹⁰⁷. Di contro, il Governo francese ribatteva affermando che tali rischi non sarebbero derivanti dalle colture in sé, ma dalle pratiche di coltivazione degli agricoltori e, inoltre, sottolineava che la mutagenesi provocherebbe modificazioni molto simili alle variazioni spontanee o indotte in modo casuale.

Occorre notare che l’art. 3, par. 1, insieme all’allegato I B, della Direttiva n. 2001/18, individua le tecniche escluse dall’applicazione della disciplina comunitaria, includendo anche quella di mutagenesi; tuttavia, la Corte osserva come tale riferimento sia soltanto di ordine generale, in quanto la tecnica considerata presenta svariati metodi applicativi, mentre il dettato comunitario non specifica quali di questi debbano intendersi esclusi (o meno) dall’applicazione della Direttiva¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Sul dibattito e sulle potenzialità e rischi presentate da Crispr e l’*editing* genetico in generale, si veda Nuffield Council on Bioethics, *Public dialogue on genome editing. Why? When? Who? Report of a Workshop on public dialogue for genomediting*, 2016; sempre dello stesso istituto, si veda il report *Genome editing: an ethical review*, 2016

¹⁰⁵ Corte di giustizia UE, Grande Sez. 25 luglio 2018, in causa C-528/16, *Confédération paysanne et al. c. Premier ministre et al.*

¹⁰⁶ Le altre associazioni sono: Réseau Semences Paysannes, Les Amis de la Terre France, Collectif Vigilance OGM et Pesticides 16, Vigilance OG2M, CSFV 49, OGM dangers, Vigilance OGM 33, Fédération Nature et Progrès.

¹⁰⁷ «Derivanti dalla disseminazione del materiale genetico di dette varietà [...], dalla necessità conseguente di aumentare le quantità e di variare i tipi di erbicida utilizzati nonché dall’inquinamento dell’ambiente che ne risulta, o ancora dagli effetti involontari quali mutazioni indesiderate o fuori bersaglio su altre parti del genoma nonché dall’accumulo di molecole cancerogene o di interferenti endocrini in piante coltivate e destinate all’alimentazione umana o animale», punto 21

¹⁰⁸ «Per quanto riguarda, innanzitutto, la formulazione dell’articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/18, in combinato disposto con l’allegato I B, punto 1, a quest’ultima, occorre rilevare che tale punto, facendo riferimento, in modo generale, alla mutagenesi, non fornisce, di per sé, indicazioni decisive in merito ai tipi di tecniche

A seguito dell'analisi della disciplina comunitaria sul punto e dello stato di avanzamento scientifico delle tecniche di *editing* genetico considerate, la Corte di Giustizia ha affermato che gli organismi ottenuti mediante l'applicazione delle recenti tecniche di mutagenesi costituiscono, a pieno titolo, organismi geneticamente modificati. Rimangono esclusi soltanto quei prodotti ricavati tramite metodi utilizzati in varie applicazioni con una lunga tradizione di sicurezza¹⁰⁹.

La pronuncia non ha incontrato il consenso dell'opinione scientifica, la quale ha presto reagito con lettere "aperte" rivolte all'Unione europea¹¹⁰, evidenziando come sottoporre le tecniche di *editing* genetico alla stessa rigida disciplina prevista per gli organismi geneticamente modificati significherebbe, anche in questo caso, porre limiti preoccupanti all'innovazione del settore agroalimentare. Estendere il campo di applicazione della normativa comunitaria in esame equivale a vietare in via generale l'utilizzo delle nuove tecniche (da ricordare sempre l'opzione prevista in base alla Direttiva n. 2015/412, per cui viene consentito agli Stati membri di escludere la coltivazione di OGM dal proprio territorio; l'Italia vi ha già provveduto con il d.lgs. n. 227/2016).

Inoltre, la dottrina ha evidenziato come una tale pronuncia determini anche l'impossibilità di declinare le nuove biotecnologie per la salvaguardia della tipicità dei prodotti locali, che presentano problematiche peculiari e rispetto alle quali sia l'*editing* genetico sia gli OGM potrebbero essere fonte di aiuto¹¹¹. I pareri scientifici, come quello della Società Italiana di Genetica Agraria (SIGA), avevano sottolineato l'esigenza di un superamento generale della normativa comunitaria vigente in tema di OGM¹¹². In particolare, la Società afferma che «i tempi appaiono maturi per passare ad una normativa [...] che giudichi

o metodi che il legislatore dell'Unione abbia inteso precisamente escludere dall'ambito di applicazione della direttiva in parola.», punto 43. Si specifica che la Direttiva in esame presenta allegati di cui, in particolare, l'allegato I A è riferito all'art. 2, e l'allegato I B è riferito all'art. 3. Secondo l'interpretazione della Corte il primo detta un elenco di tecniche non tassativo, suscettibile di estensione in base all'evoluzione scientifica; il secondo invece indica una serie di deroghe al campo applicativo della Direttiva.

¹⁰⁹ Ai sensi dell'art. 2, punto 2 e 3, par. 1, Direttiva n. 2001/18/CE.

¹¹⁰ Numerosi studiosi hanno partecipato alla firma del documento *European scientists unite to safeguard precision breeding for sustainable agriculture*, mediante il quale indirizzano anche una lettera al Commissione europea, evidenziando la propria preoccupazione e la necessità di superare la complessa normativa vigente sul tema delle modificazioni genetiche in ambito agroalimentare, si veda il sito al link <http://www.vib.be/en/news/Pages/European-scientists-unite-to-safeguard-precision-breeding-for-sustainable-agriculture.aspx>, (ultimo accesso: 30 novembre 2019); si veda anche la petizione indetta sulla sentenza della Corte di Giustizia *Immediate Review of the ECJ Ruling on Plant Genome Editing*, disponibile al sito <https://www.change.org>, (ultimo accesso: 30 novembre 2019).

¹¹¹ Sul punto, in particolare, si veda A. MELDOLESI, *op. cit.* Vale la pena ricordare di nuovo l'episodio della Papaya delle Hawaii, dove l'utilizzo di una variante geneticamente modificata ha permesso di portare avanti l'economia locale e ha salvato le produzioni della Papaya tradizionali, letteralmente "difendendola" dagli attacchi degli insetti ad essa dannosi. La dottrina si chiede se si possa fare lo stesso, utilizzando le tecniche transgeniche o di *editing* genetico per quanto riguarda alcune colture italiane, come la varietà di pomodoro *san marzano*, che presenta particolari problematiche di coltivazione. Sul punto, D. BRESSANINI, *op. cit.*

¹¹² Si veda il parere della Società Italiana di Genetica Agraria (SIGA), *Considerazioni riguardo la tecnica del genome editing per il miglioramento genetico delle colture agrarie*, reperibile al link http://www.geneticagraria.it/attachment/SocietaScuolaRicerca/NBT_SIBV-SIGA.pdf, (ultimo accesso: 30 novembre 2019). Sulla necessità di una nuova legislazione si è pronunciato anche il *Bioökonomierat*, comitato consultivo tedesco sulla bioeconomia, si veda *Genome editing: Europe needs new genetic engineering legislation*, 2018, documento reperibile al https://biooekonomierat.de/fileadmin/Publikationen/berichte/BOER-Memo_Genome-Editing_ENG.pdf, (ultimo accesso: 30 novembre 2019). Sul punto si veda anche il blog di A. MELDOLESI, *CRISPeR MANIA*, 21 settembre

una varietà vegetale non solo in base alla tecnologia utilizzata per produrla ma soprattutto in base alle caratteristiche della varietà ottenuta»¹¹³, ritenendo, appunto, che non si tratta solo di “metodo”, ma occorre guardare, caso per caso, al risultato nel suo complesso. Allo stesso modo, è utile notare che anche i consulenti scientifici della Commissione Europea, a seguito delle preoccupazioni manifestate dalla comunità scientifica dei vari Paesi UE, sono intervenuti con un proprio documento, evidenziando la necessità di un cambiamento nella normativa vigente, in quanto non più efficiente nella regolamentazione della situazione attuale: «there is a need to improve EU GMO legislation to be clear, evidence-based, implementable, proportionate and flexible enough to cope with future advances in science and technology in this area. To achieve this, we recommend revising the existing GMO Directive to reflect current knowledge and scientific evidence, in particular on gene editing and established techniques of genetic modification. This should be done with reference to other legislation relevant to food safety and environmental protection»¹¹⁴.

Nonostante la pronuncia della Corte di Giustizia, pare che qualcosa si stia muovendo verso una direzione di “rinnovo” della disciplina relativa agli organismi geneticamente modificati e, soprattutto, in relazione alle nuove tecniche di mutagenesi. Queste, infatti, oltre a differenziarsi sul piano procedimentale, rispetto alle tecniche transgeniche, sembrano rappresentare un’opportunità per l’implementazione dell’innovazione in campo agroalimentare, nel tentativo di fornire una risposta alle sfide climatiche e ambientali, e alla domanda sempre maggiore di cibo. Da un parte, infatti, in base alle posizioni riportate della comunità scientifica, le tecniche di *editing* genetico potrebbero apportare un contributo molto significativo in termini di sostenibilità delle produzioni, consentendo diverse operazioni di straordinaria utilità (maggiore conservabilità del prodotto, resistenza ai parassiti, eliminazioni di fattori negativi come l’allergenicità, senza perdere l’identità genetica delle varietà tradizionali; operazioni di neo-domesticazione, al fine di rendere coltivabili piante selvatiche aumentando la biodiversità; procedimenti di *rewilding* per consentire alle specie già coltivate una maggiore tollerabilità agli stress ambientali¹¹⁵).

Dall’altra, tali tecniche rappresenterebbero una tecnologia a basso costo e, per questo, potrebbero ben adattarsi alle modalità di ricerca in ambito pubblico, nonché ad investimenti delle piccole imprese agroalimentari¹¹⁶.

L’atteggiamento “*case by case*” nell’ambito delle biotecnologie alimentari potrebbe rappresentare una soluzione efficace, sia per quanto concerne i prodotti GM in senso stretto, sia quelli derivanti dalle tecniche di editing genetico. L’agricoltura deve continuare ad adattarsi alle esigenze di una società che è in continua evoluzione; forse, almeno un tentativo di apertura verso le enormi potenzialità delle

2018 (fonte costantemente aggiornata sul metodo di *editing* genetico Crispr). Si veda altresì la proposta olandese: D. ERIKSSON, W. HAYWOOD, P. HOFVANDER, *A welcome proposal to amend the GMO legislative of the EU*, in *Trends of Biotechnology*, 38, 2018.

¹¹³ Documento SIGA, cit.

¹¹⁴ Statement of the Group of Chief Scientific Advisors – European Commission, *Scientific Perspective on the Regulatory Status of Products Derived from Gene Editing and the Implications for the GMO Directive*, 2018.

¹¹⁵ Documento Federazione Italiana per le Scienze della Vita – FISV, *Genome editing per l’agricoltura italiana – esempi di progetti in corso*, 2019

¹¹⁶ Documento SIGA, cit; Documento FISV, cit.

nuove tecnologie disponibili potrebbe essere opportuno, mantenendo sempre uno “sguardo” attento alla tutela dei beni costituzionali coinvolti, quali, in primo luogo, la salute e l’ambiente.

8. Verso nuove esigenze di regolazione? Alcune conclusioni

Pare particolarmente difficile fornire una sintesi efficace rispetto alla molteplicità dei profili in gioco, che afferiscono a settori tematici diversi e determinano la costituzione di un necessario modello di *governance* a più livelli.

Il quadro normativo, che si è cercato di descrivere, riflette la complessità di elementi che gravitano attorno alle agrobiotecnologie: esso appare di non facile interpretazione, arricchito da un’intensa opera della giurisprudenza, spesso interpellata a fornire specificazioni sulle modalità applicative del diritto comunitario e sul rapporto fra questi e gli Stati nazionali. Lo schema delle competenze circa l’amministrazione dei prodotti geneticamente modificati sembra risultare problematico anche sul piano interno, se, ad esempio, si guarda al caso italiano, dove è intervenuta la Corte costituzionale a dirimere i conflitti fra lo Stato e le Regioni.

Oggi, a seguito della Direttiva n. 2015/412, la dinamica sembra assumere forme diverse, verificandosi un vero e proprio movimento di «rinazionalizzazione delle scelte di concreta regolazione, piuttosto che in direzione di una compiuta unificazione delle regole»¹¹⁷. Tale normativa ha conferito una più ampia autonomia agli Stati membri, i quali possono scegliere di escludere (in modo parziale o totale) dai propri territori la coltivazione di varietà geneticamente modificate, anche se correttamente autorizzate in sede europea, consentendo una limitazione non necessariamente sulla base di comprovati motivi scientifici, ma anche per ragioni di politica generale. La posizione dell’Italia, da sempre in opposizione agli OGM, ha così trovato un nuovo contesto di legittimazione, che supera le censure operate da parte del giudice comunitario nel corso delle sue pronunce concernenti la legislazione italiana.

Tuttavia, una tale situazione non sembra, comunque, rappresentare una sintesi soddisfacente: se da una parte gli Stati membri ritengono di poter meglio salvaguardare il settore alimentare in termini di sicurezza e tipicità delle produzioni locali, dall’altra la comunità scientifica si è in larga parte dissociata da queste scelte legislative, sottolineando l’esigenza di una ridefinizione del concetto di “organismo geneticamente modificato” e la possibilità di svolgere valutazioni diverse a seconda dell’impiego della tecnica utilizzata e del contesto di riferimento. La pronuncia della Corte di Giustizia sulle tecniche di *editing* genetico ha rappresentato un definitivo punto di rottura fra nozioni scientifiche e definizioni normative, aprendo alla necessità di un dibattito di riforma per l’introduzione di nuovi meccanismi di disciplina nel settore delle biotecnologie agroalimentari, che, per lo meno, presentino regole differenziate fra tecniche transgeniche ed *editing* genico.

Il “blocco” attuale verso gli OGM (che comunque coinvolge la maggioranza dei Paesi UE) incide anche nell’ambito degli scambi commerciali a livello internazionale e determina limitazioni della libertà di

¹¹⁷ F. ALBISINNI, *Scienze della vita, produzione agricola e lawmakers: una relazione incerta*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2018, n. 5, 729 e ss.

iniziativa economica, le quali non paiono trovare effettivo fondamento alla luce dell'attuale dettato scientifico¹¹⁸.

Come affermato anche dai consulenti scientifici della Commissione europea, occorre capire che cosa si vuole intendere per "naturale", considerato che alcune mutazioni possono, appunto, avvenire spontaneamente in natura e che «le piante [coltivate] oggi sono il risultato di un lungo processo che, partendo dalle [specie] selvatiche presenti in natura, attraverso una serie di modificazioni genetiche, ha portato ad ottenere piante adatte alla coltivazione che consentono all'umanità di alimentarsi in maniera sana, completa ed economica»¹¹⁹. La posizione della comunità scientifica è maggioritaria nell'esprimere una certa fiducia verso le nuove opportunità biotecnologiche, soprattutto riguardo a quelle di editing genetico, le quali possono essere impiegate per svariati utilizzi e producono modificazioni tali da non distinguersi con quelle spontanee o con altre mutazioni casuali indotte dall'uomo.

È chiaro che le biotecnologie costituiscono tecniche in continua e rapida evoluzione, le quali, in ogni caso, meritano approfondite valutazioni prima di procedere a qualsivoglia proposta applicativa. L'ottica precauzionale non va del tutto abbandonata: occorre operare in un quadro di «convivenza costruttiva»¹²⁰, che può essere resa possibile da un maggior dialogo fra scienziati e agricoltori, e da una più efficiente attività di informazione, volta a raccontare in modo oggettivo le dinamiche sociali e scientifiche.

In tal senso, le moderne biotecnologie non mirano a soppiantare le pratiche tradizionali, ma sono animate dall'idea di contribuire alla risoluzione di eventuali problematiche e, in generale, alla valorizzazione del reparto agroalimentare, anche in termini di sostenibilità¹²¹.

Prospettando una "ragionevole" apertura verso le applicazioni biotecnologiche in agricoltura, ove utili alla risoluzione di determinati problemi, il diritto è chiamato a riformulare un assetto normativo, che si articoli o secondo nuove definizioni, maggiormente rispondenti al dettato scientifico, o secondo l'implementazione delle regole già esistenti, introducendo efficaci meccanismi di attuazione delle stesse, a livello europeo e nazionale¹²². Tuttavia, è anche vero che il diritto non può limitarsi a recepire il mero dato della scienza, ma deve svolgere un'indagine più profonda, volta a comprendere le esigenze sociali, ad adottare le misure necessarie per la gestione delle permanenti situazioni di incertezza e a tutelare,

¹¹⁸ Corte cost. n. 116/2006 in cui si afferma che la libertà di iniziativa economica può trovare limitazioni in base alla presenza di evidenze scientifiche che renda legittimo l'adozione di un approccio precauzionale nell'interesse della tutela dell'ambiente e della salute, cfr. paragrafo 5.2.

¹¹⁹ Documento SIGA, cit.; Sul punto anche il richiamato Statement of the Group of Chief Scientific Advisors – European Commission, cit.

¹²⁰ D. BRESSANINI, *op. cit.*, 197.

¹²¹ Come già precedentemente sottolineato, esse potrebbero contribuire a salvaguardare le tipicità territoriali (soprattutto per quanto riguarda le tecniche di *editing* genetico che consentono il mantenimento della stessa identità del prodotto) o rendendo maggiormente competitivi i sistemi produttivi locali.

¹²² A riguardo, si veda, sul punto, F. ALBISINNI, *op. cit.*, il quale afferma che «pur con queste criticità (ed in qualche misura forzature) della sentenza, sembra di dover concludere che l'incertezza non è tanto nelle regole, né nella lettura che la Corte di Giustizia ne ha dato, quanto piuttosto nella loro implementazione e attuazione, a livello europeo oltre che nazionale. Forse, più che a cambiare regole che hanno sin qui di fatto agito come palese limite all'innovazione scientifica in agricoltura, si potrebbe pensare ad utilizzare queste stesse regole come strumento, azionandole nei confronti dei Governi, europeo e nazionale».

anche tramite reciproci bilanciamenti, i valori costituzionali in gioco, che ruotano intorno alle applicazioni biotecnologiche.

Essays



Note a margine del D.P.R. 23 agosto 2019 n. 131: le nuove disposizioni in materia di donazioni di cellule riproduttive a cinque anni dalla Corte cost. n. 162/2014

Stefania Pia Perrino*

NOTES ON THE D.P.R. 23 AUGUST 2019 NO. 131: NEW RULES ON REPRODUCTIVE CELL DONATION, FIVE YEARS AFTER CONSTITUTIONAL COURT NO. 162/2014

ABSTRACT: With the D.P.R. no. 131/2019 Italy implemented the directive on reproductive cell donation. Five years after the decision of the Constitutional court, which stated the constitutional illegitimacy of the prohibition of heterologous fecundation as regulated by the law no. 40/2004, the legislative void has been filled. The new D.P.R. highlights the differences between the discipline of homologous artificial fertilization and heterologous fertilisation with donation from third parties, in open contrast with what the Constitutional court stated in 2014. The author analyses the D.P.R. and the problematic aspects of informed consent in the new discipline.

KEYWORDS: Medically assisted reproduction; reproductive cell donation; economical implications of RCD; heterologous fertilisation

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il D.P.R. 131/2019 – 3. Le persistenti lacune nella disciplina della donazione di gameti – 4. L'approdo politico contro l'approdo giurisprudenziale – 5. Alcune considerazioni finali

1. Premessa

Dopo anni di attendismo legislativo, con il D.P.R. 23 agosto 2019 n. 131¹ è stata data attuazione alla direttiva 2012/39/UE della Commissione, che modifica la direttiva 2006/17/UE, recante la disciplina della donazione di cellule riproduttive da parte di persone diverse dal partner, per l'applicazione delle tecniche di fecondazione eterologa facoltizzate all'esito dell'intervento demolitorio della Corte costituzionale².

* Dottoranda di ricerca in Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Milano – Bicocca. Mail: s.perrino@campus.unimib.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ D.P.R. 23/08/2019 n. 131, Regolamento di attuazione della direttiva 2012/39/UE della commissione, del 26 novembre 2012, che modifica la direttiva 2006/17/CE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umani, in GU, 14 novembre 2019 n. 267.

² Corte cost., 10 giugno 2014 n. 162, in *Foro italiano*, 2014, p. 2343, con nota di G. CASABURI, *Requiem (gioiosa) per il divieto di fecondazione eterologa: l'agonia della l. 40/04*; in *Famiglia e diritto*, 2014, 753 ss. con nota di V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia; in Europa e diritto e privato.*, 2014, 1105 ss., con nota di C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*; in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2014, 1005 ss., con nota di L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*; in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, 393 ss., con nota di G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il*

Dal 2014, anno in cui è stato dichiarato illegittimo il divieto di fecondazione eterologa, contenuto nell'art. 4, comma 3°, l. n. 40/2004, è stata invocata una disciplina per la donazione di cellule riproduttive e la prestazione del consenso da parte dei donatori terzi alla coppia di pazienti nelle procedure di P.M.A.

Se, infatti, una fecondazione omologa o autologa, unica tecnica disciplinata dalla c.d. legge 40, interessa la sola coppia di pazienti e dunque le regole impartite in materia sono tese alla tutela di tali soggetti, la procedura allogenica o eterologa comprende una serie di soggetti altri e diversi, le cui cellule vengono impiegate per la produzione di embrioni utili a pazienti affetti da condizioni di sterilità o infertilità assolute o ben più gravi. Conseguentemente, le regole in materia di fecondazione eterologa devono considerare interessi eterogenei, concernenti un maggior numero di pazienti.

Una simile impostazione è stata disattesa dalla Corte costituzionale, che nella nota pronuncia del 2014 non ha riscontrato lacune nella legge ed incluso l'eterologa nel più ampio *genus* delle tecniche di fecondazione assistita disciplinate dalla disciplina del 2004.

L'analisi del D.P.R. in commento palesa, invece, la necessaria difformità delle regole che caratterizzano eterologa e omologa.

2. Il D.P.R. 131/2019

L'art. 1, comma 2°, del decreto compendia la disciplina della «donazione di cellule riproduttive da parte di persone diverse dal partner», tratteggiando i requisiti soggettivi per le donazioni, il numero massimo di cicli di stimolazione ovarica, il numero massimo di nascite da medesimo donatore o donatrice, i test obbligatori per il donatore, i doveri di informazione e consulenza dell'*équipe* del centro P.M.A. e un (inedito) dovere di informazione del paziente.

Sin da subito, e segnatamente dalla analisi dei requisiti soggettivi di accesso, appaiono lontane le regole per la donazione dei gameti, rispetto a quanto prescritto per l'accesso alle tecniche di fecondazione omologa³.

divieto di fecondazione eterologa; in *Corriere Giuridico*, 2014, 1068 ss., con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione «eterologa»*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, 1123, con nota di S. TONOLO, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 10, 2016, 1360 ss., con nota di U. SALANITRO, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*; in *Studium Iuris*, 11, 2014, 1243-1257, con nota di R. VILLANI, *La caduta del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo: le ragioni della sua incostituzionalità e i successivi «indirizzi operativi» della conferenza delle regioni*; L. RISICATO, *La Corte costituzionale supera le esitazioni della CEDU: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2014, 1487 ss.; F. BASILE, *I donatori di gameti*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2015, 223-240; M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI, *L'illegittimità costituzionale della «fecondazione eterologa» (Analisi critica e materiali)*, Milano, 2014, 25 ss.; A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione «eterologa»*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, 825 ss.

³ La disciplina sulla procreazione medicalmente assistita contenuta nella l. n. 40/2004 non regola, anzi non menziona, le donazioni o i soggetti donatori, fatta eccezione per l'art. 9, comma 3°, l. n. 40/2004 nel quale si escludono la relazione giuridica di parentela nonché diritti e obblighi tra il nato da P.M.A. eterologa e donatore, in caso di violazione dell'incostituzionale art. 4, comma 3°.

La donazione di cellule riproduttive è consentita solo ai donatori di sesso maschile di età compresa tra i 18 e i 40 anni e alle donatrici di sesso femminile di età compresa tra i 20 ed i 35 anni. Un simile limite di età non è previsto nella l. n. 40/2004 e si distanzia notevolmente dalle prescrizioni impartite dalle Linee guida per la fecondazione di tipo omologo o autologo.

Quale che sia il sesso del soggetto donatore, le cellule riproduttive donate non possono determinare più di dieci nascite, salvo che una coppia di pazienti intenda avvalersi delle tecniche di fecondazione assistita allogeniche utilizzando le cellule riproduttive del medesimo donatore.

Inoltre, per quanto concerne la donatrice, la medesima non può essere sottoposta a più di sei stimolazioni ovariche.

Tutti questi limiti, data la natura altamente specialistica delle tecniche in esame e la rapidità con cui tali procedure soggiacciono ad evoluzione, devono soggiacere ad una verifica quantomeno triennale, al fine di rendere congrue le regole previste allo stato della scienza e delle migliori pratiche cliniche anche in ambito internazionale⁴. Una previsione, questa, che sembra essere finalmente al passo con gli ordinamenti della c.d. *Western legal tradition*, i quali negli ultimi decenni hanno previsto nelle leggi in materia di embrioni e cellule riproduttive espresse clausole di “gestione delle sopravvenienze”, tese a verificare la tenuta della disciplina in maniera ciclica a fronte delle evoluzioni in campo scientifico.

Il D.P.R., poi, procedimentalizza la selezione dei donatori, i quali vengono ammessi alla donazione all’esito dell’anamnesi sanitaria e medica e di un questionario, di un colloquio individuale con il medico responsabile.

Tuttavia, il medico esperto presso la clinica autorizzata alla P.M.A. è chiamato alla valutazione dei candidati donatori per escludere «i soggetti la cui donazione può costituire un rischio sanitario per gli altri, come la possibilità di trasmettere malattie, rischi sanitari per i donatori stessi [...] oppure conseguenze psicologiche per il donatore».

Esaurita la fase preliminare, i donatori devono essere sottoposti ad una serie di test obbligatori (HIV 1 e 2, epatite B e C, sifilide, clamidia, HTLV, fibrosi cistica, patologie ereditarie familiari) e solo all’esito di tale procedimento, il D.P.R. facoltizza la donazione delle cellule riproduttive.

La disciplina introduce, inoltre, un inedito dovere in capo al donatore: «nel caso in cui, dopo aver effettuato la donazione, il donatore venga a conoscenza di essere affetto o portatore di malattie trasmissibili mediante fecondazione eterologa, [...] è tenuto ad informarne tempestivamente la struttura presso la quale ha effettuato la donazione stessa». La previsione non si accompagna ad una espressa sanzione in caso di violazione e la genericità della disposizione, peraltro senza precedenti, pare ingenerare dubbi circa la possibilità per il donatore di concorrere nel reato di lesioni determinate dalla diffusione della patologia non segnalata in sede di donazione, in virtù di una innovativa posizione di garanzia.

⁴ Nel D.P.R. n. 131/2019 si legge all’art. 1, comma 2°: «I limiti relativi all’età dei donatori, al numero delle donazioni degli ovociti e dei gameti maschili e al numero delle stimolazioni ormonali cui può essere sottoposta la donatrice, nonché al numero delle nascite scaturenti dal medesimo donatore, sono oggetto di verifica almeno triennale sulla base dei risultati dell’esperienza, della ricerca e delle migliori pratiche della scienza medica seguite anche in sede internazionale, avvalendosi, per la verifica dei limiti al numero delle nascite scaturenti dal medesimo donatore, anche delle competenze dell’Istituto nazionale di statistica (ISTAT), ai fini dei successivi aggiornamenti del presente regolamento».

Terminata la donazione, le cellule riproduttive donate devono essere sottoposte a quarantena per centottanta giorni e successivamente sottoposte ai medesimi esami, i cui risultati devono essere disponibili prima dell'impiego dei campioni.

3. Le persistenti lacune nella disciplina della donazione di gameti

Illustrato il procedimento di selezione del donatore, è possibile muovere alcune considerazioni.

Si deve osservare come le disposizioni incluse nel D.P.R. non costituiscono il mero recepimento da parte dello Stato italiano delle disposizioni incluse nella direttiva, ma si tratta di una serie di norme che recano una più ampia tutela per il donatore.

Ciononostante, il D.P.R. non reca una disciplina autonoma in materia di consenso informato del donatore di cellule riproduttive. Per questo motivo, occorre interrogarsi attorno alla applicabilità delle regole in materia di consenso informato previste dalla l. n. 40/2004 ed i termini individuati dall'art. 6 quale limite per il paziente alla revoca del consenso.

La discussa disposizione normativa, sottoposta a reiterate questioni di legittimità costituzionale e ai quesiti referendari del 2005, è sopravvissuta incolume al processo di erosione della legge e continua a limitare il diritto di autodeterminazione dei pazienti individuando come momento ultimo per la revoca del consenso quello della fecondazione dell'ovocita.

Se tale termine appare plausibile per i genitori intenzionali, aderenti alle tecniche di procreazione assistita, non è così per il donatore di cellule terzo ed estraneo, il quale sarebbe trattato, in virtù dell'art. 6, con sfavore rispetto ad ogni altra disciplina in materia di donazione di cellule, tessuti e organi, in cui difettano termini finali per la revoca del consenso del donatore. Il trattamento appare ulteriormente sfavorevole se si considera che nella recentissima disciplina recante le norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento, la l. 22 dicembre 2017, n. 219, non si menzionano termini per l'esercizio della revoca del consenso ai trattamenti.

Pari considerazioni riguardano pure l'indennità per le spese e per gli inconvenienti determinati dalla donazione: a differenza di quanto accade nella disciplina in materia di donazione di midollo osseo e sangue, in cui il legislatore ha implementato il modello della cd. contribuzione figurativa, il D.P.R. non fa menzione di eventuali somme a titolo indennitario per il donatore, senza considerare gli oneri a carico di quest'ultimo, i costi dei farmaci necessari ai fini dell'espianto delle cellule riproduttive e le giornate lavorative perse.

A causa delle persistenti lacune, appare ancora utile il richiamo al Documento sulle problematiche relative alla fecondazione assistita eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014 elaborato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome.

Il 4 settembre 2014, a seguito della conclusione di un accordo volto a «rendere immediatamente esigibile un diritto costituzionalmente garantito su tutto il territorio nazionale», la Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome ha approvato il «Documento sulle problematiche relative alla fecondazione assistita eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014»⁵.

⁵ Cons. st., sez. III, 20 luglio 2016, n. 3297, in *Foro it.*, 2, III, 2017, 74 ss. Si veda M.P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*,

Con il citato documento, la Conferenza ha sottolineato «l'urgente necessità dell'inserimento nei L.E.A. delle tecniche di PMA omologa e di quella eterologa»⁶ e, con lo scopo di dettare un indirizzo politico omogeneo⁷, ha recepito le indicazioni del Gruppo di Lavoro deputato alla redazione di uno schema di decreto legge per la disciplina della procreazione eterologa.

Per la prima volta in Italia, il documento distingue tra il consenso informato e consapevole reso dal donatore e il consenso prestato dai pazienti destinatari della donazione.

Inoltre, per quanto concerne il consenso dei donatori di cellule riproduttive si prevede l'inserimento di un obbligo di specificazione della destinazione delle donazioni, lasciando trasparire la possibilità di destinare le cellule donate ad una serie eterogenea di finalità, come già accade in altri ordinamenti.

Il Documento, poi, provvede ad affermare il diritto del donatore all'indennità per le spese vive mediante il rinvio alle regole, generali e di settore, in materia di trapianti tra vivi⁸.

Infine, è esclusa espressamente la responsabilità del donatore di cellule da revoca del consenso. In altri termini, nessuna pretesa può essere avanzata da parte del centro autorizzato alla P.M.A. nei confronti del donatore di cellule allorquando quest'ultimo non intenda addivenire al c.d. *pick up*: si pensi – ad esempio – al caso in cui la donatrice, all'esito di un ciclo di stimolazione ovarica, determinante costi a carico della clinica per i farmaci somministrati e per il personale impiegato per il monitoraggio della paziente, revochi il proprio consenso.

La disposizione citata non è priva di risvolti applicativi: la Conferenza delle Regioni si mostra consapevole della difficoltà di inquadramento giuridico-sistematico di simili attività e ha inteso presidiare la libertà di autodeterminazione dei donatori in via assoluta. Infatti, prima in sede squisitamente politica, successivamente nelle delibere delle Regioni italiane, viene espressamente esclusa una qualsiasi pretesa da parte del centro deputato alla raccolta delle cellule riproduttive: «I donatori devono essere liberi di revocare, in qualsiasi momento e senza alcuna spesa o pretesa economica, da parte del Centro di PMA che ha effettuato la raccolta e/o di quello che intendeva utilizzare i gameti, il consenso prestato per l'ulteriore impiego dei loro gameti».

in *Osservatorio AIC*, 1, 2018, 1-60; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018, 31.

⁶ Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014, in *Diritto di famiglia e delle persone*, II, 4, 2014, 1728; C. CICERO, E. PELUFFO, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; ovverosia, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 4, 2014, 1290; R. VILLANI, *La caduta del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo: le ragioni della sua incostituzionalità e i successivi "indirizzi operativi" della Conferenza delle Regioni*, in *Studium iuris*, 2014, 1243; C. TRIPODINA, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2014, 2593; E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 4, 2014, 1669 G. BERTI DE MARINIS, *Il ruolo della giurisprudenza nell'evoluzione della disciplina in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 5, 2014, 1715; F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Digesto*, 2015. Si ricorda che la Conferenza delle Regioni e Province autonome è un'associazione di diritto privato, costituita dai Presidenti delle Regioni.

⁷ V.M. BASILE, *I donatori di gameti*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 5, 2015, 223-240.

⁸ Per un approfondimento, P. STANZIONE, *La disciplina giuridica dei trapianti. Legge 1^a aprile 1999 n. 91*, Milano, 2000.

Pur trattandosi di un documento sprovvisto di cogenza e dal carattere esclusivamente politico⁹, le Regioni italiane lo hanno approvato all'unanimità e, successivamente, ne hanno recepito le indicazioni mediante le delibere delle Giunte regionali¹⁰.

⁹ Sul punto, si veda M. AZZALINI, *Il consenso "complesso" nella procreazione medicalmente assistita*, cit., 193-194: «Tali linee guida, esempio di quel *soft law* che sempre più spesso connota la disciplina bioetica, prescrivono come indispensabile l'acquisizione del consenso informato anche del donatore/donatrice, oltre che della coppia».

¹⁰ D.G.R. n. 10/2611 del 12 settembre 2014, Regione Lombardia, in B.U.R., 11 novembre 2014. Nonostante il recepimento pedissequo del contenuto del Documento della Conferenza delle Regioni, la citata delibera della Giunta della Regione Lombardia ha previsto comunque una sostanziale disparità di trattamento tra le tecniche di eterologa e di omologa, esonerando dal pagamento delle procedure, fatta eccezione per il costo del ticket, per l'omologa ed invece riservando ai pazienti delle tecniche di fecondazione eterologa il pagamento fino a 4000,00 euro per le procedure. Per tale motivo, la delibera è stata successivamente dichiarata illegittima dal TAR Lombardia, riscontrata la violazione al principio di ragionevolezza. Medesime sorti ha avuto la delibera della Regione Veneto. Con riferimento alle altre delibere regionali: D.G.R. n. 12/311 del 15 settembre 2014, Regione Piemonte, in B.U.R., n. 38 s. 2 del 18 settembre 2014, con la quale si delibera: «di recepire l'accordo interregionale approvato in data 4 settembre 2014 dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome recante "Documento sulle problematiche relative alla Fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n° 162 del 9 aprile 2014 Rep. 14/09/CR02/C7SAN, che viene allegato al presente provvedimento per parte integrante e sostanziale; di stabilire che, stante la valenza transitoria dell'accordo interregionale di cui all'alinea precedente, nell'ipotesi di eventuale approvazione di atti normativi o linee guida nazionali in materia, ove contrastanti, si provvederà immediatamente ai necessari adeguamenti o revoche; di impegnare, ai fini del monitoraggio regionale, i Centri di PMA pubblici e privati, che intendono svolgere l'attività di procreazione assistita eterologa ad inviare alla Regione apposita comunicazione, ove attestano il rispetto delle disposizioni impartite con il presente atto ed a fornire i dati richiesti che saranno definiti dalla competente Direzione Sanità»; D.G.R. n. 1654 del 9 settembre 2014, Regione Veneto, in B.U.R., n. 13 del 16 febbraio 2014, con il quale si prevede «di recepire il "Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte Costituzionale nr. 162/2014", di cui all'allegato A, parte integrante del presente atto, precisando che per quanto attiene alla fecondazione omologa viene confermato quanto già previsto dalla Delib.G.R. 4 giugno 2011, n. 822 in attesa dell'emanazione del D.P.C.M. con l'inserimento delle prestazioni nei Livelli Essenziali di Assistenza»; D.G.R. n. 2065 del 9 ottobre 2014, Regione Puglia, in B.U.R., n. 150 del 28 ottobre 2014; D.G.R. n. 525 del 13 ottobre 2014, Regione Molise, in B.U.R., n. 42 del 31 ottobre 2014, che recita: «Considerato che il Governo ha ritenuto di non intervenire con un proprio provvedimento normativo in una materia così delicata per le sue implicazioni etiche lasciando tale competenza al Parlamento, le Regioni e PP.AA. hanno condiviso la responsabilità di fornire indirizzi operativi ed indicazioni cliniche omogenee al fine di rendere immediatamente esigibile un diritto costituzionalmente garantito su tutto il territorio nazionale, dimostrando capacità di governance nazionale (...). La donazione di cellule riproduttive da utilizzare nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo è atto volontario, altruista, gratuito, interessato solo al "bene della salute riproduttiva" di un'altra coppia. Non potrà esistere una retribuzione economica per i donatori/donatrici, né potrà essere richiesto alla ricevente contributo alcuno per i gameti ricevuti. Non si escludono forme di incentivazione alla donazione di cellule riproduttive in analogia con quanto previsto per donazione di altre cellule, organi o tessuti. Ai donatori con rapporto di lavoro dipendente, ovvero interessati dalle tipologie contrattuali di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, possono essere applicate le disposizioni previste dalla normativa vigente in materia di attività trasfusionali e di trapianto di midollo»; D.G.R. n. 599 del 16 settembre 2014, Regione Lazio, in B.U.R., n. 78 s. 1 del 30 settembre 2014, secondo cui: «considerato che la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo richiede, rispetto a quella di tipo omologo, un'attività specifica consistente nella selezione dei donatori di gameti, secondo criteri di sicurezza e al fine di garantire la tutela della salute, la regolamentazione tecnica dovrebbe in particolar modo dettagliare: I criteri di selezione dei donatori e dei riceventi; La precisazione degli esami infettivologici e genetici da effettuare; Le regole sull'anonimato dei donatori; Il numero di donazioni che sarà possibile effettuare da parte di un donatore/donatrice; La tenuta della tracciabilità delle donazioni e degli eventi avversi; I criteri che i soggetti interessati dovranno seguire per l'esecuzione

4. L'approdo politico contro l'approdo giurisprudenziale

Il citato Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa della Conferenza delle Regioni costituisce il primo caso di applicazione analogica alla disciplina in materia di fecondazione artificiale dei principi previsti in materia di trapianti di organi, tessuti e cellule.

Tali fonti sono individuate nella l. 6 marzo 2001 n. 52, recante le disposizioni sulla donazione del midollo ed integrante le disposizioni normative in materia di prelievo di cellule staminali, midollari e periferiche, nella l. 21 ottobre 2005 n. 219, recante la nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati, nella l. 12 agosto 1993 n. 301, sull'innesto della cornea, nella l. 16 dicembre 1999 n. 483, sui trattamenti per il trapianto parziale di fegato, nella l. 26 giugno 1967 n. 458, contenente la disciplina sul trapianto del rene tra persone viventi, nella l. 19 settembre 2012 n. 2012 in materia di trapianto di polmoni, pancreas e intestino. Tutte condividono i principi di volontarietà e gratuità della donazione, a protezione della autodeterminazione del soggetto donatore, ferma restando la possibilità da parte del legislatore di accordare indennità al medesimo, come accade nelle leggi sulla donazione di sangue e midollo osseo.

Proprio i principi distillati in queste ultime si applicherebbero alla donazione delle cellule riproduttive, secondo quanto affermato in sede di Conferenza delle Regioni: «La donazione di cellule riproduttive da utilizzare nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo è atto volontario, altruista, gratuito, interessato solo al "bene della salute riproduttiva" di un'altra coppia. Non potrà esistere una retribuzione economica per i donatori/donatrici, né potrà essere richiesto alla

della metodica.»; D.G.R. n. 1487 del 11 settembre 2014, Regione Emilia-Romagna, in B.U.R., n. 279 del 12 settembre 2014, in conformità alla quale è stato previsto che: «recepire gli "Indirizzi operativi per le Regioni e le Province Autonome" approvati dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome in data 4 settembre 2014 di cui all'allegato 1, parte integrante e sostanziale del presente atto al fine di rendere omogeneo a livello nazionale l'accesso alle procedure eterologhe; (2) di approvare i requisiti autorizzativi regionali di cui all'allegato 2, parte integrante e sostanziale del presente atto a cui le strutture pubbliche e private che svolgono attività di PMA devono adeguarsi, entro e non oltre il 31 dicembre 2014; (3) di stabilire, in coerenza con gli indirizzi operativi di cui al punto 1, che i criteri di accesso a carico del SSR sono: l'età della donna, fino al compimento del 43° anno; il numero di cicli di trattamento, fino a 3; Specificando che: le prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale, di diagnostica per immagini e di laboratorio eseguite prima di accedere alle tecniche di PMA sono erogate con oneri a carico del SSR, fatto salvo l'eventuale pagamento della quota di compartecipazione alla spesa da parte dei cittadini, come disposta dalla normativa vigente, per le coppie fino al compimento del 43° anno di età della donna; i cicli di trattamento sono erogati con oneri a carico del SSR per un massimo di 3 cicli; eventuali cicli effettuati in precedenza presso altre strutture pubbliche o private accreditate, quindi con oneri a carico del SSN, dovranno essere autocertificati dalla donna e concorrono al raggiungimento del numero massimo di cicli effettuabili; (4) di stabilire, infine, che i donatori sono esentati dalla compartecipazione alla spesa per gli esami/visite inerenti la valutazione di idoneità alla donazione, in analogia con quanto previsto per donazione di altre cellule, organi o tessuti». Per una ricostruzione attenta, si veda L. VIOLINI, *Regioni ed eterologa: i livelli essenziali di assistenza, il coordinamento politico interregionale e le scelte regionali in materia*, in *Istituzioni del federalismo*, 2015, 36. Si ricordi che il "regionalismo procreativo" così delineatosi è stato oggetto del vaglio del Consiglio di Stato (*supra* nota 13), il quale ha confermato la sentenza emessa dal TAR Lombardia, con cui è stato ravvisato un vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento delle coppie, con conseguente annullamento delle delibere di recepimento, nella parte in cui ponevano a carico dei pazienti il costo delle sole prestazioni di PMA eterologa. È stato argomentato come le carenze di ordine finanziario non rappresentano elemento idoneo a fondare una disparità di trattamento. Per un approfondimento v. R. LUGARÀ, *L'abbandono dei LEA alle regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, in *Osservatorio AIC*, 16 marzo 2015.

ricevente contribuito alcuno per i gameti ricevuti». Ciononostante, prosegue il citato Documento «[n]on si escludono forme di incentivazione alla donazione di cellule riproduttive in analogia con quanto previsto per donazione di altre cellule, organi o tessuti. Ai donatori con rapporto di lavoro dipendente, ovvero interessati dalle tipologie contrattuali di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276, e successive modificazioni, possono essere applicate le disposizioni previste dalla normativa vigente in materia di attività trasfusionali e di trapianto di midollo»¹¹.

Il legislatore italiano ha fatto una scelta precisa tanto per la donazione ai fini di trapianto del midollo osseo quanto per il prelievo e la donazione del sangue: è stato accantonato il modello fondato sulla corresponsione di importi forfettari ai donatori, come accadeva in passato in occasione della donazione del sangue, in luogo del meccanismo che fa dipendere l'importo dell'indennità da indicatori economici nazionali (ad esempio il reddito mensile, la capacità d'acquisto, ecc.).

In specie, il lavoratore dipendente, assicurato all'INPS¹² per le prestazioni pensionistiche, a prescindere dalla qualifica e dal settore lavorativo di appartenenza, ha diritto a conservare la «normale retribuzione» per le giornate di degenza ospedaliera occorrenti al prelievo del sangue midollare, nonché per le successive giornate di convalescenza necessarie ai fini del completo ripristino dello stato fisico del donatore. In tal caso, il lavoratore verrà retribuito regolarmente dal datore di lavoro e sarà sempre quest'ultimo a dover chiedere il rimborso all'INPS di quanto anticipato al lavoratore. Per fare ciò occorre che il donatore consegni al proprio datore di lavoro la documentazione e le certificazioni rilasciate dalle strutture ospedaliere ovvero dai Centri trasfusionali autorizzati che hanno reso le prestazioni sanitarie inerenti alla procedura della donazione. Ne consegue che nessuna indennità può essere prevista in capo al donatore non lavoratore¹³.

L'indennità che spetta al donatore per le assenze, tanto giornaliere quanto orarie, corrisponde alla retribuzione che gli sarebbe stata corrisposta qualora avesse prestato la normale attività lavorativa, la c.d. contribuzione figurativa.

Tale impostazione interpretativa, però, seppur "suggerita" dalla Conferenza Regioni e Province autonome, appare avversata in tempi più recenti dalla giurisprudenza della Suprema Corte in sede penale¹⁴. A parere della Corte di Cassazione, lo Stato italiano non si è avvalso della possibilità di stabilire un'indennità per i donatori nella trama normativa, a norma dell'art. 12, comma 2°, direttiva 2004/23/CE, come invece, a titolo esemplificativo, ha fatto con riguardo al trapianto di midollo osseo con la l. n. 62 del 2011.

Rilevato il diverso trattamento riservato dal legislatore alla donazione di cellule del midollo ed ematiche rispetto a quelle riproduttive, allora le norme dedicate alla donazione delle prime, prosegue la Corte, non possono trovare applicazione nella donazione delle seconde, in quanto si tratta di «norme

¹¹ Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa, cit., p. 3.

¹² Il d.l. 30 dicembre 1979 n. 663, convertito dalla l. 29 febbraio 1980 n. 33, ha posto a carico dell'INPS l'onere dei rimborsi al datore di lavoro del settore privato per tali emolumenti.

¹³ Circ. n. 97 del 15 settembre 2006, Donazione del midollo osseo - Legge 6 marzo 2001 n. 52. Modalità di compilazione del mod. DM10/2 e della denuncia EMens. Istruzioni contabili. Variazioni al piano dei conti, e alla Circolare n. 29 del 7 febbraio 2017, in www.inps.it.

¹⁴ Cass. pen., sez. III, 19 agosto 2019, n. 36221, in A. SCARCELLA, *Punibile il "commercio di gameti" in violazione del principio di "gratuità" della donazione*, in *Quotidiano Giuridico*, 11 settembre 2019; in P. GRILLO, *Mille euro per donare i gameti: tutti assolti ma il processo è da rifare*, in *Diritto e Giustizia*, 20 agosto 2019.

di carattere speciale che non possono valere quanto al diverso campo della procreazione medicalmente assistita».

Sicché, *rebus sic stantibus*, alcuna forma di indennizzo è prevista nel caso di donazione di gameti, che deve avvenire [...] su base volontaria e improntata a gratuità.

L'assenza di finalità lucrativa nella donazione trova conferma nei Decreti Ministeriali, che si sono succeduti per regolare l'importazione e il trasferimento dei gameti. Infine, una simile impostazione, dice la Corte, è stata ribadita anche dal Direttore del Centro Nazionale Trapianti con nota del 2016.

Sebbene possa apparire condivisibile l'approdo ermeneutico della Corte di Cassazione, considerato il recedente D.P.R. qui in commento, all'interprete non sfugge l'approssimazione con cui nella parte motiva della sentenza si oblitera l'applicabilità della disciplina in materia di donazione di cellule ematiche e di midollo osseo, richiamato espressamente dalla Conferenza Regioni e Province autonome, pur nella consapevolezza della natura squisitamente politica dell'atto.

5. Alcune considerazioni conclusive

Considerata la recente attuazione della disciplina in materia di donazione delle cellule riproduttive, alcune considerazioni possono essere avanzate sul tema.

Il documento della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, le delibere delle Giunte regionali in attuazione del predetto documento, l'introduzione del D.P.R. n. 131/2019 e, infine, la giurisprudenza da ultimo richiamata ricostruiscono un quadro ben distinto da quello tratteggiato dalla Corte costituzionale nel 2014.

All'esito della pur condivisibile pronuncia in materia di fecondazione eterologa, sono emerse notevoli lacune nel dettato normativo, acuite dall'attendismo legislativo in una materia considerata fin troppo eticamente sensibile per un intervento effettivo da parte del Parlamento, incapace di attuare una alleanza tra il dinamico sapere scientifico e lo statico sapere giuridico.

Eppure, in un ordinamento rimasto immutato in quasi venti anni, le tecniche di fecondazione allogecnica non possono soggiacere alle stesse regole riservate alle procedure di procreazione assistita omologa e, atteso il margine di discrezionalità lasciato dall'Unione Europea agli Stati membri nella disciplina della P.M.A., appare più che mai opportuna la riapertura del dibattito parlamentare ed un rinnovato approccio attorno alla disciplina della fecondazione assistita ed allo statuto giuridico degli embrioni.

Reviews

“Gestazione per altri” e interessi in conflitto

Claudia Casella*

SURROGACY AND CONFLICTING INTERESTS

ABSTRACT: “Gestation for others” involves considerable doubts about its ethical and legal admissibility. The investigation is oriented, in particular, towards the distinction between “commercial” and “altruistic” surrogacy. Therefore, criticism is expressed about important sentences, which recognize in both of them a practice that “intolerably offends the dignity of women and deeply undermines human relations”. Finally, attention is paid to the problem of the status to be recognized for children born abroad through this practice and to the problem of risks associated with PMA, that is, those identifiable with the undesirable effects on the health of the mother and the unborn child.

KEYWORDS: “Commercial” surrogacy; “altruistic” surrogacy; conflict of interest; medically assisted procreation, health

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'intrinseca “variabilità” del concetto di “surrogacy” e le sue conseguenze – 3. La distinzione fra surrogazione “lucrativa” o “commerciale” e surrogazione “altruistica” o “solidaristica” o “relazionale” – 4. La trascrizione del certificato di nascita di prole nata mediante la tecnica della maternità surrogata all'estero – 5. La necessità di incrementare gli studi clinici nel settore delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai fini della salvaguardia della salute della donna e del nascituro. Cenni.

1. Introduzione

Preceduta da una laboriosa e tormentata “gestazione”¹, la tanto attesa legge sulla Procreazione Medicalmente Assistita (d’ora in poi P.M.A.) del 19 febbraio 2004, n. 40, era destinata,

*Professore Aggregato di Bioetica, Università degli Studi di Napoli Federico II. Mail: claudia.casella@unina.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Sulla quale v.: G. BUSNELLI, *Quali regole per la procreazione assistita?*, in *Rivista di diritto civile*, II, 1996, 583; G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici. Riflessioni di diritto civile su alcune delle principali questioni poste dall'affermarsi delle metodiche artificiali di procreazione umana*, Torino, 1999; S. PICCININI, *Una legislazione per la procreazione assistita*, in A.M. AZZARO (a cura di), *Procreazione assistita e diritti della persona*, Napoli, 2001, 73; P. RESCIGNO, *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, in *Corriere giuridico*, VIII, 2002, 981; V. BALDINI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione per valori: alla ricerca di un bilanciamento tra istanze di libertà e istanze di giustizia*, in V. BALDINI (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Torino, 2004, 134; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004; G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Il Corriere giuridico*, 2004, 6, 814; C. DONISI, *Prime note sulla disciplina legislativa della procreazione medicalmente assistita*, in P. AMODIO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: attualità bioetica e attualità giuridica*, Napoli, 2005, 63; C. CASONATO, *Legge 40 e principio di non*

nelle intenzioni del legislatore, ad eliminare quel fenomeno che, con linguaggio pittoresco ma efficace, veniva definito il “Far West della provetta”. Fenomeno al quale si sarebbe posto termine, sempre nell’ottica degli organi legislativi, mediante l’auspicata disciplina della complessa materia della fecondazione “artificiale”, oggi più propriamente definita “assistita”, regolandone l’accesso e frenando così anche la consistente immigrazione in Italia di cittadini stranieri, impossibilitati a fruire di tali tecniche nei Paesi di provenienza a causa di restrizioni normative più o meno severe.

Purtroppo, gli innumerevoli vincoli e divieti imposti dalla legge n. 40/2004, ben lontani dal conseguire l’obiettivo di bloccare il flusso migratorio, ne hanno invertito la direzione; nel senso che alla suddetta *immigrazione* di cittadini stranieri in Italia, si è sostituita la *emigrazione* (eufemisticamente denominata “turismo”) di cittadini italiani verso Paesi la cui disciplina della P.M.A. è più “permissiva” della nostra.

Prescindendo dalla suddetta constatazione di sapore sociologico, vi è da prendere atto che proprio nella particolare rigidità dei criteri di accesso a tali pratiche e nella evidente «prevalenza degli interessi dell’embrione sul diritto alla salute della donna» va anzitutto ravvisata la causa dei numerosi interventi della magistratura costituzionale e degli innumerevoli aspri dissensi manifestati in letteratura sulla legge in parola fin dal suo ingresso nel nostro ordinamento giuridico².

contraddizione: una valutazione d’impatto normativo, in E. CAMASSA, C. CASONATO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2005, 28; P. RESCIGNO, *Danno da procreazione*, Milano, 2006, 105; G. BALDINI, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale. Riflessioni a margine delle prime applicazioni giurisprudenziali*, Napoli, 2006; R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita in Italia: profili civilistici*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto, Il Governo del corpo*, Milano, 2011, 1517; L. CHIEFFI, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le «due culture»*, in C. DONISI, L. DE GIOVANNI (a cura di), *Convergenza dei saperi e prospettive dell’umano*, Napoli, 2015, 245; M. FRONTE, *Culle di vetro. Storia della fecondazione artificiale*, Milano, 2017, 132; G. BALDINI, *Riflessioni di Biodiritto, Profili evolutivi e nuove questioni*, Padova, 2019, 47; L. D’AVACK, *Il progetto filiazione nell’era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, Torino, 2019.

²V. C. DONISI, *op. cit.*; A. CIERVO, *Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore. L’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza e valori costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 2008, 3669; L. D’AVACK, *La Consulta orienta la legge sulla procreazione medicalmente assistita verso la tutela dei diritti della madre*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2009, 1021 ss.; G. CASABURI, *Il restyling giurisprudenziale della legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2009, 3002 ss.; E. DOLCINI, *La lunga marcia della fecondazione assistita: la legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU e giudice ordinario*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 2, 2011, 428 ss.; F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, 459 ss.; F. GALLO, C. LALLI, *Il legislatore cieco. I paradossi della legge 40 sulla fecondazione assistita*, Roma, 2012, 25 ss.; C. FLAMIGNI, M. MORI, *La fecondazione assistita dopo dieci anni di legge 40. Meglio ricominciare da capo!*, Torino, 2014; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in L. CHIEFFI, J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ (a cura di), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, Milano-Udine, 2015, 157 ss.; G. BALDINI, *Nuovi orientamenti legislativi e giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *La famiglia dopo le riforme*, Milano, 2015, 519 ss.; M.P. IADICICCO, *Corpo e procreazione medicalmente assistita. I nodi ancora irrisolti della disciplina italiana*, in *Questione giustizia*, 2016, 2, 240; C. CASELLA, M. NIOLA, V. GRAZIANO, M. PATERNOSTER, P. DI LORENZO, C. BUCCELLI, *La procreazione medicalmente assistita nel rapporto tra Legislatore e Corte costituzionale*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale e del Diritto in campo sanitario*, 4, 2017, 1441.

Ebbene, alla luce delle sentenze rese in materia dalla Corte costituzionale³, tra i problemi non ancora risolti, meritevoli di essere affrontati in ragione non soltanto della loro viva attualità, ma altresì per il loro notevole rilievo etico e giuridico, si annoverano quelli suscitati dalla «surrogazione di maternità»⁴.

2. L'intrinseca “variabilità” del concetto di “surrogacy” e le sue conseguenze

Nell'introdurre il delicato tema, occorre subito avvertire che al corretto approccio allo stesso non giova di certo l'indifferenziato impiego di una serie di espressioni con cui tale procedura viene indicata.

In proposito, oltre che di «surrogazione di maternità» (locuzione impiegata dalla legge n. 40/2004), si discorre di “maternità per sostituzione”, di “maternità su commissione”, di “gestazione per altri”, di “gestazione di sostegno”, di “affitto di utero”, di “dono del grembo”.

A parte la congettura, non peregrina, che l'impiego dell'una o dell'altra locuzione è condizionata dalla personale valutazione etica positiva o negativa della tecnica in parola, a voler descrivere quest'ultima in termini più rigorosi, le espressioni “surrogazione di maternità” o “maternità surrogata” o “maternità su commissione” andrebbero riservate esclusivamente ai casi in cui la donna c.d. “surrogata” partecipa con i propri ovociti alla formazione dell'embrione che ospiterà nel suo utero fino alla nascita, per poi consegnarlo alla coppia (o al *single*) committente. Per contro, le espressioni “gestazione per altri” o “gestazione di sostegno” o “affitto di utero” o “dono del grembo” dovrebbero essere impiegate là dove la madre “surrogata” si rende disponibile ad ospitare nel proprio corpo un embrione alla cui formazione essa non ha partecipato con i propri gameti e quindi del tutto estraneo al suo profilo genetico. Precisazioni, queste, che, sia pure indirettamente, hanno offerto l'opportunità di descrivere anche la *duplice* fisionomia del fenomeno surrogatorio riscontrabile nella pratica, che non esaurisce il suo rilievo sul piano puramente descrittivo. Tuttavia, nell'intento di rendere l'esposizione quanto più lineare possibile, in questa sede si è deciso di optare, fra i molteplici sintagmi innanzi richiamati, per quello impiegato dal legislatore, ossia “surrogazione di maternità” o più sinteticamente, “surrogazione” o “surrogacy”, designando così con l'identica espressione – per comodità espositiva – l'una e l'altra modalità con cui si effettua tale pratica.

Premesso che, come si avrà modo di ricordare anche oltre, in Italia quest'ultima è oggetto di un divieto legislativo, la cui violazione è sanzionata penalmente, non si è mancato di sottolineare che essa è senza alcun dubbio la pratica che ha suscitato, e non soltanto nel nostro Paese, «le dispute più aspre» giacché

³ Cfr.: Corte cost., 28 gennaio 2005, nn. 45/46/47/48/49; 10 maggio 2005, n. 198; 9 novembre 2006, n. 369; 8 maggio 2009, n. 151; 12 marzo 2010, n. 97; 7 giugno 2012, n. 150; 22 novembre 2013, n. 278; 10 giugno 2014, n. 162; 5 giugno 2015, n. 96; 11 novembre 2015, n. 229; 18 marzo 2016, n. 54; 13 aprile 2016, n. 8. A questo proposito, v., C. CASELLA, M. NIOLA, V. GRAZIANO, M. PATERNOSTER, P. DI LORENZO, C. BUCCELLI, *op. cit.*; nonché P. DI LORENZO, C. CASELLA, M. NIOLA, *La disciplina della fecondazione eterologa dopo la pronuncia della Consulta*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale e del Diritto in campo sanitario*, 1, 2015, 25.

⁴ G. BALDINI, *Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità*, in *Diritto di famiglia*, 1998, 780 ss.; R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 1; L. FERRARO, *La maternità surrogata tra coppie same-sex e coppie etero. Un esame della giurisprudenza (ultima) interna e della Corte EDU*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 1, 2017; C. CASELLA, E. CAPASSO, L. TERRACCIANO, P. DELBON, P. FEDELI, F.A. SALZANO, F. POLICINO, M. NIOLA, *Ethical and legal issues in gestational surrogacy*, in *Open Medicine*, 13, 1, 2018, 119.

in essa la scissione fra *madre genetica* e *madre gestazionale* e, da una più ampia prospettiva, fra genitorialità “biologica” e genitorialità “sociale”⁵ divengono gli aspetti più caratterizzanti, «molto più di quanto avvenga per la fecondazione eterologa»⁶.

Non stupisce, allora, che a fronte di Nazioni che hanno regolamentato la surrogazione di maternità con o senza condizioni (ad esempio, il Regno Unito, il Belgio, l’Olanda, la Grecia⁷, la Russia, il Canada ed alcuni Stati degli USA), si pongono altri che hanno legiferato in senso opposto (ad esempio, l’Austria, la Danimarca, la Francia, la Germania, l’Italia, la Spagna, la Svezia, la Svizzera, la Norvegia, il Giappone, ed alcuni Stati degli USA, come l’Arizona, il New Jersey e il Michigan)⁸.

3. La distinzione fra surrogazione “lucrativa” o “commerciale” e surrogazione “altruistica” o “solidaristica” o “relazionale”

Procedendo, ora, all’analisi del fenomeno in discorso, in merito al contenuto dell’accordo di surrogazione non sembra irrilevante, e non soltanto a livello etico, la *presenza* o l’*assenza* di un compenso (il “prezzo”) fornito dai committenti alla gestante a titolo di corrispettivo della sua disponibilità a condurre a termine la gravidanza e a consegnare loro il bambino.

Nel primo caso, a ragionare in termini squisitamente giuridici, si è in presenza di un vero e proprio contratto c.d. a prestazioni corrispettive (quella *monetaria* da parte dei committenti e quella *naturale* a carico della “surrogata”), la cui validità, beninteso nel nostro Paese – anche supponendo l’insussistenza del divieto normativo a porre in essere questa operazione previsto dalla legge n. 40/2004 – sarebbe irrimediabilmente compromessa per contrarietà sia agli articoli 1322, comma 2 (ove è richiesta la meritevolezza di tutela «secondo l’ordinamento giuridico» degli interessi che le parti intendono realizzare⁹) e 1343 (che esige la non contrarietà di qualunque contratto all’ordine pubblico, ossia ai

⁵ Sulla genesi di questa dicotomia, v. M. CINQUE, *Quale statuto per il “genitore sociale”?*, in *Rivista di diritto civile*, 2017, 1475.

⁶ M. FRONTE, *op. cit.*, 146; sul punto, ampiamente, A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, 91, anche con riferimento alle coppie omosessuali, 183 ss., 262 ss.

⁷ T. CHORTARA, S. PENASA, L. BUSATTA, *The best interests of the child born via cross-border surrogacy. A comparison between Greece and Italy*, in *Biolaw Journal*, 1, 2016.

⁸ Per ragguagli in materia, S. MARCHI, *Mio Tuo Suo Loro. Donne che partoriscono per altri*, Roma, 2017, 43 ss., 65 ss., 77 ss., 93 ss.; nonché A. VALONGO, *op. cit.*, 103 ss., 115 ss.; C. FLAMIGNI, A. BORINI, *Fecondazione e(s)terologa*, Roma, 2012.

⁹ Cfr. C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, 222 ss., il quale assume il requisito della meritevolezza a carattere o qualità della causa; al riguardo, il controllo di liceità è una valutazione «in negativo», relativa cioè all’esistenza o no di un contrasto tra la finalità propria del contratto e le norme imperative, l’ordine pubblico o il buon costume (art. 1343 c.c.). Il giudizio di meritevolezza, invece, è una valutazione «in positivo» del contratto, vale a dire un controllo degli interessi perseguiti come apprezzabili dall’ordinamento giuridico; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 346 ss., il quale afferma che l’atto di autonomia è meritevole «se risponde non soltanto ai principi presenti a livello ordinario, ma a quelli gerarchicamente superiori che operando nel sistema italo-comunitario delle fonti».

principi informatori del nostro ordinamento, tra cui va sicuramente annoverato quello della salvaguardia della *dignità* della persona¹⁰) del codice civile sia all’articolo 5 dello stesso codice, dedicato agli “Atti di disposizione del proprio corpo”, ove è statuito che questi atti sono vietati quando sono contrari, tra l’altro, al già richiamato concetto dell’ordine pubblico. Al riguardo, ben più esplicito risulta questo divieto – con la conseguente nullità degli atti che, come quello in esame, lo infrangono – nella ben nota Convenzione di Oviedo sui diritti dell’uomo e la biomedicina del 4 aprile 1997, il cui articolo 21 stabilisce che «il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto». Altrettanto perentorio è il dettato, pressoché identico al precedente, dell’articolo 3 di quella che è diventata la Carta costituzionale dell’Unione Europea (ci si riferisce alla “Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea” del 2000): Nell’ambito della medicina e della biologia deve essere rispettato in particolare, tra gli altri, «il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro».

Nel secondo caso, in cui, come precisato, non sussiste nella pattuizione in discorso alcun corrispettivo e dunque non si riscontra alcun fine di lucro o di profitto da parte della surroganda, né è dato rintracciare un accordo fraudolento diretto ad occultare il “prezzo della gravidanza” sotto la voce “rimborso spese”¹¹, non appare inverosimile la possibilità di ravvisare in quella persona intenti non “mercantili” bensì motivazioni di natura solidaristica o altruistica o anche affettiva¹² nei riguardi di coppie che, pur fortemente desiderose di un figlio, non sono in grado di averne¹³ se non sottoponendosi ai tormentati percorsi dell’adozione interna o a quello, davvero esasperante, dell’adozione internazionale¹⁴.

Ricorrendo queste condizioni, manifestamente estranee a “logiche di mercato”, appare fuori luogo evocare i rischi solitamente connessi alla surrogazione di maternità lucrativa o commerciale. In questa, infatti, a causa, ad esempio, di clausole contrattuali particolarmente “invasive” imposte dalla coppia

¹⁰ Con riferimento al «labirinto della dignità umana», v. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 47 ss. Sul delicatissimo tema relativo alle opzioni terapeutiche rispettose della dignità della gestante si rinvia al puntuale lavoro di M. PATERNOSTER, G. SACCONI, G.M. MARUOTTI, C. BIANCO, C. CASELLA, C. BUCCELLI, P. MARTINELLI, *Ethical challenges in pregnant women with brain injury*, in *Journal of Maternal-Fetal and Neonatal Medicine*, 31, 17, 2018, 2340. V., inoltre, L. BUSATTA, *Scelte di fine vita in gravidanza. Incontri e scontri tra diritto e medicina*, in L. CHIEFFI (a cura di), *La medicina nei Tribunali*, Bari, 2016, 103.

¹¹ Proprio allo scopo di prevenire questo censurabile espediente, la legislazione del Canada (*Assisted Reproduction Human Act* del 2004) mentre vieta la surrogazione verso corrispettivo, consente quella altruistica precisando che il rimborso sostenuto dalla surrogata deve essere effettuato secondo procedure fissate in un apposito regolamento. Nella stessa direzione si accinge ad orientarsi l’India dove la legge *in itinere* vieta la maternità surrogata c.d. commerciale, mentre consente quella altruistica soltanto alle coppie sposate ed ai consanguinei.

Sembra, allora, incorrere in un eccesso di pessimismo la decisione del Consiglio d’Europa il quale, nella riunione del 22 settembre 2016, ha escluso la possibilità di riservare un trattamento differenziato alla surrogazione altruistica perché, a suo avviso, l’onerosità della stessa sarebbe *sempre* mascherata dai “rimborso spese” (condivide questa scelta P. BINETTI, *Maternità surrogata: un figlio a tutti i costi*, Roma, 2016, 91 ss.: «La gratuità per l’utero in affitto è solo la maschera dello sfruttamento»).

¹² Significativo, al riguardo, è il caso sottoposto al Tribunale di Roma e risolto con ordinanza del 17 febbraio 2000, sulla quale si rinvia al volume *Verso nuove forme di maternità?*, a cura di C.A. GRAZIANO, I. CORTI, Milano, 2002, 11 ss., e al recente studio di A. VALONGO, *op. cit.*, 135 ss.

¹³ Per una coinvolgente descrizione dello stato d’animo della donna disposta alla “gestazione per altri” per ragioni affettive si rinvia a S. MARCHI, *Mio Tuo Suo Loro. Donne che partoriscono per altri*, *op. cit.*, 31 ss..

¹⁴ Sui logoranti itinerari da percorrere per il conseguimento della genitorialità adottiva, v. M. BAVASTRO, *Il bambino promesso*, Roma, 2017.

(o dal *single*) committente alla donna, tutt'altro che remoto è il pericolo di una grave lesione della dignità e della libertà della seconda; così come, il pagamento di un "prezzo" fissato per la gestazione e la consegna del prodotto della stessa, finisce per ridurre il nascituro al livello di un oggetto di scambio. Proprio sulla scorta di tali rilievi, la Corte d'Appello di Milano, con l'ordinanza n. 273 del 25 luglio 2016¹⁵, ha sostenuto che il vigente divieto di maternità surrogata garantisce la tutela di fondamentali diritti della donna, violata nella dignità e lesa nel suo peculiare diritto di autodeterminazione dall'obbligo contrattuale di dare, come oggetto di consegna, il nato, ai committenti solo se vincolata in una «gestazione per altri» attuata nella logica dello sfruttamento e commercializzazione del suo corpo.

Di contro – si legge ancora nella richiamata ordinanza – potrebbe non ravvisarsi lesione della dignità della donna qualora alla stessa fosse consentito, con scelta libera e responsabile, di accedere e dare senso, in condizioni di consapevolezza, alla pratica «relazionale» della gestazione per altri, in un contesto regolamentato in termini non riducibili alla logica di uno scambio mercantile e che, sempre e comunque, le garantisce un «ripensamento», ossia la possibilità di tenere per sé e riconoscere il bambino non potendo imporsi alla donna per contratto (né per legge) di usare il proprio corpo a fini riproduttivi e di essere, o non essere, madre.

Vale la pena, inoltre, ricordare che anche la Corte di Cassazione, con la sentenza 11 novembre 2014, n. 24001¹⁶, ha sostenuto che, stante la fattispecie esaminata (assenza di legame genetico tra il nato e entrambi i «committenti» che avevano stipulato in Ucraina un contratto di surrogazione nullo anche secondo la legge di quel Paese), non rilevava «domandarsi se siano configurabili (e come reagiscano, eventualmente, sul divieto penale di surrogazione di maternità ora previsto dalla legge), fattispecie di maternità surrogata caratterizzate da intenti di pura solidarietà e perciò tali da escludere qualsiasi lesione della dignità della madre surrogata».

Pertanto, a parere di chi scrive, in presenza di "surrogacy" ispirata non ad intenti altruistici o sollecitata da bisogni della surrogata di procurarsi i mezzi di sussistenza – come spesso accade nei Paesi poveri, ma non solo – quanto a valori riconosciuti e promossi dalle Carte Fondamentali (basti pensare all'articolo 2 della Costituzione italiana e al Capo IV di quella europea), non sembra incauto, in sede di formulazione di un giudizio di valore sulla pratica in discorso, operare una dissociazione tra quella a scopo lucrativo e quella fondata su sentimenti di solidarietà umana o di affetto nei riguardi di propri congiunti e quindi senza alcuna pretesa di "corrispettività"¹⁷.

¹⁵ Provvedimento, questo, pubblicato in GU 1a Serie Speciale - Corte costituzionale n. 4 del 25-1-2017

¹⁶ Rinvenibile in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, II, 3, 2015, 93; nonché in *Diritto & Giustizia*, 2014, 12 novembre, con nota di A. DI LALLO, *Madre è colei che partorisce. Dichiarato lo stato di adottabilità del minore nato dall'accordo di maternità surrogata*.

¹⁷ La propensione ad orientarsi in tal senso parrebbe cogliersi nel pensiero di un celebre bioeticista (D. CALLAHAN, *Etica e medicina riproduttiva*, in *Questioni di bioetica*, a cura di M. MORI, Roma, 1998, 96) allorché, con riferimento alla maternità surrogata, pone il seguente interrogativo: «Dal punto di vista morale, c'è una diversità significativa tra il fatto di prestare il proprio utero come atto di carità e, invece, il fatto di vendere l'uso del proprio utero per una somma di danaro?». Analoga congettura sembra potersi avanzare nei riguardi del già menzionato creatore della fecondazione in vitro (R. EDWARDS, *La vita prima della nascita*, trad. di L. BOLLINI, Milano, 1990, 147) là dove riferisce la metafora del «terreno minato» a causa delle «difficoltà di ordine etico», non alla surrogazione di maternità in genere, ma a quella «commerciale».

Con riferimento alla seconda ipotesi, si cita, a titolo di esempio, il caso apparso su diverse testate giornalistiche il 9 settembre 2012. Si allude, nel dettaglio, alla nonna-mamma Cindy Reutzel che, nell’ospedale di Naperville, in Illinois, a 53 anni ha realizzato il sogno della figlia Emily, portando in grembo il suo ovulo fecondato. In sostanza, la donna ha “prestato” il proprio utero alla figlia Emily, che qualche anno prima aveva subito un intervento di isterectomia radicale a causa di un tumore alla cervice ed era stata costretta ad interrompere una gravidanza in corso per curarsi.

Cindy ha donato ad Emily, che non poteva più avere figli, la possibilità di realizzare il sogno di diventare madre. Alcuni ovuli della giovane, prelevati e congelati prima dell’operazione, sono stati fecondati con lo sperma del marito e poi impiantati nell’utero della nonna (ovviamente dopo un approfondito *check-up* fisico e psicologico).

Il caso suesposto non è l’unico esempio di “nonna in affitto”: era già capitato nell’agosto 2011 a Linda Sirois, 49 anni, del Maine, “madre surrogata” per il nipote Madden, che la figlia 25enne con problemi cardiaci non poteva portare in grembo.

Sulla base di queste riflessioni una riserva sembra giustificato avanzare nei riguardi di talune iniziative come, ad esempio, la diffusione della “Carta per l’abolizione universale della maternità surrogata”¹⁸, ove, riferendosi in modo *indifferenziato* alla surroga, si discorre di «mercificazione del corpo delle donne e dei bambini», in particolare del corpo delle prime come «riserva a vantaggio dell’industria e dei mercati della riproduzione», e del corpo dei bambini come «un prodotto con valore di scambio», così che «la distinzione tra persona e cosa viene annullata». Eventi decisamente censurabili, questi, ma che di certo non risultano riferibili in alcun modo alla surrogazione sorretta da intenti ben lontani da quelli di natura mercantile o commerciale¹⁹.

Identica riserva va nutrita nei riguardi di chi – sempre equiparando indebitamente l’una e l’altra tipologia di *surrogacy* e dunque non operando la necessaria diversificazione innanzi indicata – formula la seguente inquietante previsione, certamente inverosimile se riferita alla surrogazione solidaristica o altruistica o affettiva: «comunque si configuri questo istituto, esso dischiuderà la porta all’industria che da una parte usa le donne come contenitore normalizzando lo sfruttamento in un lavoro nemmeno riconosciuto come tale, mentre dall’altra parte considera i neonati come cose che si possono separare per lucro dalla madre, non esseri umani che nascono da e con questa precisa relazione»²⁰.

Sempre alla stregua della indicata divergente fisionomia dei due tipi di surrogazione²¹ – salva, beninteso la valutazione delle conseguenze giuridiche derivanti dalla collisione di entrambe con il classico

Maggiore conforto si trae, infine, da chi non esita ad affermare che «sarebbe bene, in primo luogo, distinguere [le] “donazioni d’utero” secondo il carattere oblativo o contrattuale che le ispira» (C. FLAMIGNI, intervistato da M. MENGARELLI, in S. VEGETTI FINZI, *Volere un figlio. La nuova maternità tra natura e scienza*, Milano, 1999, 284).

¹⁸ Il documento è stato presentato a Parigi il 2 febbraio 2016, su iniziativa del coordinamento delle Associazioni per il diritto all’aborto e alla contraccezione, del Coordinamento lesbiche in Francia e del Collettivo per il rispetto della persona.

¹⁹ Un giudizio critico sulla “Carta”, ma fondato su una motivazione diversa, esprime anche G. LO GIACCO, *Gravidanza surrogata: pratica moralmente lecita?*, in *Bioetica*, 2016, 648.

²⁰ Il brano è tratto da D. DANNA, *Fare un figlio per altri è giusto* (Falso!), Bari-Roma, 2017, 150.

²¹ Verosimilmente, il bisogno di un approccio diverso alle due figure di *surrogacy* parrebbe alla base della decisione del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA di riservare alla surrogazione di maternità senza corrispettivo «uno specifico parere più ampio e articolato» (*Maternità surrogata a titolo oneroso*, *Mozione* del 18 marzo 2016, 1).

principio *mater semper certa est*²² e degli effetti non soltanto biologici ascrivibili alla simbiosi che si instaura tra gestante e nascituro per l'intera durata della gravidanza²³ – perplessità si nutrono anche nei riguardi della scelta, fuggacemente anticipata in precedenza, operata dal legislatore italiano nel rendere penalmente illecita la surrogazione di maternità *tout court* (articolo 12, comma 6, della legge n. 40/2004), senza quindi attribuire alcun rilievo alla distinzione in oggetto. Distinzione che, tuttavia, è rinvenibile in progetti di legge giacenti dinanzi al Parlamento, nei quali, in contrasto con l'indirizzo orientato per la soluzione drastica, aprono all'ammissibilità di questa pratica quando essa è caratterizzata dalla gratuità²⁴.

Riserve che non sembra avventato nutrire anche nei riguardi di pronunce di autorevole giurisprudenza, le quali, sulla scia del rigido dettato legislativo e quindi muovendo dalla consueta assimilazione, sul piano etico e su quello giuridico, della *surrogacy* altruistica o affettiva a quella lucrativa o commerciale, non esitano a ravvisare in ambedue una pratica che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». Si allude, in particolare, alla sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Un., 8 maggio 2019 (di cui si dirà più ampiamente oltre) e a quella della Corte costituzionale, 18 dicembre 2017, n. 272, ove si rimarca l'«elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità», malgrado non si mostri alcun segno di dissenso nei riguardi di un possibile contrasto – adombrato dal giudice remittente (la Corte d'Appello di Milano, *cit.*) – del divieto assoluto di maternità surrogata *ex art.* 12, comma 6, della legge n. 40/2004, con i principi costituzionali «se riferito ad ipotesi di gestazioni “relazionali” o “solidaristiche” non lesive della dignità della donna, né riducibili alla logica di uno scambio mercantile, ma caratterizzate da intenti di pura solidarietà».

4. La trascrizione del certificato di nascita di prole nata mediante la tecnica della maternità surrogata all'estero

Esaminato il possibile contrasto dell'asserito divieto assoluto di maternità surrogata con la dignità e il diritto all'autodeterminazione della gestante se riferito ad ipotesi di *surrogacy* altruistiche, occorre ora estendere l'analisi ad altri interessi (come, ad esempio, «il *favor* dimostrato dall'ordinamento giuridico

²² Che la surrogazione di maternità abbia «infranto questa inveterata e tranquillante certezza» osserva V. SCALISI, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Rivista di diritto civile*, 2017, 1098, il quale sottolinea che «l'idea stessa che con riferimento a uno stesso nato siano prospettabili più figure femminili materne è qualcosa che indubbiamente desta inquietudine e può suscitare istintivo rigetto». Sul punto v., anche, C. CASELLA, M. NIOLA, V. GRAZIANO, M. PATERNOSTER, P. DI LORENZO, C. BUCCELLI, *cit.*, 1451 ss.; nonché Tribunale di Roma, ordinanza 8 agosto 2014, in *Guida al diritto*, 37, 2014, 16 ss., con nota di G. TONA, *Ogni provvedimento d'urgenza avrebbe pregiudicato la stabilità dei minori e i loro legami con la famiglia*. Significativa, in proposito, è la lettura del parere del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, intitolato *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, pubblicato l'11 luglio 2014, ove testualmente si legge: «Ci si trova di fronte un'eterologa “da errore” (la madre porta in grembo embrioni geneticamente non suoi né del marito o del partner) o una surroga materna “da errore” (i genitori genetici producono embrioni che sono impiantati nell'utero di un'altra donna che li porta in gestazione) con una procedura priva di consenso, il che sembra generare una situazione di indeterminatezza in merito alla maternità e paternità a fronte di un vuoto legislativo che dovrebbe venire colmato in via interpretativa».

²³ Illuminante, in proposito, è la lettura del libro T.R. VERNY, *Vita segreta prima della nascita*, Milano, 1981.

²⁴ In materia, cfr. A.C. Nazzaro, *Discrezionalità amministrativa e ruolo del giudice nella nuova dimensione (Bio)etica della famiglia*, in *Riv. A.I.C.*, 2018, 1, 11, note 42 e 43.

italiano per la conformità dello *status* di figlio alla realtà della procreazione»²⁵ e l’interesse del minore alla conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all’estero) che, sempre nell’ambito della “gestazione per altri”, appaiono spesso in conflitto.

Premesso che, l’accertamento della verità biologica e genetica dell’individuo non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta²⁶, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento con gli altri interessi coinvolti, in particolare con l’interesse del minore alla conservazione dello *status filiationis*, occorre rilevare che, a fianco dei casi nei quali la valutazione comparativa tra le richiamate situazioni giuridiche è fatta direttamente dal legislatore, come accadeva prima dell’intervento della Corte costituzionale con la sentenza 10 giugno 2014, n. 162 e come accade tutt’ora per la PMA eterologa, per la quale l’art 9 della l. 40/2004 disciplina compiutamente il fenomeno a tutela del nato, vi sono ipotesi di *surrogacy* (realizzata in Paesi stranieri che ne riconoscono la liceità²⁷) nelle quali il suddetto bilanciamento, nel silenzio della legge, è demandato alla giurisprudenza²⁸.

Un’interessante pronuncia, successiva all’introduzione della legge sulla procreazione medicalmente assistita, proviene dal Tribunale di Forlì. Si tratta di un caso di surrogazione gestazionale effettuato in Kenya da cui sono nati due gemelli. Il giudice romagnolo, con la decisione del 25 ottobre 2011, da un lato ha assolto il padre committente (nonché padre genetico), autorizzando la trascrizione del certificato di nascita dei bambini, dall’altro lato, ha rigettato la richiesta della madre, donna che, si afferma nella decisione in commento, “non ha in alcun modo fatto nascere alla vita i due gemelli, non avendoli né concepiti, né condotti in se stessa durante la loro gestazione, né partoriti”²⁹.

Ancora più severe sono le conclusioni alle quali è giunto il Giudice Minorile di Milano con il decreto n. 1248 del 4 maggio 2012. In particolare, con questo provvedimento l’Organo Giudicante ha ritenuto la trascrizione del riconoscimento effettuato dalla madre sociale contraria non solo ai fini tutelati dalla legge n. 40/2004 e ai principi desumibili dall’art 269 c.c. (che presuppone che madre sia colei che ha partorito il minore), ma anche alla normativa sull’adozione, posto che il minore è nato da ovulo di altra donna e partorito da altra donna ancora che non ha inteso essere nominata nell’atto di riconoscimento.

²⁵ L’icastica espressione tra virgolette è tratta dalla sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, II, 3, I, 2019, 1062 ss. con nota di A. SPADAFORA, *Procreare semper licet?* V., anche i commenti di M. ACIERNO, S. CELENTANO, *La genitorialità e la gestazione per altri. L’intervento delle Sezioni unite*, in <http://www.questionegiustizia.it/>; O. FERACI, *La nozione di ordine pubblico alla luce della sentenza della Corte de cassazione (sez. un. civ.)*, n. 12193/2019, in *Rivista di diritto internazionale*, 102, 4, 2019, 1137 ss.

²⁶ Cfr. Cass. civ., 16 marzo 1999, n. 2315; Corte cost. 23 febbraio 2012, n. 31; nonché Corte cost. 18 dicembre 212, n. 272, con nota di G. MARRA, *Divieto di maternità surrogata e interesse del minore: un nodo da sciogliere caso per caso*, in <http://www.lfamiliarista.it>, 30 gennaio 2018.

²⁷ Nel 2011 sono state 32 le coppie italiane andate oltre confine in cerca dell’utero in affitto. In particolare, secondo i dati forniti dall’Osservatorio sul turismo procreativo, 18 coppie hanno scelto la Russia, 5 la Georgia-Armena e 9 l’Ucraina.

²⁸ Cfr. R. BIN, *La Corte e la scienza*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005; R. CONTI, *I giudici e il biodiritto. Un esame «concreto» dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Roma, 2015; L. CHIEFFI (a cura di), *La medicina nei Tribunali*, Bari, 2016; A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016, 48.

²⁹ Provvedimento rinvenibile in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2013, 532 ss.

La situazione, ad avviso del giudice milanese, non è in nulla difforme da una adozione di minore, con la differenza che, formandosi l'atto di nascita con le modalità scelte dalla coppia, si finisce per occultare le origini adottive del bambino.

Tutto ciò è avvenuto, si legge nel decreto, «in violazione della normativa sull'adozione nella quale si richiedono alcuni presupposti che la coppia non possiede, quale lo stato di coniugio, ma in particolare la differenza di età, nel caso di specie palesemente violata da entrambi i genitori (art. 6.3 l. 184/1983 "L'età degli adottanti deve superare di almeno diciotto e di non più di quarantacinque anni l'età dell'adottando", nel caso in esame la differenza è di 47 anni per il padre ed addirittura di 53 per la madre sociale)».

Di segno opposto, con un orientamento interpretativo diverso, è la decisione resa dalla Corte d'Appello di Bari in data 13 febbraio 2009³⁰.

La vicenda può essere così riassunta: una cittadina italiana e un cittadino britannico, sposati e residenti in Italia, si recano in Inghilterra per la conclusione e l'esecuzione di due contratti di surrogazione di utero e donazione di ovocita (c.d. contratto di maternità per concepimento e gestazione).

Nei certificati di nascita dei due figli viene inizialmente indicato il nome della madre gestante, ma, a seguito dell'emanazione dei *parental orders* da parte del giudice inglese, gli atti di nascita originali vengono rettificati indicando come genitori la coppia committente.

Il Comune di Bari, competente per la rettifica degli atti di nascita, non aderisce alla relativa richiesta sia per la mancata previsione nell'ordinamento giuridico italiano dell'attribuzione di maternità a seguito di surrogazione (i contratti di maternità erano stati conclusi prima del 2004), sia per la mancata sussistenza del requisito della conformità all'ordine pubblico ex art. 64 L. n. 218/1995³¹.

Di qui il ricorso alla Corte d'Appello di Bari che ha ordinato al Comune di procedere alle opportune annotazioni sugli atti di nascita. In particolare, la Corte ha invocato l'art. 33 della legge n. 218/1995, in forza del quale lo *status* del figlio viene determinato dalla legge nazionale vigente al momento della nascita; e pertanto, nel caso di specie, avendo i bambini acquisito la cittadinanza britannica *ius soli* e *ius sanguinis*, il rapporto di filiazione è da statuirsi secondo la legge britannica.

A nulla osta – ha soggiunto l'Organo giudicante – il richiamo all'art. 64 della predetta legge da parte del Comune, in quanto, trattandosi di figli con cittadinanza britannica ed italiana, è senz'altro da ritenersi applicabile il concetto di ordine pubblico internazionale; con la conseguenza che la conformità del provvedimento straniero all'ordine pubblico va verificata in relazione ai valori condivisi dalla comunità internazionale.

In senso conforme all'orientamento volto a sostenere l'ammissibilità della trascrizione del certificato di nascita di prole nata mediante il ricorso alla maternità surrogata all'estero, si è pronunciato anche il Tribunale di Milano che, con la sentenza del 15 ottobre 2013, analogamente a quanto sostenuto dal Tribunale di Trieste³², ha, tuttavia, ulteriormente precisato che, nell'ipotesi di bambini nati all'estero da madri surrogate, non si configura il delitto di alterazione di stato ex art. 567, comma 2, c.p. qualora il neonato venga dichiarato figlio della donna per conto della quale è stata portata avanti la gravidanza - anziché come figlio della partoriente o della donatrice dell'ovulo fecondato - se l'atto di nascita è

³⁰ Sentenza consultabile in *Guida al diritto*, 2009, 5, 50 ss.

³¹ Rubricata: *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*.

³² Ufficio del giudice per l'udienza preliminare - sentenza n. 349/2013.

stato formato validamente nel rispetto della legge del Paese in cui il bambino è nato (nel caso di specie, l'Ucraina)³³.

In seguito, sul medesimo argomento, si è pronunciata, altresì, la Corte d'Appello di Trento³⁴, con una sentenza successiva alle pronunce della Corte di Cassazione³⁵ e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo³⁶, in tema di iscrizione all'anagrafe di bambini nati all'estero da madri surrogate: per il Giudice d'Appello, infatti, «Non contrasta con l'ordine pubblico [...], sicché può esserne riconosciuta l'efficacia in Italia, il provvedimento giudiziario straniero che dispone la rettifica dell'atto di nascita di due bambini, nati da una pratica di maternità surrogata, i quali hanno acquisito così lo status di figli di due

³³ È un'interpretazione acrobatica. Cesare Mirabelli, intervista di L. BELLASPIGA, *Madre surrogata, un'interpretazione acrobatica*, in *Avvenire*, 27 febbraio 2014. **Errore. Riferimento a collegamento ipertestuale non valido.** Il Presidente emerito della Corte costituzionale ha così commentato l'assoluzione in primo grado dei due coniugi milanesi che in Ucraina hanno pagato 30mila euro per un utero in affitto e la “donazione” degli ovociti.

³⁴ Corte d'Appello di Trento, sez. I, 23 febbraio 2017.

³⁵ Cass. civ., 11 novembre 2014, n. 24001, cit. V. commento di C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2015, 235 ss. In senso contrario, v. la sentenza, 10 marzo 2016, n. 13525 (in *Rivista di diritto internazionale*, 3, 2016, 701 ss.), con la quale la Cassazione penale ha ritenuto che «non sussiste alcuna alterazione dello stato civile del minore in caso di richiesta di trascrizione dell'atto di nascita redatto alla stregua della legge locale e in corrispondenza della situazione assunta come rilevante da quest'ultima, con indicazione quale madre naturale di persona diversa dalla madre surrogata. Conseguentemente, l'ufficiale di stato civile italiano che si limiti a procedere alla trascrizione dell'atto, riguardante un cittadino italiano, formato all'estero non forma alcun atto falso». Per un'accurata ricostruzione giurisprudenziale, si rinvia a G. CIARLARIELLO, A. CAMPOLONGO, M. DI SANZO, R. LA RUSSA, A. SANTURRO, V. LO VOI, P. FRATI, *La maternità surrogata: evoluzione giurisprudenziale italiana ed europea*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2016, 1117. V., inoltre, M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *Biolaw Journal*, 2, 2015, 89; R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, 2016; M. RIZZUTI, *Maternità surrogata e ordine pubblico*, in <http://giustiziacivile.com>, maggio 2017; S. PENASA, *Tra legge e corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, 44; ID., *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 1, 2013, 235; G. BALDINI, *Riflessioni di Biodiritto, Profili evolutivi e nuove questioni*, cit., 83 ss.

³⁶ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con le sentenze del 24 giugno 2014 (caso *Menesson contro Francia*); 26 giugno 2014 (caso *Labassee contro Francia*); 27 gennaio 2015 (caso *Paradiso, Campanelli contro Italia*) ha sostenuto che sussiste una violazione dell'art. 8 Cedu, sotto il profilo del diritto al rispetto della vita privata, da parte di uno Stato che rifiuti di riconoscere nel proprio diritto interno un rapporto di filiazione legittima tra figlio e genitore biologico, allorché tale figlio sia nato in seguito al ricorso ad una “maternità surrogata” legalmente prevista in uno Stato estero. In senso conforme a tale orientamento si è pronunciata da ultimo anche la Grande Camera con il parere del 10 aprile 2019.

In senso contrario, v. Grande Chambre, 25 gennaio 2017 (sempre sul caso *Paradiso, Campanelli contro Italia*) «La decisione delle autorità italiane di disporre l'allontanamento di un minore da una coppia di coniugi, cittadini italiani, che ha fatto ricorso alla maternità surrogata all'estero, è conforme alla Convenzione europea. La misura è un'ingerenza nel diritto alla vita privata ma conforme alle regole convenzionali in quanto prevista dalla legge, proporzionale e necessaria in una società democratica. La valutazione delle conseguenze sul bambino sono un elemento determinante per ritenere la misura proporzionale e idonea a conseguire un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco». Cfr., all'uopo, S. PENASA, *Il caso Paradiso e Campanelli c. Italia: verso modelli familiari “a geometria variabile”?* in *Biolaw Journal*, 1, 2017, 1; nonché *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, in *Italian Review of Legal History*, XI 2017, 1.

uomini, quello già indicato come padre e quello di cui il provvedimento aveva accertato la genitorialità, atteso che per un verso è conforme al *best interest* dei minori la conservazione di una identità ormai legittimamente acquisita all'estero, per l'altro non è ostativo né il divieto legislativo della maternità surrogata, né la mancanza di legami genetici tra i due bambini ed il secondo genitore, rilevando piuttosto la consapevole assunzione, da parte di quest'ultimo, della responsabilità genitoriale»

Questa continua proliferazione di dispute dottrinali e giurisprudenziali sorte in tema di iscrizione all'anagrafe dei figli (necessariamente) nati all'estero mediante le tecniche di *surrogacy*, ha indotto di recente le Sezioni Unite della Corte di Cassazione a precisare che «il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore intenzionale cittadino italiano trova ostacolo nel divieto di surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, 6° comma, della l. n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, essendo posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione»³⁷.

La tutela di tali valori – ritenuti dalla Corte non irragionevolmente prevalenti sull'interesse del minore nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione – non esclude, sempre a parere delle Sezioni Unite, la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, 1° comma, lett. d), della l. 4 maggio 1983 n. 184.

Con la pronuncia in commento, in sostanza, le Sezioni Unite hanno preso posizione sulla delicata questione della *stepchild adoption*, ossia sul figlio di coppia omosessuale che sia biologicamente tale soltanto con riferimento ad uno dei *partner*. L'altro – definito quale «genitore d'intenzione» – se soggetto alla legge italiana, non può pretendere l'iscrizione anagrafica del bambino come proprio figlio. Dal divieto di maternità surrogata – sancito dall'art. 12 della l. n. 40/2004 – si ricaverebbe, infatti, a parere della Corte, un principio di ordine pubblico, ostativo a siffatto riconoscimento, di rispetto nei confronti della dignità umana della gestante e dell'adozione³⁸.

Sul punto, però, non si può non ricordare la fondamentale e condivisibile posizione assunta in precedenza dalla Corte costituzionale – con la richiamata sentenza n. 272/2017 – là dove, evitando «irragionevoli automatismi pregiudizievoli per il minore», ha osservato che in tutte le ipotesi di possibile divergenza tra identità genetica e identità legale la necessità del bilanciamento tra esigenze di accertamento della verità e interesse concreto del minore³⁹ comporta – per ogni singola fattispecie – «un

³⁷ Sentenza 8 maggio 2019, n. 12193, cit. in nota 25. In senso conforme, v. Tribunale minorenni Genova, 13 giugno 2019, n. 640, in *Diritto di famiglia e delle persone*, II, 4, I, 2019, 1678 ss.

³⁸ Cfr. M. D'AMICO, *Diritti LGBT e "nuove famiglie" in Italia*, in M. D'AMICO, C. NARDOCCI, M. WINKLER (a cura di), *Orientamento sessuale e diritti civili*, Milano, 2014;

³⁹ Su questo basilare principio, di recente, in chiave critica, E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, *passim*. Nello specifico contesto delle "nuove genitorialità": G. RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016, 99 s., *ivi* si raccomanda di evitare di «invocare genericamente il superiore interesse del minore», ma di aver riguardo «al superiore interesse di quel determinato minore di età coinvolto da quella specifica decisione che deve essere assunta»; V. SCALISI, *Maternità surrogata*, in *Rivista di diritto civile*, 2017, 1111 ss., il quale (in sintonia con il categorico avviso espresso da EDWARDS R., *La vita prima della nascita*, cit., 149 «una volta terminata la gravidanza, che sia commerciale o altro, deve essere sempre l'interesse del bambino a prevalere») sollecita a fare del principio in discorso, valutato in concreto, l'esclusivo criterio di decisione di ogni controversia «anche sullo *status filiationis* del minore

giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello *status* e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore»⁴⁰.

Pertanto, a parere di chi scrive, solo il preminente interesse «di quel minore»⁴¹ dovrebbe rappresentare la stella polare di una decisione che non può che essere ritrovata caso per caso secondo la ricostruzione dei fatti dinanzi ad un giudice⁴².

5. La necessità di incrementare gli studi clinici nel settore delle tecniche di P.M.A., ai fini della salvaguardia della salute della donna e del nascituro. Cenni

In conclusione, non sembra superfluo accennare ad un altro tema estremamente controverso: quello relativo alla necessità di bilanciare l'interesse alla genitorialità – soddisfatto mediante il ricorso alle nuove tecnologie (ivi compresa la *surrogacy* nei Paesi stranieri che ne riconoscono la liceità)⁴³ – con quello alla salvaguardia del diritto alla salute dei bambini nati con l'impiego di tali pratiche e delle donne che vi fanno ricorso. Si allude, nel dettaglio, al dilemma dei rischi connessi alla P.M.A., non tanto di quelli ascrivibili ai possibili “incidenti” nelle Cliniche della fertilità quanto di quelli identificabili con

[...] pure quando ciò dovesse comportare il sacrificio di un corrispondente principio di verità come in ipotesi di madre surrogata senza alcun legame genetico con uno o entrambi i genitori e tuttavia dagli stessi non solo riconosciuti come figli ma anche come tali trattati con le amorevoli cure a loro dovute».

⁴⁰ Su di un piano generale, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 83, evidenzia che: «Il biodiritto contemporaneo si caratterizza per essere materia che rifugge le discipline assolute e fondamentaliste, quelle – per così dire – “senza se e senza ma”, e che si connota per soluzioni che dipendono di volta in volta da delicati equilibri e bilanciamenti di interessi diversi». Sulle categorie individuative della “fattispecie biogiuridica” cfr. G. BALDINI, *Riflessioni di Biodiritto, Profili evolutivi e nuove questioni*, cit., 3 ss.

⁴¹ L'espressione tra virgolette è di G. RECINTO, *op.cit.*

⁴² Cfr., all'uopo, L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000; A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit., 32.

⁴³ A tal proposito, si stima utile ricordare la sentenza della Corte costituzionale, 10 giugno 2014, n. 162 (in *Diritto di famiglia e delle persone*, 3, I, 2014, 973. In proposito, v. C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *confrontocostituzionali.eu*, 2014; nonché M. CASINI, *Il “figlio a tutti i costi” e la “procreazione medicalmente assistita”. Così la Corte costituzionale dimentica il primato degli interessi e dei diritti dei minori. La sentenza n. 162 del 2014 e il ritorno dell'eterologa in Italia*, in *Minerva medica*, 64, 2014, 367 ss.), là dove si sostiene che «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima e 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 procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera». In senso conforme, v. anche: l'ordinanza del Tribunale di Salerno, 13 gennaio 2010, in <http://www.giurcost.org>, nella quale si è qualificato «il diritto al figlio come un diritto soggettivo da ascrivere tra quelli inviolabili della donna ai sensi dell'art. 2 Cost.»; la sentenza del 1° aprile 2010, in *Guida al diritto*, 46, 2011, 17, con la quale la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha affermato che «il diritto di una coppia di ricorrere alla procreazione assistita per concepire un figlio rientra nella sfera dell'art. 8 della CEDU, in quanto espressione della vita privata e familiare»; la sentenza (n. 7085) resa dal Tribunale di Milano il 24 maggio 2013 (ined.), nella quale testualmente si legge: «il diritto al concepimento fa parte delle fondamentali estrinsecazioni della persona umana, riconosciute dalla Costituzione, catalogabili come diritti inviolabili (art. 2 e art. 29 Cost.), in ragione della basilare ineranza al nucleo dell'individuo».

gli effetti indesiderati sulla salute della madre e del nascituro⁴⁴. Ciò, giova precisarlo, non allo scopo di “demonizzare” le tecniche impiegate in questo delicatissimo settore della medicina, ma al ben diverso fine di rendere l’accesso alle stesse frutto di una decisione non “emotiva” o “frettolosa”, ma consapevole e adeguatamente meditata grazie ad una informazione dettagliata e comprensibile fornita dagli operatori⁴⁵, come è richiesto dalla normativa vigente⁴⁶. Esigenza, questa, ancor più avvertita atteso il tenore delle notizie veicolate dai *mass-media*⁴⁷.

Limitando la ricerca agli articoli più recenti, va anzitutto segnalata, una Rassegna, scaricabile dalla “Rete”, intitolata “I pericoli taciuti della fecondazione *in vitro*”, strutturata in due dense sezioni: la prima dedicata ai “Rischi e complicanze per la donna”, la seconda riservata ai “Rischi e complicanze per i nascituri”, entrambe corredate di interventi di esperti del settore⁴⁸.

Se possibile ancor più preoccupante è un’intervista, pubblicata su un quotidiano a diffusione nazionale, intitolata «Più tumori nei figli della provetta» e sottotitolato «L’oncologa Massimino: dati certi, ma lo si tace ai futuri genitori»⁴⁹. Da questo articolo traspare, fra l’altro, la divergenza di opinioni in materia, fonte di ulteriori perplessità fra gli “utenti”, allorché all’affermazione dell’intervistatrice, secondo cui «molti ritengono che i bambini nati da fecondazione assistita [sarebbero] più sani di quelli concepiti naturalmente», fa riscontro l’opposta opinione dell’intervistata, la quale asserisce che, sulla scorta di

⁴⁴ Per incisivi ragguagli su tali aspetti, cfr. K.A. RODRIGUEZ-WALLBERG, F.E. LUNDBERG, S. EKBERG, A.L.V. JOHANSSON, J.F. LUDVIGSSON, C. ALMQVIST, S. CNATTINGIUS, A.N. ILIADOU, *Mortality from infancy to adolescence in singleton children conceived from assisted reproductive techniques versus naturally conceived singletons in Sweden*, in *Fertility and Sterility*, 2020 Feb. 18; S.M. HILBERT, S. GUNDERSON, *Complications of Assisted Reproductive Technology*, in *Emergency medicine clinics of North America*, 37, 2, 2019 May, 239 ss.; A.A. CHUGHTAI, A.Y. WANG, L. HILDER, Z. LI, K. LUI, C. FARQUHAR, E.A. SULLIVAN, *Gestational age-specific perinatal mortality rates for assisted reproductive technology (ART) and other births*, in *Human Reproduction*, 33, 2, 2018 Feb 1, 320 ss.; G. BELLUOMO, L. GEREMIA, R. IPPOLITO, M. CARIOLA, S.G. VITALE, M.C. SUDANO, G. VALENTI, F. SAPIA, G. VACCARO, A. RAPISARDA, F. SALERNO, A. CIANCI, *Gravidanza insorta con procreazione medicalmente assistita: complicanze più frequenti*, in *Giornale Italiano di Ostetricia e Ginecologia*, 34, 3, 2012; J. YEE, *IVF more deadly than abortion for women, says BMJ*, in *BioEdge*, 3 febbraio 2011; Y. DEL RAYO RIVAS-ORTIZ, R.J. HERNÁNDEZ-HERRERA, *Difference between perinatal mortality in multiple pregnancies obtained spontaneously versus assisted reproduction*, in *Revista Ginecología y Obstetricia de México*, 78, 6, 2010, 316 ss.; M. HANSEN, J.J. KURINCZUK, E. MILNE, N. DE KLERK, C. BOWER, *Assisted reproductive technologies and the risk of birth defects—a systematic review*, in *Human Reproduction*, 20, 2, 2005, 328 ss.; M. COSTA, D. COLIA, *Potenziali rischi per i nati dopo procedure di procreazione medicalmente assistita*, in *Italian Journal of Sexual and Reproductive Medicine*, 2005, 12, 134 ss.

⁴⁵ Con specifico riguardo, ai requisiti di validità del consenso informato, v. le considerazioni di P. DI LORENZO, C. CASELLA, E. CAPASSO, A. CONTI, P. FEDELI, F. POLICINO, M. NIOLA, *The central importance of information in cosmetic surgery and treatments*, in *Open Medicine*, 13, 1, 2018, 153 ss.

⁴⁶ Oltre che all’art. 4 (“Consenso informato”) della legge n. 40/2004, si rinvia alle Linee guida del 2015 contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita e al Decreto dei Ministri della Giustizia e della Salute, 28 dicembre 2016, n. 265 («Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita»).

⁴⁷ Con riferimento all’ambito sperimentale v. V. GRAZIANO, C. BUCCELLI, E. CAPASSO, F. DE MICCO, C. CASELLA, P. DI LORENZO, M. PATERNOSTER, *Suggestions on how to make suboptimal kidney transplantation an ethically viable option*, in *Open Medicine*, 11, 1, 2016, 523 ss.

⁴⁸ La Rassegna è di L. PERFORI e risale al 23 febbraio 2016 (in <http://www.libertaeper-sona.org/wordpress/2016/02/i-pericoli-taciuti-della-fecondazione-in-vitro/>).

⁴⁹ Si tratta del giornale *Avvenire* del 10 dicembre 2017. L’autrice dell’intervista è M. TERRAGNI.

dati ricavabili dalla letteratura scientifica, i primi «presentano un maggior rischio sia di patologie congenite – cioè al momento della nascita – sia di malattie successive»⁵⁰.

Sul punto, nondimeno, deve comunque essere rilevato come la parte maggioritaria della comunità scientifica, in linea con la più recente letteratura medica in materia, ritiene che le tecniche di PMA siano ormai sicure non sussistendo significative differenze riguardo alle condizioni di morbilità tra nati da PMA e in via naturale⁵¹.

⁵⁰ Basti citare, a titolo esemplificativo, con riferimento al rischio di contrarre malattie mentali, SVEN SANDIN, KARL-GÖSTA NYGREN, ANASTASIA ILIADOU, CHRISTINA M. HULTMAN, ABRAHAM REICHENBERG, *Autism and Mental Retardation Among Offspring Born After in Vitro Fertilization*, in *The Journal of the American Medical Association*, 310, 1, 2013, 75-84. In questo studio sono stati analizzati 2,5 milioni di bambini svedesi nati fra il 1982 e il 2007 verificando a distanza di anni (da 5 a 30) chi di loro aveva ricevuto una diagnosi di autismo o ritardo mentale. Di tali bambini 30.959 (l'1,2%) erano nati in seguito all'applicazione di tecniche di fertilizzazione in vitro (IVF). Motivo, questo, per il quale i ricercatori hanno individuato in codesto gruppo una maggior incidenza di ritardo mentale rispetto ai bambini nati naturalmente. V., anche, H.A. BEYDOUN, N. SICIGNANO, M.A. BEYDOUN, D.O. MATSON, S. BOCCA, L. STADTMAUER, S. OEHNINGER, *A cross-sectional evaluation of the first cohort of young adults conceived by in vitro fertilization in the United States*, in *Fertility and Sterility*, 94, 6, 2010, 2043. In tale *clinical trial* sono stati arruolati 173 giovani tra i 18 e i 26 anni nati tra il 1981 e il 1990, cioè la prima generazione statunitense figlia della provetta: il 33% aveva una diagnosi di *deficit* di attenzione e iperattività non grave, contro il 3-5% della popolazione in generale, e un rischio di depressione del 16% contro il 13% dei giovani concepiti naturalmente». Indicativa, inoltre, è la constatazione di G. LAZARAVICIUTE, M. KAUSER, S. BHATTACHARYA, P. HAGGARTY, S. BHATTACHARYA, *A systematic review and meta-analysis of DNA methylation levels and imprinting disorders in children conceived by IVF/ICSI compared with children conceived spontaneously*, in *Human Reproduction Update*, 20, 6, 2014, 840 ss., i quali hanno preso in considerazione 2,5 milioni di bambini nati in Danimarca fra il 1969 e il 2006 e seguiti in media per 21 anni, dimostrando che in quelli nati da PMA c'era una maggiore incidenza di malattie mentali, soprattutto schizofrenia, depressione, disturbi dello sviluppo, deficit di attenzione e iperattività. Un altro studio condotto sui registri australiani dal *Robinson Institute* dell'Australia Meridionale (riportato da A. BELTRAMINI, *Il rischio in provetta*, in *Focus*, febbraio 2017, 31 ss.) ha contato l'8,3% di malformazioni nei 6.163 bimbi nati da PMA contro il 5,8% nei 308mila bimbi nati per vie naturali. Le malformazioni più frequenti erano cardiovascolari, urogenitali, gastrointestinali oltre a paralisi cerebrale. Per quanto concerne, infine, il rischio per i bambini concepiti in seguito a trattamenti per la fertilità (e ovviamente nati da fecondazione assistita) di contrarre tumori infantili, v. K.J. SUNDH, A.K. HENNINGSEN, K. KÄLLEN, C. BERGH, L. B. ROMUNDSTAD, M. GISSLER, A. PINBORG, R. SKJAERVEN, A. TIITINEN, D. VASSARD, *Cancer in children and young adults born after assisted reproductive technology: a Nordic cohort study from the Committee of Nordic ART and Safety (CoNARTaS)*, in *Human Reproduction*, 29, 9, September 2014, 2050–2057; B. KÄLLÉN, O. FINNSTRÖM, A. LINDAM, E. NILSSON, K.G. NYGREN, P. OTTERBLAD OLAUSSON, *Cancer risk in children and young adults conceived by in vitro fertilization*, in *Pediatrics*, 126, 2, 2010, 270-276.

⁵¹ A tal proposito, significativa è l'osservazione di A. GOISIS, H. REMES, P. MARTIKAINEN, R. KLEMETTI, M. MYRSKYLÄ, *Medically assisted reproduction and birth outcomes: a within-family analysis using Finnish population registers*, in *Lancet*, 2019 Mar. 23, 393: «La particolare incidenza dei problemi che alcune indagini hanno riscontrato nei “concepiti in provetta” non dipende dall'intervento medico in sé, ma dalle caratteristiche della coppia che ha difficoltà a concepire». In senso conforme, fra gli altri, si sono espressi, anche P.E. LEVI, P. PATRIZIO, *Assisted reproductive technologies (ART) and childhood cancer: is the risk real?*, in *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, 35, 10, 2018 Oct., 1773 ss. Meritano di essere segnalate, inoltre, le conclusioni di Z. MOMENIMOVAHED, S. TAHERI, A. TIZNOBAIK, H. SALEHINIYA, *Do the Fertility Drugs Increase the Risk of Cancer? A Review Study*, in *Frontiers in Endocrinology*, 24 May 2019: «The results of this study did not show that fertility medications increase the risk of cancer among users. In summary, the relationship between infertility treatment and cancer incidence remains an open question». In piena sintonia con tale principio si pongono, altresì, S. GULERIA, S.K. KJÆR, V. ALBIERI, K. FREDERIKSEN, A. JENSEN, *A Cohort Study of Breast Cancer Risk after 20 Years of Follow-Up of Women Treated with Fertility Drugs*, in *Cancer Epidemiology, Biomarkers & Prevention*, 28, 12, December 2019; nonché C.L. WILLIAMS, M.E. JONES, A.J. SWERDLOW, B.J. BOTTING, M.C. DAVIES, I. JACOBS, K.J. BUNCH, M.F.G. MURPHY, A.G. SUTCLIFFE, *Risks of ovarian, breast, and corpus uteri cancer in women treated with assisted reproductive technology in Great Britain, 1991-2010:*

In questo quadro, in presenza di orientamenti non del tutto pacifici, in forza del richiamato principio di precauzione quale elemento identificativo della fattispecie biogiuridica⁵², ben si giustifica la necessità di continuare a monitorare la situazione riguardo ai possibili rischi inerenti alla P.M.A. anche e soprattutto con riferimento alle diverse tecniche impiegate⁵³, incluse quelle più recenti o futuribili⁵⁴. Di tale ineludibile bisogno vi è traccia anche nei programmi di recenti prestigiosi Congressi delle Società scientifiche del settore, nei quali non a caso figurano Relazioni dedicate, ad esempio, a temi ultrasensibili come «La stimolazione ovarica», «Il rischio clinico nella PMA», «La salute dei bambini nati da PMA»⁵⁵.

Si conferma, allora, a parere di chi scrive, nel modo più evidente l'esigenza di bilanciare l'interesse alla genitorialità soddisfatto mediante il ricorso alle nuove tecnologie con la salvaguardia del diritto alla salute dei bambini nati con l'impiego di tali pratiche e delle donne che vi fanno ricorso operando secondo un principio di precauzione che pur nell'ambito di orientamenti contrastanti, suggerisce di mantenere costante l'impegno scientifico riguardo al complesso fenomeno e alle eventuali conseguenze indesiderate imputabili alle tecniche di PMA, alle cause delle stesse ed ai rimedi adottabili a salvaguardia della salute⁵⁶ dei bambini nati con il loro impiego e delle donne che vi fanno ricorso.

Merita, pertanto, di essere accolto l'invito a condurre, per l'appunto ai fini della loro tutela «ulteriori indagini sugli effetti collaterali, a medio e lungo termine, riconducibili all'impiego delle varie tecniche

data linkage study including 2.2 million person years of observation, in *The British Medical Journal*, 2018, 362 ss. Nello specifico, in quest'ultimo recente studio sono state coinvolte più di 250mila donne che hanno intrapreso il percorso della procreazione assistita, la cui salute è stata monitorata per circa 9 anni. Gli sperimentatori hanno esaminato i dati raccolti dal *Human Fertilisation and Embryology Authority* (Hfea) tra il 1991 e il 2010 e li hanno messi a confronto con le informazioni ricavate dai registri nazionali sui tumori. I ricercatori non hanno riscontrato differenze sostanziali nell'incidenza dei tumori femminili tra le donne sottoposte a terapie per la fertilità e la popolazione generale.

⁵² G. BALDINI, *Riflessioni di Biodiritto, Profili evolutivi e nuove questioni*, cit., 4 ss.

⁵³ In proposito, M. FRONTE, *Culle di vetro*, cit., 153 s., riferisce che nei bambini concepiti mediante la tecnica oggi più diffusa – *IntraCytoplasmic Sperm Injection* (ICSI) – si è riscontrato un tasso di malformazioni “leggermente” più elevato rispetto a quello relativo ai bambini per i quali sono stati impiegati altri procedimenti.

⁵⁴ Il pensiero corre, ad esempio, alle procedure nelle quali sono utilizzati (o potrebbero essere utilizzati nel prossimo futuro) ovociti “vetrificati” o “ringiovaniti” o maturati in laboratorio o embrioni sottoposti, per fini terapeutici, alla procedura di *gene editing*.

⁵⁵ Argomenti, questi, inclusi, ad esempio, nel 1° Congresso Nazionale della Società Italiana della Riproduzione Umana (SIRU), intitolato «Costruiamo la medicina e la biologia della riproduzione umanizzata», tenutosi a Roma dal 14 al 16 dicembre 2017. Sul punto si vedano anche i contributi scientifici elaborati nell'ambito del Centro Studi sulla PMA e le informazioni alle coppie contenute nel progetto “*La campagna del Cavolo*”, iniziative entrambe promosse dalla Fondazione PMA Italia, l'organizzazione di rappresentanza dei centri medici e delle associazioni di pazienti (<http://www.pma-italia.it>).

⁵⁶ A tal proposito, merita di essere segnalata l'osservazione di A. D'ALOIA, *Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, in *BioLaw Journal*, 1, 2014, 91, a termini della quale: «Sono diversi i modi in cui la salute, e il diritto alla salute, sono andati oltre la dimensione biologico-fisica. Il tema della prevenzione sanitaria, ad esempio, ci porta già “oltre la malattia” (in questo caso “prima” di essa): l'altra faccia del diritto alla salute, la salute non solo come cura o terapia medico-farmaceutica». V., al riguardo, P. BIN, A. CONTI, E. CAPASSO, P. FEDELI, F. POLICINO, C. CASELLA, P. DELBON, V. GRAZIANO, *Genetic testing: ethical aspects*, in *Open Medicine*, 13, 1, 2018, 247 ss.

di PMA e ai trattamenti farmacologici ad esse collegati, incentivando, in primo luogo su iniziativa delle Associazioni scientifiche del settore [...] protocolli sperimentali orientati nella suddetta direzione»⁵⁷.

champs

⁵⁷ Così il § 27 («Sperimentazioni in medicina procreativa»), in A. ANZANI, C. BUCCELLI, C. DONISI, M. MORI, L. ROMANO, S. GARATTINI, A.G. SPAGNOLO (a cura di), *Carta di Napoli per la tutela della persona nelle sperimentazioni cliniche*, Napoli, 2017, 23.

Rise and fall of surrogacy arrangements in Portugal (in the aftermath of decision n. 465/2019 of the Portuguese Constitutional Court)

Vera Lúcia Raposo*

chaves

ABSTRACT: Surrogacy in Portugal have been down a bumpy road. After a situation of legal uncertainty, in 2006 the law came to prohibit it, even criminally. In 2016 an innovative law was enacted, allowing surrogacy under very strict conditions, but the Constitutional Court declared the law unconstitutional and null. Following that ruling, the Parliament amended the law. It addressed every concern of the Court, except for the right of the surrogate to withdraw from the contract, so this regulation was again considered unconstitutional. The surrogate's right to regret has become a sine qua non for the legitimacy of surrogacy in Portugal.

KEYWORDS: Surrogacy contracts; right to regret; contract law; donor's anonymity; Constitutional Court

SOMMARIO: 1. Rise of surrogacy arrangements in Portugal – 1.1 The original solution: Law n. 32/2006 – 1.2. The first decision of the Constitutional Court: Decision n. 101/2009 – 1.3. Law n. 25/2016 and the authorisation of surrogacy arrangements – 2. Fall of surrogacy arrangements in Portugal – 2.1. The second decision of the Constitutional Court: Decision n. 225/2018 – 2.1.1. Insufficient clarification regarding the duties and restrictions to be imposed by the contract – 2.1.2. The (too wide) imposition of nullity for non-compliance with legal requisites – 2.1.3. The absence of the surrogate's right to regret – 2.1.4 Donor's and surrogate's anonymity – 2.2. Consequences of decision n. 225/2018 – 2.2.1. A new legal solution of (non) anonymity – 2.2.2. A new legal solution for surrogacy – 2.3. The third decision of the Constitutional Court: Decision n. 465/2019 – 3. What does the future hold?

1. Rise of surrogacy arrangements in Portugal

1.1. The original solution: Law n. 32/2006

The first law in Portugal to regulate assisted reproduction was enacted in 2006¹, as Law n. 32/2006². Article 8, in the law's original version, contained a clear prohibition against

* Associate Professor at the Faculty of Law of the University of Macau, China and Auxiliary Professor at the Faculty of Law of the University of Coimbra, Portugal. Mail: vraposo@um.edu.mo; vera@fd.uc.pt. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Underlying the previous lack of law in this regard, V.L. RAPOSO, A.D. PEREIRA, *Primeiras Notas Sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)*, in *Lex Medicinæ*, 3, 6, 2006, 89.

² Law n. 32/2006, from 26 July, on Medically Assisted Reproduction.

surrogacy arrangements³. It stated that surrogacy contracts were, in any given situation, null and void of all legal effects (n. 1)⁴. Surrogacy was defined as a situation in which a woman (the surrogate) agrees to bear a child for others and hand over the child after its birth, renouncing the powers and duties of motherhood (n. 2). The law was also clear that the surrogate was, for all legal purposes, the mother of the unborn child (n. 3)⁵. This clarification reinforced the consequences for violating n.1: the child would never be treated as the legal offspring of the contracting parents under the law⁶. The law was particularly severe for paid contracts in which financial benefits accrued to the surrogate. Under Article 39, the parties to such contracts would be punished by imprisonment of up to two years or a fine. The same punishment was also imposed on those who promoted surrogacy arrangements by any means⁷.

All of the articles quoted fall under Law n. 32/2006, unless stated otherwise.

A comment on the regime implanted in 2006 in J.O. ASCENSÃO, *A Lei n.º 32/06, Sobre Procriação Medicamente Assistida*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 67, III, 2007, at http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=65580&ida=65542; M. COSTA, C.S. LIMA, *A Maternidade de Substituição à Luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade*, in *Lusíada*, 2, 10, 2012, 237-289.

³ This was, and still is, the most common regime in Europe (a general overview of surrogacy in Italy, Austria and Germany can be found in D. ROSANI, “*The Best Interests of the Parents*”. *La Maternità Surrogata in Europa tra Interessi del Bambino, Corti Supreme e Silenzio dei Legislatori*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2017, 109-134), with the exception of the UK (A. ALGHRANI, D. GRIFFITHS, *The Regulation of Surrogacy in the United Kingdom: The Case for Reform*, in *Child and Family Law Quarterly*, 29, 2, 2017, 165-186), Greece and Cyprus (E. ZERVOGIANNI, *Lessons Drawn from the Regulation of Surrogacy in Greece, Cyprus, and Portugal, or a Plea for the Regulation of Commercial Gestational Surrogacy*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 33, 2, 2019, 160-180).

⁴ This understanding was already in place, even in the absence of an express prohibition. Mainstream scholars (G. OLIVEIRA, *Mãe Há Só Uma, Duas!: O Contrato de Gestação*, Coimbra, 1992) argued that surrogacy contracts were a violation of public order and therefore were null and void of effects, as set forth in Article 280/2 of the Civil Code (CC). However, even then, some authors advocated for the lawfulness of such contracts in light of the existing law (V.L. RAPOSO, *De Mãe para Mãe: Questões Éticas e Legais Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra, 2005, 28 ff.).

⁵ Criticising this solution for punishing the surrogate, ASCENSÃO, *op. cit.*

⁶ Exposing some arguments against the validity of these contracts, G. OLIVEIRA, *Mãe Há Só Uma*, *cit.*, in particular p. 45; G. OLIVEIRA, *Mães “Hospedeiras”*. *Tópicos para uma Intervenção*, in G. OLIVEIRA (ed.), *Procriação Assistida, Colóquio Interdisciplinar (12-13 de Dezembro de 1991)*, Coimbra, 1993, 59.

After Law n. 32/2006, see J. LOUREIRO, *Outro Útero É Possível: Civilização (da Técnica), Corpo e Procriação: Tópicos de um Roteiro em Torno da Maternidade de Substituição. Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais*, in M.C. ANDRADE, S.A. SOUSA, M.J. ANTUNES (eds.), *Livro de Homenagem ao Prof. Doutor Peter Hünerfeld*, Coimbra, 2013, 1413 (for being an instrumentalization of the woman); P. PATTO, *Maternidade de Substituição – Um Retrocesso Social*, 14 January 2012, at http://www.federacao-vida.com.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=379:maternidade-desubstituicao-um-retrocesso-social-pedro-vaz-patto&catid=6:noticias&Itemid=8.

In favor of surrogacy arrangements, A. BARROS, *Barrigas de Aluguer*, in *Boletim da OA*, 88, Março, 2012, 25; R. CASCÃO, *The Challenges of International Commercial Surrogacy: From Paternalism Towards Realism*, in *Medicine & Law*, 35, 2016, 151-164; M. COSTA, C.S. LIMA, *op. cit.*, 249 ff.; T. DUARTE, *In Vitro Veritas? - A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*. Coimbra, 2003, 90; V.L. RAPOSO, *De Mãe para Mãe*, 28 ff.; V.L. RAPOSO, *Quando a Cegonha Chega por Contrato*, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, 88, 2012, 26-27.

⁷ Paid contracts have always been especially controversial in light of Portuguese law. However, some authors have advocated in their favour: R. CASCÃO, *op. cit.*, 153-158; V.L. RAPOSO, *O Direito à Imortalidade: O Exercício de Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*, Coimbra, 2014, 1078.

This legal regime was amended in 2016 by Law n. 25/2016, taking effect from 22 August 2016. The amended law came to allow surrogacy arrangements under very strict conditions.

1.2. The first decision of the Constitutional Court: Decision n. 101/2009

The first time Law n. 32/2006 was challenged in the Constitutional Court (CtC) was in 2009. Several of its norms were questioned, including those pertaining to surrogacy. By then, surrogacy was disallowed. Nonetheless, some members of Parliament were dissatisfied with the level of legal censure, because surrogacy was only considered a criminal offense if it involved a payment. They argued that all surrogacy contracts should be sanctioned under the criminal law. The limited intervention of the criminal law was considered a violation of human dignity and human rights. However, it was unclear whose dignity and whose rights were affected. In addition, it was argued that a lack of full criminalisation would encourage fraudulent contracts, allegedly because people would enter into paid contracts claiming they were free from any payment.

These arguments were doomed to fail. As the CtC shrewdly pointed out, any contract, paid or not, was considered null. Thus, the contracting parties would never be able to achieve the contract's objective. The CtC noted that surrogacy involves legal interests that require criminal protection (a very dubious conclusion, contradicted by scholars)⁸. However, it also stated that this is not enough to impose on lawmakers a duty to criminalise such conduct. In light of the CtC' view, there are no implicit constitutional obligations to criminalise any given conduct⁹. Lawmakers have the power to analyse the value of each legal interest at stake and the best way (with or without criminal law) to protect it. In this case, the lawmakers concluded that civil sanctions would be enough to prevent these contracts and to frustrate their legal consequences, except for paid contracts, considered a more severe violation of the values at stake. The authority to evaluate this belongs to the lawmakers. Therefore, the CtC concluded that «the legislator's choice not to criminalise, in an autonomous way, non-paid surrogacy, does not merit constitutional censorship»¹⁰.

⁸ Againts the use of criminal law to restrict surrogacy, M.J. ANTUNES, *Procriação Medicamente Assistida: Questões Novas ou Questões Renovadas para o Direito Penal*, in M.C. ANDRADE, M.J. ANTUNES, S.A. SOUSA (coords.), *Livro de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, 2010, 91; CONSELHO SUPERIOR DE MAGISTRATURA, *Pareceres Referentes aos Projectos de Lei 131/XII/1ª (PS); 137/XII/1ª (PS); 122/XII/1ª (BE); 138/XII/1ª (PSD) e 173/XII/1ª*, 21.03.2012; M. COSTA, C.S. LIMA, *op. cit.*, 247; V.L. RAPOSO, *Quando a Cegonha Chega por Contrato*, *cit.*, 26-27; V.L. RAPOSO, *O Direito à Imortalidade*, *cit.*, 1148-1149; R. VALE E REIS, *Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida – A Criminalização do Recurso à Maternidade de Substituição e Outras Soluções Criminalmente Duvidosas*, in *Lex Medicinæ*, 7, 13, 2010, 87-92.

In favor of using criminal law in this regard see P. PATTO, *op. cit.*; A. SASSI, S. STEFANELLI, *Nuovi Modelli Procreativi, Diritto allo Status e Principi di Ordine Pubblico*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 682.

⁹ In this regard, the CtC invoked the findings of Jorge de Figueiredo Dias (J.F. DIAS, *Direito Penal: Parte Geral*, Tomo I, 2nd edition. Coimbra, 2007, 129) a leading Portuguese criminal scholar. This a position shared by the vast majority of constitutional and criminal law scholars in Portugal.

¹⁰ Portuguese Constitutional Court, Decision n. 101/2009, from 03/03/2009.

A comment on this decision in V.L. RAPOSO, R. VALE E REIS, *Assisted Reproductive Technologies in Portuguese Law-Commentary to the Judgment No. 101/2009, of March the 3rd of the Portuguese Constitutional Court, in Law and the Human Genome Review / Revista de Derecho y Genoma Humano*, 31, 2009, 125-138.

1.3. Law n. 25/2016 and the authorisation of surrogacy arrangements

Law 25/2016 introduced substantial changes in Law n. 32/2016, authorising surrogacy contracts¹¹. The authorisation is limited to very restricted and exceptional situations and it is subject to various requirements, established by Article 8, in its 2016 version. The contracting woman must be born without a uterus, or suffer from a serious lesion or disease of the uterus that prevents the gestation of a child, or other justifiable clinical conditions (n. 2), though the law does not clarify what is considered justified in this regard. The gametes used must come from at least one of the contracting parents (n. 3). The surrogate cannot provide her own oocytes (n. 3). The procedure must be approved by the entity in charge of controlling the use of reproductive techniques, the National Council of Medically Assisted Reproduction (CNPMA), after a hearing by the Medical Association (n. 4). Surrogacy contracts cannot involve any kind of payment or donation to the surrogate, except for her actual expenses, certified by invoice (ns. 2 and 5). The surrogacy arrangements cannot take place when there is a relationship of economic dependency between the parties (n. 6). The parties must give their free and informed written consent (the information required is included in a document to be prepared by the CNPMA) in the presence of the attending physician (n. 8 and article 14). A written contract is required, signed by the parties and supervised by the CNPMA (n. 10)¹². This contract must clarify, in accordance with the law in force, what shall happen in case the unborn child is diagnosed with a malformation or a disease or in case of voluntary abortion¹³ (n. 10). Surrogacy contracts cannot impose restrictions on the surrogate's conduct or undermine her rights, freedoms and dignity (n. 11).

Under this law, a child born through a surrogacy contract is considered to be the child of the contracting parents (n. 7). However, non-compliance with any of the law's provisions (as set forth above) nullifies the contract (n. 12). The relationship between these two last provisions still requires clarification. This is analysed below.

There are several shortcomings in Law n. 25/2016. First, it treats surrogacy arrangements the same as any other contract, failing to recognise the specificities of these particular contracts¹⁴. The lack of understanding of such specificities explains why lawmakers have barely established any regulation for these contracts, merely referring to the general regime of contract law. Specifically, the law fails to recognise the close connection between surrogacy contracts and family law, as demonstrated by the

¹¹ A comment on this new regime in V.L. RAPOSO, *Tudo Aquilo que Você Sempre Quis Saber Sobre Contratos de Gestação (Mas o Legislador Teve Medo de Responder)*, in *Revista do Ministério Público*, 149, 2017, 9-51 and V.L. RAPOSO, *The New Portuguese Law on Surrogacy – The Story of How a Promising Law Does not Really Regulate Surrogacy Arrangements*, in *JBRA Assisted Reproduction*, 21, 3, 2017, 230-239.

¹² Assigning this task to the CNPMA was criticised by the Portuguese Bar (ORDEM DOS ADVOGADOS, *Pareceres sobre os Projectos de Lei 122/XII/1ª (BE); 127/XII/1ª (BE); 131/XII/1ª (PS); 137/XII/1ª (PSD) e 138/XII/1ª (PSD)*, 08/02/2012), in its legal opinion on this law, but the CNPMA is obviously the most suitable entity to carry out this task.

¹³ The expression «voluntary abortion» seems to refer to abortion by request.

¹⁴ Emphasising the specificities of these contracts, J.D. PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo – Lições*, 3.ª Ed., Lisboa, 2011, 263-264; V.L. RAPOSO, *Surrogacy Contracts Are not just Another Contract*, in *Medicine and Law*, 38, 3, 2019, 536 ff.

total absence of any reference to the child's best interest, which should be the cornerstone of any surrogacy regulation¹⁵.

Second, and in connection with the previous comment, the law fails to provide solutions to many issues, and particularly those related to the contract's content. There are some specifications regarding the clauses to be (or not to be) included in these contracts, but they are sparse and contradictory, thereby leading to incongruous solutions. A regulatory act, Decree n. 6/2017, from 31/07, was issued to clarify some parts of the legal regime, and it contains interesting solutions. For example, this Decree states that the contract must establish the conditions under which each party can withdraw, a wise solution that leaves the decision to the parties. In light of this regulation, the parties can include in the contract a wide right to regret for both of them, or only for one of them (e.g. let us suppose that the contracting parents agree that the surrogate can change her mind until the 6th week). Alternatively, the parties can simply reject any possibility to withdraw. In any case, they must specifically state this in the contract. Still, the lawmaker should have defined some legal boundaries for the right to regret, many other aspects of the law have remained unresolved and the overall existing regulation has been deemed insufficient.

2. Fall of surrogacy arrangements in Portugal

2.1. The second decision of the Constitutional Court: Decision n. 225/2018

In 2018, the CtC was asked to assess the constitutional conformity of the new surrogacy law. The request, presented by a group of members of the Parliament, included many aspects related with the new regulation on surrogacy, but also matters of anonymity, not exclusively related with surrogacy. In 2016 there had been a (not) substantial modification to the law. Until that moment, assisted reproduction was considered a subsidiary reproductive mechanism, only available for heterosexual couples (that is, a man and a woman, legally married or living in a de facto relationship), facing infertility problems or the risk of having a child with a severe disease or malformation. Law n. 17/2016, from 20/06, allowed these techniques to be used by single women and gay female couples, thereby turning the techniques into an alternative method of reproduction. Surprisingly, this particular feature of the law was not challenged in this legal procedure.¹⁶ *Rectius*, it was not directly challenged, but it has been stated that the issue of anonymity was an indirect attack to this solution¹⁷.

¹⁵ See B.C. LEWIS, *Due Date: Enforcing Surrogacy Promises in the Best Interest of the Child*, in *St. John's Law Review*, 87, 2013, 900-952; M. COSTA, C.S. LIMA, *op. cit.*, 276-278; A.D. PEREIRA, *Declaração de Voto ao Parecer N.º 104/CNECV/2019 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre a Alteração ao Regime Jurídico da Gestação de Substituição*, 2019, at http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1555499673_p_cneqv_104_2019_declaracao_andre_dias_pereira.pdf; J.D. PINHEIRO, *Mãe Portadora – A Problemática da Maternidade de Substituição*, in J.O. ASCENSÃO (ed.), *Estudos de Direito da Bioética*, II. Coimbra, 2008, 337. Criticising the lack of reference to the child's best interest in Law n. 32/2006, V.L. RAPOSO, *The New Portuguese Law on Surrogacy*, *cit.*, 28-29.

¹⁶ According to Teresa Violante, «the Court clearly left open the possibility of a future new challenge to the law» (T. VIOLANTE, *(Not) Striking Down Surrogate Motherhood in Portugal*, in *Verfassungsblog*, 28 Apr 2018, at <https://verfassungsblog.de/not-striking-down-surrogate-motherhood-in-portugal/>).

¹⁷ Comment of deputy Isabel Moreira, in an interview with *Jornal Expresso*, on 29/04/2018 (<https://expresso.pt/sociedade/2018-04-29-Dadores-anonimos-continuam-protégidos#gs.e6sj67>).

Decision n. 225/2018¹⁸ was a long and detailed ruling, with many dissenting votes. The CtC started by explaining that surrogacy does not violate the dignity of a pregnant woman or her child¹⁹, neither the state's duty to protect the infant²⁰. Although it rejected the argument that there is a constitutional right to surrogacy, the CtC recognised that the legal decision to legalise this practice was grounded in relevant constitutional values. These include the protection of individuals with disabilities, the right to constitute a family (the right to have children) and the surrogate's right to the development of personality²¹. Nonetheless, it concluded that some aspects of the existing legal discipline undermined constitutional rights and principles. Thus, the CtC declared several norms of Law n. 32/2006 pertaining (mostly, but not exclusively) to surrogacy to be unconstitutional, with general mandatory force²².

2.1.1. Insufficient clarification regarding the duties and restrictions to be imposed by the contract

Article 8, n. 4, n. 10 and n. 11 were declared unconstitutional to the extent that they allow surrogacy agreements, exceptionally and by prior authorisation, but lacking legal clarification regarding the limits that can be imposed on the autonomy of the contracting parties²³. This was viewed as a breach of the principle that laws must be clear and precise. Consequently, the CtC stated that these provisions of Article 8 violated the surrogate's right to the development of personality and her right to constitute a family, based on the fact that the restrictions on her behaviour are uncertain and undefined²⁴. The vote on unconstitutionality was unanimous.

Curiously, in what regards the duties and limitations imposed on the surrogate, the CtC failed to explore the content and contradictions of the relevant norms. Article 8/10 states that the contract «must obligatorily state, in accordance with the legislation in force, the provisions to be observed in case [of] malformations or foetal diseases and in the event of any voluntary termination of pregnancy». The law

¹⁸ Portuguese Constitutional Court, Decision n. 225/2018, from 24/04/18.

¹⁹ Unlike what has been advocated by J. LOUREIRO, *op. cit.*, 1387 ff., 1413; P. OTERO, *A Dimensão Ética da Maternidade de Substituição*, in *Direito e Política*, 1, 2012, 85-86; E. CHABY, *Direito de Constituir Família, Filiação e Adoção – Notas à Luz Da Jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, in M.L. AMARAL (org.), *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, vol. II, Coimbra, 2016, 353-355.

²⁰ This statement from the CtC is in clear contradiction with judicial pronouncements from other Constitutional Courts around Europe. For instance, in 2017, in decision 272/2017, the Italian Constitutional Court (Corte costituzionale) was faced with a case of surrogacy (transnational surrogacy) and stated that surrogacy violates in an unacceptable way the woman's [the surrogate] dignity and the profound respect by human relations («quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»). Commenting this decision, S. CECCHINI, *Il Divieto di Maternità Surrogata Osservato da una Prospettiva Costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, 342 ff.

²¹ This right, proclaimed in Article 26/1 of the Portuguese Constitution (CPR), is based on the German figure of *Allgemeine Persönlichkeitsrecht*, phrased in article 2(1) of the *Grundgesetz* (German Constitution). See E.J. EBERLE, *Observations on the Development of Human Dignity and Personality in German Constitutional Law: An Overview*, in *Liverpool Law Review*, 33, 3, 2012, 201-233.

²² A comment on this decision in T. VIOLANTE, *(Not) Striking Down Surrogate Motherhood*, *cit.*

²³ The importance of knowing those limits in advance in V.L. RAPOSO, «A Parte Gestante Está Proibida de Pintar as Unhas»: *Direito Contratual e Contratos de Gestação*, in L. NETO, R.T. PEDRO (coord.), *Debatendo a Procriação Medicamentada Assistida*, Porto, 2018, 169-188.

²⁴ Analysing the various obligations that can be imposed on the surrogate, J.D. PINHEIRO, *Mãe Portadora*, *cit.*, 329-330.

in force is Article 142/1 of the Penal Code (PC), which allows the lawful termination of pregnancy under the circumstances therein specified: when it constitutes the only way of removing the risk of death or serious and irreversible injury to the pregnant woman's body or physical or mental health (Article 142/1/a PC); when it is indicated to prevent a risk of death or serious and lasting injury to the pregnant woman's body or physical or mental health and it is performed within the first 12 weeks of pregnancy (Article 142/1/b PC); when there are reasonable grounds to predict that the unborn child will suffer from a serious and incurable disease or congenital malformation and it is carried out within the first 24 weeks of pregnancy, but with no temporal limit in the case of unviable fetuses (Article 142/1/c PC); when the pregnancy results from a crime against sexual freedom and sexual self-determination and the interruption is made within the first 16 weeks of pregnancy (Article 142/1/d PC); and when termination takes place at the pregnant woman's request within the first 10 weeks of pregnancy (Article 142/1/e PC)²⁵. The PC is very clear on the person who is entitled to determine whether to terminate the pregnancy: the carrier. In surrogacy arrangements, it is the surrogate. If Article 142 of the PC had granted the «mother» the power to decide, perhaps a different solution could be envisaged. It could be argued that in surrogacy arrangements the legal mother is the contracting woman, thus, she should be the one to decide on a hypothetical abortion. However, the formula used in the PC, the «carrier», leaves no space for this interpretation.

The provisions of Article 8/10 might seem useless in view of Article 142 of the PC. The latter clearly identifies who is entitled to decide on abortion. Therefore, what is the purpose of the clauses imposed by the former? Contract clauses cannot overrule dispositions of the PC, so, Article 8/10 seems pointless.

I contend that Article 8, n. 10 has two very useful purposes. First, the clauses therein referred to can establish beforehand what would happen under the different scenarios in which a lawful termination of pregnancy can be envisaged. If for no other reason, the drafting of such clauses is important to encourage the parties to think carefully about the conditions, duties and limitations contained in the contract that are applicable to each of them. In this way, their decision on whether to contract under such conditions is fully informed and thoughtful. Secondly, these clauses are decisive in defining the liabilities. The surrogate cannot be compelled to abort or be prevented from doing so if that is not her wish. However, if she agrees to voluntarily limit her personal freedom and reproductive decisions in the surrogacy contract, and afterwards she does not comply with her contract obligations, she may be held accountable under contract law. The surrogate can be required to pay compensation to the contracting parents for an abortion performed in compliance with criminal law, but in violation of her contractual obligations. Law n. 32/2006 does not refer to contract liability, but it seems to be a logical consequence of including such clauses. However, further legal clarification is required in this regard. However, Article 8/10 raises some difficulties because this norm contradicts Article 8/11. The latter states that the surrogacy contract «cannot impose restrictions on the surrogate's conduct, nor impose norms that restrict her rights, freedom and dignity». The problem is that any clause regarding a

²⁵ About the regime of abortion in Portugal see J.F. DIAS, *Antes do Art. 142º*, in J.F. DIAS (coord.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte especial, Tomo 1, 2nd ed., Coimbra, 2012, 243-265; J.F. DIAS, N. BRANDÃO, *Artigo 142º*, in J.F. DIAS (coord.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte especial, Tomo 1, 2nd ed., Coimbra, 2012, 266-297.

hypothetical abortion clearly restricts the rights and freedom of the surrogate. Even though she voluntarily (with no coercion) agrees to be bound by such clauses, they clearly limit her free reproductive decisions. Thus, we have a paradoxical situation in which the clauses imposed by n. 10 are forbidden by n. 11, and likewise, complying with n. 11 means failing to comply with n. 10²⁶.

2.1.2. The (too wide) imposition of nullity for non-compliance with legal requisites

Article 8, n. 13, was declared unconstitutional in the part where it states that contracts that are not in compliance with the legal requirements are null. Non-compliance with any of the relevant legal requirements nullifies the contract (n. 12), regardless of how irrelevant the violated requirement is. For instance, if consent was not obtained in the presence of the attending physician (as imposed by Article 14/1, applicable via Article 8/8), but another physician, the contract is null. This contradicts the principle of legal security. Furthermore, nullity precludes the consolidation of legal kinship, a particularly severe outcome for the legal status of the child and a violation of its right to personal identity. The vote on the unconstitutionality of this provision was unanimous.

In spite of the CtC's conclusions, the legal solution in this regard is ambiguous. A child born through a surrogacy arrangement is considered to be the child of the contracting parents (Article 8/7). This rule was established with no exception. Accordingly, one possible interpretation is that this outcome is valid even if the contract is invalid, and even if the contracting parents have committed a crime by entering into a paid contract²⁷. The CtC viewed this differently, stating that if the contract is null the child will not be treated as the legal child of the contracting parents, but of the surrogate mother (following the rule of Article 1776/1 of the CC, which states that the mother is the woman who gives birth to the child)²⁸. The law is dubious in this regard and legal uncertainty is particularly detrimental to the status of a child born under a null contract.

2.1.3. The absence of the surrogate's right to regret

Articles 8, n. 8 and 14, n. 5, were declared unconstitutional because they do not allow the consent of the surrogate to be revoked after birth. The absence of the surrogate's right to regret - that is, the possibility of a surrogate terminating a contract at any stage of the pregnancy and after birth, without

²⁶ This contradiction cannot be solved by resorting to the dichotomy *lex generalis/lex specialis*, because the relationship between both standards cannot be configured under this dichotomy.

²⁷ See V.L. RAPOSO, *The New Portuguese Law on Surrogacy*, cit., 13-14.

²⁸ If the surrogate is married, her husband is the father (Articles 1796/2 and 1826 of the CC: if the mother is married, the husband is presumed to be the father). However, if the contracting man provided his own sperm, and he can demonstrate, by means of a DNA test, that he is the «natural father», his paternity will be legally recognised (Articles 1832 and subsequent of the CC). If there is the case, the court will establish child custody, and thus the contracting father and the surrogate will share parental power over the child. The contacting mother will have no say in that. If a donor was used, determining fatherhood becomes more complicated. Donors are never legal fathers. Eventually the surrogate's husband can become the father under the rules of fatherhood presumption (Articles 1796/2 and 1826 of the CC). If the surrogate is not married, or her husband manages to destroy the presumption, the child will be fatherless.

On the Portuguese norms about filiation see F.P. COELHO, G. OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Direito da Filiação*, volume II. Coimbra, 2006, 49 ff.

incurring legal consequences²⁹ - was considered a violation of her right to the development of personality, interpreted in accordance with the principle of human dignity and the right to constitute a family. This vote was approved only by majority³⁰.

The law is silent in this regard. Article 8/8, pertaining to consent, defers the solution to Article 14, which regulates informed consent for reproductive procedures. Article 14/4 provides that consent can be freely withdrawn until the beginning of reproductive therapeutic procedures. This provision was originally created to regulate the relationship between the members of a couple seeking reproductive treatment in case they disagree over whether to continue the procedure, not to regulate surrogacy arrangements.

The statement «the beginning of reproductive therapeutic procedures» has been understood by the CNPMA as the moment of uterine transfer, in line with the general solution implemented in other jurisdictions³¹. Thus, the informed consent forms provided by the CNPMA, and used in all reproductive centres, allow consent to be withdrawn until the embryos are transferred. However, the law clearly does not say that. The beginning of reproductive therapeutic procedures takes place much earlier, when sperm is collected, or drugs are administered to stimulate ovulation, or even when the patient's first medical exams are performed. Therefore, there is a clear contradiction between the content of Article 14/4 and its current interpretation.

Furthermore, whether a surrogate can rely on Article 14/4 is controversial. Even though Article 8/8 expressly states that its informed consent requirements are applicable to surrogacy arrangements, *mutatis mutandis*, it can be argued that Article 14/4 is only applicable to the contracting parents. They are the «beneficiaries of the techniques», the term used in Law n. 32/2006 to refer to patients undergoing reproductive treatments, and the ones to which Article 14/4 is directly applicable. The surrogate is a mere intervenient that helps the contracting parents become parents. In this regard, her status is similar to a donor, and it is thus excluded from this solution. Under this interpretation, the only option

²⁹ In general, about this figure see S.F. APPLETON, *Reproduction and Regret*, in *Yale Journal of Law & Feminism*, 23, 2, 2011, 255-333; Y. MARGALIT, *In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perspective*, in *William & Mary Journal of Women and the Law*, 20, 2014, 433. Specifically about the right to regret under Portuguese law, see V.L. RAPOSO, *Tudo Aquilo que Você Sempre Quis Saber*, cit., 232-234; V.L. RAPOSO, *The New Portuguese Law on Surrogacy*, cit., 15-23.

³⁰ The matter has divided scholars. In support of the surrogate's right to regret, M.M.S. PEREIRA, *Uma Gestaçao Inconstitucional: O Descaminho da Lei da Gestaçao de Substituiçao*, in *Julgar Online*, 2017, at <http://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-2/>, 3; R. VALE E REIS, *Erro Crasso na Maternidade de Substituiçao*, in *Publico*, 20/07/2016, at <https://www.publico.pt/sociedade/noticia/erro-crasso-na-maternidade-de-substituicao-1738773>; R. VALE E REIS, *Gestaçao de Substituiçao: a Arte de Procrastinar*, in *Jornal O Pùblico*, 29/08/2019, at <https://www.publico.pt/2019/08/29/sociedade/opiniao/gestacao-substituicao-arte-procrastinar-1884682>; A.D. PEREIRA, *Declaraçao de Voto ao Parecer N.º 104/CNECV/2019*, cit., against it, CNPMA, *Comunicado de Imprensa*, 27 April 2018, at http://www.cnpma.org.pt/cnpma/Documents/Comunicacao/CNPMA_COM27ABR2018.pdf, 11-12 (at least against an «unjustified regret»); V.L. RAPOSO, *Tudo Aquilo que Você Sempre Quis Saber*, cit., 232-234; V.L. RAPOSO, *The New Portuguese Law on Surrogacy*, cit., 21-24 (though not applauding the overall legal solution).

³¹ Analysing the solution in Portugal and comparing it with other jurisdictions, V.L. RAPOSO, *O Dilema do Rei Salomão: Conflitos de Vontade quanto ao Destino dos Embriões Excedentários*, in *Lex Medicinæ*, 5, 9, 2008, 55-79.

is to use contract law and allow the surrogate to change her mind only until the moment the contract is concluded. Any change of heart after that would give rise to legal consequences.

Hypothetically, even if Article 14/4 is deemed applicable to surrogates, regret will only be allowed until uterine transfer (according to the current interpretation of that norm). After that, her rights and obligations will fall under the contract clauses and she can be held to account if she violates such clauses. Despite the absence of a right to regret, a surrogate cannot be coerced into undergoing embryo uterine transference, just as a pregnancy cannot be imposed on her by force. A surrogate can refuse embryo transfer and can also refuse to continue with the pregnancy. However, there are legal consequences. Non-compliance with the contract is a breach, unless it is considered justifiable noncompliance, pursuant to the general terms of contract law.

A crucial problem occurs when a surrogate refuses to relinquish the child after delivery. The law is not clear, but the lack of a right to regret, combined with the legal recognition of the contracting parents as the legal parents, undoubtedly leads to the conclusion that the surrogate is obliged to deliver the child to the contracting parents. She does not have the right to keep the child, who legally belongs to the contracting parents. Even if they rejected the child and decided to give him/her up for adoption, the surrogate would have to follow the adoption procedures to keep the child. Nonetheless, lacking explicit legal grounds in this regard (i.e., a norm stating that the surrogate is compelled to deliver the child to the contracting parents), it is doubtful that any court would issue an order forcing the surrogate to do so.

The CtC concluded that the protection of the surrogate's rights should include a period of time, subsequent to birth, during which she could refuse to deliver the child to the contracting parents. The exact duration of that period was left to the lawmakers. The CNPMA had proposed a deadline of 48 hours³², whereas others have suggested six weeks, following the legal arrangement in the UK and also in analogy with the legal solution for adoption in Portugal (Article 1982/3 CC only allows consent for adoption to be given six weeks after birth)³³. The CtC did not define a specific time-lapse, but did require that a reasonable time be given to the surrogate to withdraw from the contract with no legal consequences.

2.1.4. Donor's and surrogate's anonymity

Articles 15, ns. 1 and 4, were declared unconstitutional because they imposed secrecy on reproductive procedures and anonymity on surrogates and gamete donors. This rule was considered a violation of the right to personal identity and the right to the development of the unborn child's personality. This was approved only by a majority.

This part of the decision was received with great surprise and severe criticism. The surprise was related to Decision n. 101/2009, back in 2009, when the CtC found the anonymity rule to be constitutional. In the words of the CtC, «this limitation [anonymity] to the knowledge of the progeny [...] is justified [...] by the need to preserve other constitutionally protected values. Therefore, it cannot be understood

³² CNPMA, *Declaração Interpretativa (n. 1 do Artigo 30 da Lei n. 32/2006, de 26 de Julho, alterada pelas Leis n. 17/2016, de 20 de Junho, e 25/2016, de 22 de Agosto)*, Setembro 2016.

³³ This solution was sustained by R. VALE E REIS, *Responsabilidade Penal*, cit., 88, and it was suggested by the CtC itself.

as arbitrary discrimination to undermine the principle of equality between citizens». Why then did the CtC rule these provisions in Article 15 to be unconstitutional in 2018?

Critics immediately pointed out that the CtC was hypocritical and moralistic³⁴. It allowed anonymity when reproductive techniques could only be used by opposite sex couples, which was the original solution under Law n. 32/2006 and the one in place in 2009. However, in 2018, it rejected the same rule after the 2016 amendment came to allow reproductive techniques to be used to create different types of families³⁵, including those with single women and same sex female couples (Article 6 of Law n. 32/2006, in the version introduced by Law n. 17/2016).

However, the reason might simply be that the CtC changed its perspective, which is only natural because its composition in 2018 was different than it was in 2009. Moreover, despite the desirable jurisprudential uniformity, the rule of precedent is not applicable in Portugal, a jurisdiction affiliated with civilian law. Even in common law jurisdictions, where the rule of precedent is in place, courts can diverge from previous rulings, so long as proper justification is provided³⁶. Thus, *a maiori ad minus*, the civilian courts can also change positions. It should also be noted that the right to personal identity and to know one's genetic ancestors, although important in 2009³⁷, is currently much more relevant to constitutional discussions³⁸, mandating a different assessment.

2.2. Consequences of decision n. 225/2018

When a law is declared unconstitutional with general mandatory force, as it was in this case, it is considered null and void of effects since the very moment it came into place, as stated in Article 282/1 of the Constitution of the Portuguese Republic (CRP). Based on this provision, the ruling would take any effect from the relevant provisions of Law n. 32/2006 since the moment these provisions came into force, as if they had never existed.

This outcome would have dramatic effects. The contracts already concluded would have to be treated as illegal, with severe legal consequences for the parties involved and for the determination of affiliation for children born after these arrangements.

Aware of this scenario, the CtC used a prerogative granted by the Constitution (Article 282/4 CRP) and declared that the statement of unconstitutionality would not affect the contracts whose therapeutic procedures had already been initiated at the time of the decision. It remains to be seen what will be considered the beginning of the therapeutic procedures in this regard. In line with the interpretation in place for Article 14/4, it might be uterine transference. If that is the case, only those contracts in which uterine transference already took place will be safeguarded.

³⁴ See the criticism of deputy Isabel Moreira, in an interview with Jornal Expresso, on 29/04/2018 (<https://expresso.pt/sociedade/2018-04-29-Dadores-anonimos-continuam-protégidos#gs.e6sj67>).

See also the questions raised by the CNPMA in CNPMA, *Comunicado de Imprensa*, cit.

³⁵ By Law n. 17/2016, of 20 June.

³⁶ W.N. JR. ESKRIDGE, *Overruling Statutory Precedents*, in *Faculty Scholarship Series*, 3825, 1988, at https://digital-commons.law.yale.edu/fss_papers/3825.

³⁷ I contend that the CtC should have considered anonymity unconstitutional in its first ruling. Also sustaining this position, R. VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Coimbra, 2008, 24-25.

³⁸ See, for instance, V. RAVITSKY, *The Right to Know One's Genetic Origins and Cross-Border Medically Assisted Reproduction*, in *Israel Journal of Health Policy Research*, 6, 3, 2017.

Unlike its ruling on surrogacy, Decision n. 225/2018 did not limit the temporal effects of unconstitutionality in matters of anonymity. Article 282/4 CRP was only invoked by the CtC on matters of surrogacy, not anonymity. Therefore, the decision resulted in a breach of secrecy for all gamete donations ever performed since the entry into force of Law n. 32/2006.

Immediately critics argued that Decision n. 225/2018 constituted a gross violation of expectations for those involved in reproductive procedures (prospective parents, gamete donors, embryo donors), because until that moment they trusted that the donors' identity would not be disclosed and their privacy, including family privacy, would be absolutely protected. This reasoning is fallacious. None of these people could ever claim a legitimate expectation of having their privacy fully protected³⁹. Law 32/2006 never enshrined a pure anonymity regime. From the very beginning, Article 15/4 stated that «information may also be obtained on the identity of the donor for significant reasons recognised by court decision». The exact meaning of the language «significant reasons» was never clarified, but some have asserted that this clause includes situations of severe emotional distress caused by the lack of knowledge of the child's genetic origins⁴⁰. This interpretation (or any interpretation, for that matter) was never tested in a court of law, but in any case it can be stated that the Portuguese law always had a mitigated regime of anonymity. Therefore, the allegation that the breach of anonymity would severely decrease the number of donations because 58% of the donors would never donate under that scenario is disturbing⁴¹. It raises the question of how informed the donors were about the legal regime in place and whether someone had explained them the possible consequences of the above-mentioned Article 15/4.

Moreover, the desire for secrecy is nothing but illusory. In a world of genetic data and big data it is impossible to guarantee genetic privacy⁴². Several companies offer their services (to track family members, to build genealogic trees) online and one simply has to send his/her DNA to track genetic ancestors (eventually the donor or the donor's relatives).

2.2.1. A new legal solution of (non) anonymity

Pressured by the CtC's ruling on anonymity, the Parliament enacted a new regulation in this domain. Law n. 48/2019, from 08/07, included a new number in Article 15 (currently Article 15/2), which states as follows:

«The people born as a result of reproductive procedures through the use of gametes or embryos may obtain, from the competent health services, genetic information concerning them, as well as

³⁹ Unlike the claim of ISABEL MOREIRA, in an interview to *Jornal Expresso*, on 29/04/2018 (<https://expresso.pt/sociedade/2018-04-29-Dadores-anonimos-continuam-protegidos#gs.e6sj67>).

⁴⁰ R. VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, cit., 442; D.L. CAMPOS, *A Procriação Medicamentada Assistida Heteróloga e o Sigilo sobre o Dador – ou a Omnipotência do Sujeito*, in *Estudos de Direito da Bioética*, 66, III, 2008, 83. This is an interpretation to which I also agree.

⁴¹ Data provided by the clinical director of a reproductive clinic, in *Jornal Expresso*, on 29/04/2018 (<https://expresso.pt/sociedade/2018-04-29-Dadores-anonimos-continuam-protegidos#gs.e6sj67>).

⁴² J.C. HARPER, D. KENNETT, D. REISEL, *The End of Donor Anonymity: How Genetic Testing Is Likely to Drive Anonymous Gamete Donation Out of Business*, in *Human Reproduction*, 31, 6, 2016, 1135-1140; M.R. SADEGHI, *Coming Soon: Disclosing the Identity of Donors by Genealogical Tests of Donor Offspring*, in *Journal of Reproduction & Infertility*, 20, 3, 2019, 119-120.

information on the donor's civil identification, obtained from the National Council for Medically Assisted Procreation, provided that they are over 18 years old».

Law n. 48/2019 established a transitory regimen for the disclosure of donors' identity to protect the privacy of those (donors and legal parents) involved with donations prior to the CtC's ruling. Nonetheless, it is unclear whether the law can create this type of transitory solution. Had the CtC believed that previous situations deserved legal safeguard, it could have done this itself, by limiting the retroactive effects of its decision (as it did for surrogacy contracts). The CtC decided not to do so, leading to the conclusion that every single person born by means of these procedures now has full and unlimited access to the donor's civil identification, without having to offer any compelling reason or relying on judicial procedures, regardless of when the donation was made.

Moreover, the rule remains that donors are not the child's legal parent, but are mere contributors to the reproductive project of the beneficiaries. The disclosure of donor's identity does not entail any parental duty, nor any ethical or moral obligation to «take care» of such children.

2.2.2. A new legal solution for surrogacy

Faced with decision n. 225/2018 of the CtC, the Portuguese Parliament suggested a slightly different regulation for surrogacy: Decree n. 383/XIII. This legal proposal has positives and negatives.

It includes a problematic solution regarding the relationship between the parties. According to this regulation, Article 8/8 would state as follows:

«The surrogate shall be, preferentially, a relative in the straight line up to the second degree or in the collateral line up to the fourth degree, relative by law up to the second degree or the adoptive child, of at least one of the beneficiaries».

The use of the adverb «preferentially» is strange, to say the least. It is not the law's task to provide advices. Either it is imposed, or it is not. Moreover, this «advice» goes against the basic idea of the original regulation, which was to avoid any kind of pressure on the surrogate. This was the reason justifying the prohibition on any relation of economic dependency between the parties. Surprisingly, in this subsequent version the lawmakers encouraged the use of a close relative, which obviously would create even more pressure on the surrogate.

Apart from this unseemly solution, the Decree included several improvements. In compliance with the constitutional assessment, it added clarifications regarding the contracts' content (Article 8/15), and the surrogates' rights (Article 13A) and duties (Article 13B). This Decree was also intended to incorporate into Law n. 32/2006 the solution established in Decree n. 6/2017 on the possibility of withdrawing from the contract, requiring contract clauses in this domain to be included in the contract. Nonetheless, there was no provision assigning a right to regret to the surrogate (that is, a right to regret recognised by law and not merely by contract clauses), which was a clear problem to the CtC.

2.3. The third decision of the Constitutional Court: Decision n. 465/2019

In 2019 the CtC was once again asked to analyse the constitutional conformity of surrogacy regulations, as provided by Decree n. 383/XIII. This time the issue was exclusively about (the absence of) the right to regret. It was a preventive control of constitutionality, a constitutional procedure which can be put

into place before a law comes into force. A pronouncement of unconstitutionality prevents that outcome.

In this last decision, the CtC found that the rule contained in Article 2 of Decree n. 383/XIII was unconstitutional, for breach of the right to the development of personality of the surrogate. The “problem” is that this new regulation still failed to guarantee the right of the surrogate to revoke her consent.

This ruling was not surprising in the sense that the CtC had previously required the right to regret, and despite such a clear commination, the new draft did not include it. However, I find it striking the way the CtC made its assessment, *rectius*, the way it simply repeated its previous assessment. Implementing a kind of «cut and paste» strategy, the CtC failed to meaningfully reconsider the new regulation, as it was obligated to do. The CtC’s carelessness is particularly debatable given that the matter at stake - whether the surrogate could change her mind after birth - failed to achieve consensus in Portuguese society.

Both the CtC and the defenders of this solution⁴³ have claimed that ignoring the surrogate’s right to regret is a crass violation of her rights and women’s rights in general. Nonetheless, it remains to be explained why the right of a single individual - the surrogate - should undermine the rights of every other participant in this procedure⁴⁴, including the child, who might be prevented from being raised by individuals who are genetically connected to him/her⁴⁵. Is it that the condition of being pregnant allows the contractor to change her mind in situations where non-pregnant contractors are prevented from doing so?⁴⁶ The women’s rights argument is especially feeble. The carrier is not the only woman intervening in the process. Likewise, the contracting woman (intended mother and frequently the genetic mother) has rights and interests that deserve legal protection. Moreover, the gender of the rights holder cannot become a shield against any constriction. To argue for women’s rights in this regard makes us wonder whether the solution would be different if the surrogate was a man instead of a woman. Would the CtC be so keen to defend the male surrogate’s right to regret under that scenario? In the aftermath of that decision, and to circumvent the objection of the CtC, on the 12 November 2019, the left-wing party Bloco de Esquerda, an advocate of surrogacy, presented another legal project, project 71/XIV/1.^a. The project closely follows Decree n. 383/XIII, but it contains a major modification: it introduces the right to regret. It states that the surrogate can decide not to deliver the child to the contracting parents until the child is registered, an event that happens (or should happen) immediately after birth.

⁴³ A.D. PEREIRA, *Uma Gestação Inconstitucional*, cit., 3; A.D. PEREIRA, *Declaração de Voto ao Parecer N.º 104/CNECV/2019*, cit.; R. VALE E REIS, *Erro Crasso na Maternidade de Substituição*, cit.; R. VALE E REIS, *Gestação de Substituição*, cit.

⁴⁴ Also pointing out the clamorous imbalance of the solution demanded by the CtC, see the opinion of the Portuguese national ethics council (CNECV, 104/CNECV/2019 *Parecer sobre a Alteração ao Regime Jurídico da Gestação de Substituição*, 8 April 2019, at http://www.cneqv.pt/ad-min/files/data/docs/1555499641_parecer_104_cneqv_2019_gestacao%20substituicao.pdf, in particular p. 12).

⁴⁵ On the relevance of genetic connections in reproduction, V.L. RAPOSO, *Wrongful Genetic Connection: Neither Blood of my Blood, nor Flesh of my Flesh*, in *Medicine, Health Care and Philosophy*, 2019.

⁴⁶ The CtC itself seems to refute this thesis: «pregnancy, implying vulnerability and requiring special care, does not correspond to a disability. The pregnant woman, in essence, remains so free and self-determined intellectually and physically (including the sexual dimension) as before» (Decision n. 225/2018).

However, this draft will probably face two obstacles. On the one hand, it might be rejected by the political parties which previously opposed to the inclusion of the surrogate's right to regret: the PSD, the CDS (both right wing parties) and the PCP (a left-wing party). It is unclear whether their opposition is grounded in effective legal arguments, or is simply because they realise that without the surrogate's right to regret the law will be barred by the CtC, so they use their opposition to the possibility of withdrawal as a way to prevent legal surrogacy. On the other hand, this draft will probably face another ruling of unconstitutionality by the CtC, which might treat the deadline for the surrogate to withdraw as being too short and thus incompatible with its (excessively and unjustified) perception of the surrogate's rights and freedoms. Time will reveal the outcome of this regulation.

3. What does the future hold?

Portugal has returned to its departure point on the issue of surrogacy: surrogacy contracts are not allowed because the law that authorised them was declared unconstitutional, therefore null, and no other legal proposal presented by the Parliament had managed to be approved by the CtC.

Besides the discussion of surrogacy, the Portuguese case reveals another controversial issue: the battle between legislative and judicial powers. The CtC is the guardian of the Constitution. However, it is not a democratically elected body; only the Parliament is⁴⁷. Given the disagreement between the two institutions, this issue merited further consideration in the 2019 judgement. Instead, the CtC merely repeated its 2018 ruling. However, the solution imposed (not proposed) by the CtC is far from consensual.

In the author's view, a more decisive factor than the hypothetical existence of a right to regret is the legal clarification of the duties, limitations and rights of the contracting parties. Each one of them must clearly understand what is expected from him/her and what he/she can expect from the counterpart. Law n. 25/2016 failed to achieve this goal. Most of the issues were blurred. In particular, in what regards to the right to withdraw from the contract, the law was not clear on what conditions that right could emerge and what the legal consequences would be. Decree n. 383/XIII had the virtue of clarifying many issues, mostly by referring to contractual freedom its definition, but it lacked legally established boundaries to which such clauses should be subject⁴⁸.

The right to regret has become the condition *sine qua non* for allowing surrogacy arrangements in Portugal. It has also become a symbol for the power game between two different institutions. Meanwhile, many families are in standby mode, waiting for a law that would allow them to have the children they desperately want, but can only have through surrogacy.

⁴⁷ An accurate criticism in this regard was expressed by Teresa Violante: «At first glance, the judges seem to endorse a horizontal relationship with the legislature that leaves untouched the integrity of the legislative power as well as the Court's full jurisdiction to review its previous determination of what fundamental rights require in difficult cases. However, such power of the legislature lacks independent force if the Court holds a discretionary capacity to determine whether the threshold for re-opening the constitutional interpretation debate is met (note that the threshold concerns re-opening the debate and not the burden of justification to reinstate the previous decision)» (T. VIOLANTE, *Between Legislative Defiance and Legal Security*, in *Verfassungsblog*. 24 Okt 2019, at <https://verfassungsblog.de/between-legislative-defiance-and-legal-security/>).

⁴⁸ V.L. RAPOSO, *Surrogacy Contracts Are not just Another Contract*, cit., 536 ff.

Aspettando che sia diritto: lo strano caso del diritto all'assistenza sociale tra esigibilità formale e inesigibilità materiale

Carlo Botrugno*

WAITING FOR IT TO BE A RIGHT: THE ODD CASE OF THE RIGHT TO SOCIAL ASSISTANCE, FORMALLY CLAIMABLE BUT MATERIALLY UNOBTAINABLE

ABSTRACT: Despite being foreseen by the Italian Constitution, as of today, the right to social assistance has not been enforced yet, supposedly due to administrative and economic hindrances that still persist. A main attempt to move forward the effectiveness of right to social assistance has been carried out in 2000 with a general reform of the social care sector. However, the successive constitutional law nr. 3 of 2001 has vanished the overall sense and the potential impact of that reform, leaving the right to social assistance in a kind of legal limbo, i.e. suspended between its formal claim and its material indeterminateness. Hereafter is an attempt to retrace the recent evolution of this right, along with a critical analysis of the reasons that presumably induced the legislators to disregard its enforcement. In addition, several suggestions emerged in the debate about the attainability of the right to social assistance are included and examined.

KEYWORDS: Social care; right to social assistance; social rights' effectiveness; core obligations; enforcement of social care provisions

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Natura, esigibilità, e giustiziabilità delle prestazioni sociali – 3. La riforma obsoleta: emanazione della Legge quadro per l'assistenza sociale e suo superamento – 4. Il nodo della mancata determinazione dei LIVEAS: dal pareggio di bilancio al reddito di cittadinanza – 5. Quale essenzialità per le prestazioni socio-assistenziali – 6. In assenza dei LIVEAS: ripartire dalla Legge quadro? – 7. Verso un'esigibilità concreta delle prestazioni socio-assistenziali – 8. Come avvicinarsi al traguardo dei LIVEAS? – 9. Dai vecchi ai nuovi diritti: il rapporto tra le erogazioni monetarie e i LIVEAS – 10. Conclusioni: il rischio politico della definizione dei LIVEAS

1. Introduzione

In comune con altri diritti fondamentali sanciti dalla nostra Costituzione, il diritto all'assistenza sociale contemplato dall'art. 38 è stato a lungo tempo al centro del dibattito che ha opposto la tesi dell'immediata precettività delle disposizioni costituzionali a quella della loro programmaticità, ovvero, in quest'ultimo caso, di una possibile rivendicazione *uti singuli* solo tramite un intervento

*Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Firenze e Coordinatore del Research Unit on Everyday Bioethics and Ethics of Science (RUEBES). Mail: carlo.botrugno@gmail.com. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

statale che ne definisse la portata, i limiti, le condizioni e le modalità d'esercizio. Tuttavia, a differenza di altri diritti sociali che hanno trovato una progressiva attuazione – e, in particolare, del diritto alla salute, con cui vanta una stretta prossimità –, il diritto all'assistenza sociale nell'ordinamento giuridico italiano resta in un limbo giuridico, uno stato di *sospensione*, poiché, nonostante sia a tutti gli effetti codificato come diritto, appare scarsamente o affatto esigibile in concreto, ciò che, di fatto, lo degrada allo stato di mero *interesse legittimo*, nei termini descritti nel prosieguo di questo lavoro. Come appena ricordato, il diritto all'assistenza sociale vanta significativi ambiti di intersezione con il diritto all'assistenza sanitaria, il quale ultimo, tuttavia, a differenza del primo, gode di una caratterizzazione e di una definizione molto più precise¹. Gli ambiti di intersezione tra le due prerogative ricorrono sia su un piano fattuale, ovvero, tenendo in considerazione la natura multidimensionale dello stato di bisogno, soprattutto con riferimento alle condizioni di vulnerabilità o di marginalità, sia su un piano giuridico, rispetto al quale si tenta da tempo di promuovere un'*integrazione socio-sanitaria* che negli ultimi anni ha trovato accostamento a servizi, prestazioni, professionisti, e istituzioni pubbliche e private. In realtà, sebbene di recente sia possibile registrare qualche progresso in questa materia², non si può fare a meno di notare che si tratta sovente di un'attrazione della sfera sociale all'interno di quella sanitaria, più che di un'effettiva fusione tra due aree distinte³. Come si vedrà più ampiamente nel prosieguo, la sospensione del diritto all'assistenza sociale tra esigibilità formale e inesigibilità materiale permane anche a seguito della riforma costituzionale n. 1 del 2012, la cui finalità precipua era quella di limitare le politiche di indebitamento adottate da Stato ed enti territoriali, con effetti potenzialmente dirompenti sulla garanzia delle prestazioni sociali, in particolare, quelle che afferiscono al diritto all'assistenza sociale. Alla luce di quanto precede, pertanto, l'obiettivo preminente di questo lavoro è quello di offrire una ricognizione, condotta in chiave critica, sullo stato dell'arte in materia di esigibilità delle prestazioni socio-assistenziali nell'ordinamento giuridico italiano. L'analisi delle fonti normative che rilevano in questa materia è accompagnata dai rilievi che scaturiscono dalla riflessione della dottrina, che si alimenta di un singolare intreccio di contributi di origine diversa, fra cui quelli provenienti da esperti di politiche sociali, giuristi ed economisti. A tali contributi, inoltre, si aggiungono elaborazioni e proposte messe a punto dai rappresentanti delle parti sociali e quelle provenienti da enti istituzionali. Nel suo complesso, pertanto, la ricchezza di tale dibattito può rivelarsi una fonte preziosa nel tentativo di ricomporre il quadro dell'esigibilità delle prestazioni socio-assistenziali nell'ordinamento giuridico italiano, e conseguentemente entrare nel merito delle ragioni che hanno portato a quest'*impasse*, la quale, *ictu oculi*, appare destinata a protrarsi ancora a lungo.

¹ Con d.p.c.m. 12 gennaio 2017 sono stati approvati i nuovi livelli di assistenza sanitaria. Per un'analisi, si rinvia alle considerazioni svolte da M. BERGO, *I nuovi livelli essenziali di assistenza. Al crocevia tra la tutela della salute e l'equilibrio di bilancio*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2, 2017.

² Su questo tema si rinvia a E. ROSSI, *Il "socio-sanitario": una scommessa incompiuta?*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2, 2018; G. GRASSO, *Appunti su reddito di inclusione, assistenza socio-sanitaria e vincoli sulle risorse disponibili*, in *Corti Supreme e Salute*, 2, 2018.

³ Ne sia prova il fatto che, all'interno del d.p.c.m. sui livelli di assistenza sanitaria, del 12 gennaio 2017, sebbene si richiami numerose volte alla necessità di perseguire l'integrazione socio-sanitaria, di fatto, si limita a riferimenti generici all'azione dei servizi sociali, e, più in particolare, a tutte quelle occasioni in cui la stessa possa essere rilevante per le finalità di tutela della salute.

2. Natura, esigibilità, e giustiziabilità delle prestazioni sociali

La specifica natura di *diritti a prestazione* ha spesso indotto la dottrina giuridica a qualificare i diritti sociali quali *diritti condizionati*, ovvero, come prerogative la cui realizzazione fosse subordinata a un apposito intervento dello Stato e, più specificamente, a un'insindacabile scelta di politica legislativa⁴. Siffatta interpretazione, legata alla programmaticità delle disposizioni relative ai diritti sociali, si è diffusa per motivi storici contingenti nel nostro ordinamento giuridico, sostenuta dalle ricorrenti argomentazioni della Corte costituzionale⁵. Nondimeno, nel mai sopito dibattito scientifico sulla natura giuridica delle prestazioni sociali, la distanza tra l'invulnerabilità dei diritti civili e il carattere condizionato dei diritti sociali sembra progressivamente attenuarsi⁶, circostanza che trova riscontro nel testo costituzionale, il quale, dopo la novella n. 3 del 2001, accomuna gli uni e gli altri sullo stesso livello di tutela, con una formula icastica, quello *essenziale*⁷. Poiché non sembra più possibile sostenere una suddivisione tra diritti civili e sociali che sia basata sull'immediata precettività degli uni, o sulla natura condizionata degli altri, appare pertanto corretto collocare i diritti sociali, e quindi il diritto all'assistenza sociale, a pieno titolo, fra i diritti fondamentali che devono essere garantiti a ogni cittadino⁸.

Come noto, i *diritti a prestazione* si collocano all'interno della più ampia cornice dei rapporti tra la pubblica amministrazione, che li eroga in attuazione di un interesse ritenuto meritevole di tutela, e il *cittadino*, al quale, a determinate condizioni, si attribuisce la pretesa di rivendicarli. Pertanto, attraverso un bilanciamento effettuato tra l'interesse dei singoli a ricevere le prestazioni e il contrapposto

⁴ Cfr. a proposito C. SALAZAR, *I diritti sociali alla prova della giurisprudenza costituzionale*, che parla di un *fraintendimento* alla base della presunta minorità dei diritti sociali rispetto agli altri diritti soggettivi; in P. COSTANZO, S. MORDEGLIA, *Diritti sociali e servizio sociale. Dalla dimensione nazionale a quella comunitaria*, Milano 2005, 166.

⁵ Non si intende comunque sottovalutare il ruolo imprescindibile della Corte nel promuovere, ampliare, e stimolare la tutela dei diritti sociali nell'ordinamento giuridico italiano. Si è sottolineato che il pendolarismo della Corte sembra rispecchiare le contrastanti esigenze di assicurare la tutela di queste prerogative, e di salvare le esigenze di bilancio. Si veda in merito M. C. PAOLETTI, *Diritti sociali e risorse finanziarie: la giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto&Diritti*, 2017, consultabile presso <https://www.diritto.it/diritti-sociali-risorse-finanziarie-la-giurisprudenza-della-corte-costituzionale/>; R. PILIA, *I diritti sociali*, Napoli, 2005, 155 ss.; M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 3, 2016, 11 ss.

⁶ Cfr. R. PILIA, *I diritti sociali*, cit., 35, dove si dà conto dei vari orientamenti relativi alla natura direttamente precettiva o programmatica delle disposizioni costituzionali che contengono l'enunciazione dei diritti sociali.

⁷ La disposizione dell'art. 117, c. 2 lett. m), che riservò allo Stato la competenza per la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» è stata talvolta utilizzata nel dibattito scientifico per riferirsi esclusivamente ai livelli delle prestazioni socio-assistenziali. Quest'inferenza è stata facilitata da quanto previsto all'interno della legge 8 novembre 2000, n. 328, che, appena un anno prima della riforma costituzionale, introduceva nel settore assistenziale la figura dei *livelli essenziali*. È opportuno tuttavia ricordare che l'attuale formulazione del Titolo V, Parte II della Costituzione si riferisce indistintamente alle prestazioni relative a tutti i *diritti civili e sociali*, includendo quindi, necessariamente, da una parte, tutti quei diritti che al pari di quello all'assistenza debbono considerarsi *sociali*, ovvero il diritto all'istruzione, il diritto alla salute, e quello alla previdenza, e, dall'altra, anche i c.d. *diritti di libertà*, come il diritto alla vita ed all'incolumità fisica di ogni cittadino. Sul punto cfr. E. FERIOLI, *I diritti sociali tra decentramento e livelli essenziali*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 16, 2006, 4.

⁸ Così C. SALAZAR, *I diritti sociali alla prova della giurisprudenza costituzionale*, cit., 166. In senso conforme anche P. ADDIS, V. CASAMASSIMA, *Prestazioni: legislazione statale e regionale*, in *Studi Zancan. Politiche e servizi alle persone*, 1, 2010, 84 ss.

interesse della collettività alla migliore allocazione delle risorse pubbliche, la posizione del singolo può essere protetta sotto forma di un *diritto soggettivo*, oppure attraverso quella dell'*interesse legittimo*. È altresì noto che il primo consiste in una situazione giuridica di vantaggio che consente al suo titolare di ottenere una soddisfazione *piena e non mediata* dell'interesse protetto⁹, mentre nel secondo la pretesa del singolo è tutelata solo in via *indiretta*, e, più precisamente, nella misura in cui la stessa si ricongiunge a un interesse più ampio, facente capo alla generalità dei consociati¹⁰. Le due situazioni giuridiche, pertanto, sono incompatibili fra loro: se il diritto soggettivo presuppone tendenzialmente una sfera di realizzazione immune da qualsiasi potere, l'interesse legittimo trova espressione ultima proprio nell'esercizio di un potere conferito all'autorità pubblica¹¹. Da ciò deriva che il soggetto titolare di un interesse legittimo possa reclamare un soddisfacimento solo eventuale della propria pretesa, ovvero, nella misura in cui quest'ultimo sia intrinseco all'attività della pubblica amministrazione stessa, e soprattutto, alla sua discrezionalità¹².

Ai fini di un'effettiva garanzia delle prerogative afferenti all'ambito dell'assistenza sociale, è evidente, pertanto, l'importanza di stabilire se la situazione giuridica attribuita al singolo abbia natura di diritto soggettivo o di interesse legittimo. Dalla portata della norma attributiva, infatti, dipende la tipologia e l'intensità della relativa tutela, oltre che il diverso tipo di giurisdizione a cui il soggetto dovrà rivolgersi allorché ne lamenti una lesione. Con riferimento ai diritti soggettivi, si afferma che essi siano esigibili allorché l'ordinamento giuridico consenta di ottenerne la soddisfazione in concreto, predisponendo quindi i mezzi, gli strumenti e le risorse necessari a tal fine. Nondimeno, affinché si produca quest'effetto è necessario che sia stato previamente delineato il contenuto della prerogativa del soggetto titolare del diritto. In quanto *diritti a prestazione*, nel caso specifico dei diritti sociali, alla situazione di vantaggio accordata al soggetto corrisponde lo specifico onere in capo alla pubblica amministrazione di attivarsi per l'erogazione della prestazione richiesta.

Strettamente correlato al profilo dell'esigibilità deve ritenersi quello della giustiziabilità dei diritti. Essa è intesa come possibilità che il soggetto titolare della pretesa giuridica protetta abbia la possibilità di accedere a un pronunciamento dell'autorità giudiziaria in caso di una sua mancata soddisfazione, per ottenerne il riconoscimento e l'attuazione coattiva. Il legame funzionale che unisce il profilo dell'esigibilità a quello della giustiziabilità di un diritto è stato ripetutamente sottolineato dalla

⁹ Cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019, 289 ss.

¹⁰ La categoria degli interessi legittimi trova poi una suddivisione fondamentale in interessi pretensivi, e interessi oppositivi. Nei primi il privato pretende una determinata condotta dalla pubblica amministrazione, mentre nei secondi la contrasta. *Ivi*, 312 ss.

¹¹ Il *potere* è inteso come possibilità astratta di tenere un certo comportamento, attribuzione tipica degli organi pubblici, ma riscontrabile altresì come prerogativa dei soggetti privati. Per una disamina approfondita sulle situazioni giuridiche di diritto amministrativo si rimanda a E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

¹² Oltre alle situazioni giuridiche che attribuiscono una pretesa attiva, sono rinvenibili altresì situazioni giuridiche che impongano determinati comportamenti in capo alle persone fisiche, ovvero, situazioni giuridiche di svantaggio. Fra queste rientra tradizionalmente la figura del dovere, ossia il vincolo consistente nell'assumere o nell'astenersi dal porre in essere una determinata condotta. Il *dovere* sfocia in un *obbligo* allorché la situazione di imposizione in cui si trova un soggetto si colleghi funzionalmente alla situazione attiva di un altro. Questa situazione di soggezione può interessare la fruizione dei diritti sociali, in particolare, ogniqualvolta l'ente pubblico subordini l'erogazione di un determinato beneficio o prestazione alla tenuta di particolari adempimenti da parte dell'utente.

giurisprudenza costituzionale, secondo la quale «al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale. Il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti esclude infatti che possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possano essere fatte valere [...]. L'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti, d'altronde, è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli articoli 24 e 113 della Costituzione e da annoverarsi tra quelli inviolabili, riconducibili all'art. 2 della Costituzione [...] e caratterizzanti lo stato democratico di diritto [...]: un diritto che non si lascia ridurre alla mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni, foss'anche ad autorità appartenenti all'ordine giudiziario, destinate a una trattazione fuori delle garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute, quali la possibilità del contraddittorio, la stabilità della decisione e l'impugnabilità con ricorso per cassazione»¹³.

3. La riforma obsoleta: emanazione della Legge quadro per l'assistenza sociale e suo superamento

In continuità con la strategia del decentramento amministrativo avviata negli anni precedenti, e a coronamento di una nuova consapevolezza maturata nel nostro paese nel campo delle politiche sociali¹⁴, la legge n. 328/2000, "Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali"¹⁵ (a seguire, legge quadro) costituisce il primo intervento organico nella materia dell'assistenza sociale a più di un secolo di distanza dall'emanazione della legge Crispi del 1890¹⁶. Il sistema introdotto dalla legge quadro, con la sua aspirazione universalistica, è stato accompagnato da diffusi apprezzamenti, sia in dottrina, che tra gli operatori del settore, i quali vi hanno intravisto l'opportunità di superare l'endemica fragilità della tutela socio-assistenziale nel nostro ordinamento, colmando il divario sussistente rispetto ai settori più efficacemente disciplinati della previdenza sociale e della sanità¹⁷. La legge quadro richiama espressamente la definizione adottata dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, per definire il complesso di "interventi e servizi sociali"¹⁸, assumendo fra i suoi principi ispiratori, quello

¹³ Cfr. sentenza Corte cost. dell'8 febbraio 1999, n. 26.

¹⁴ Per C. Gori, la Legge quadro è da considerarsi come l'esito di «processi culturali, sociali e politici che progressivamente hanno maturato un contesto favorevole all'introduzione di queste riforme». L'autore si riferisce in particolare alle prime esperienze istituzionali compiute da alcune Regioni nell'ambito della programmazione, e ad un primo interesse dei Comuni, sviluppatosi dopo il ritiro delle deleghe per le funzioni sociali alle Usl, aziendaliizzate con il d.lgs. 229/1999. Cfr. C. GORI, *La riforma dei servizi sociali in Italia. L'attuazione della legge 328 le sfide future*, Roma, 2005, 23.

¹⁵ Legge 8 novembre 2000, n. 328.

¹⁶ Legge 17 luglio 1890, n. 6972.

¹⁷ Così, ad esempio, S. ROSSI, *Forme della vulnerabilità e attuazione del programma costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2017, 11 ss.; P.M. DAL PRA, G. PIERONI, *Introduzione al Servizio Sociale. Storia, principi, deontologia*, cit., 53. Per una disamina approfondita degli aspetti innovativi correlati all'emanazione della legge quadro si rimanda a E. BALBONI, B. BASSANO, A. MATTIONI, G. PASTORI, *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.

¹⁸ Cfr. art. 1, comma 2, Legge 328/2000, cit.

del c.d. *universalismo selettivo*¹⁹, ovvero, l'affermazione del carattere universalistico del sistema²⁰, temperata dalla previsione di una priorità nell'allocazione di risorse per garantire l'accesso ai servizi ad alcune categorie di persone in condizione di bisogno²¹. L'assetto istituzionale delineato al Capo II della legge quadro si fonda su una programmazione di tipo verticale, o com'è stata definita, *a cascata*²², in base alla quale lo Stato si assume la responsabilità delle funzioni di indirizzo e coordinamento, quella relativa alla regolazione delle politiche sociali, alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, alla fissazione dei requisiti minimi per l'autorizzazione all'esercizio dei servizi e delle strutture, nonché alla determinazione dei requisiti e dei profili professionali relativi alle professioni sociali²³. Rientra altresì tra le competenze statali la ripartizione delle risorse afferenti al "Fondo nazionale per le politiche sociali" e l'esercizio dei poteri sostitutivi in caso di inadempienza delle Regioni²⁴. In conformità con la nozione già utilizzata dal legislatore per l'area delle prestazioni sanitarie²⁵, la legge quadro elenca una serie di interventi «che costituiscono il livello essenziale delle prestazioni sociali erogabili sotto forma di beni e servizi secondo le caratteristiche ed i requisiti fissati dalla pianificazione nazionale, regionale e zonale, nei limiti delle risorse del Fondo nazionale per le politiche sociali»²⁶. Tuttavia, mentre di lì a poco un successivo decreto procedeva alla definizione dei livelli di assistenza sanitaria assicurando l'uniformità delle prestazioni erogate su tutto il territorio nazionale²⁷, il "Piano nazionale degli interventi e dei servizi sociali 2001-2003"²⁸ eludeva analoga determinazione, pur essendovi tenuto in virtù di quanto espressamente disposto all'interno della legge quadro²⁹.

¹⁹ In merito si veda diffusamente A. GUALDANI, *I servizi sociali tra universalismo e selettività*, Milano, 2007, 107 ss.

²⁰ Cfr. art. 2, comma 2, Legge 328/2000, cit.

²¹ *Ibidem*.

²² Così A. GUALDANI, *La Legge 328 dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in C. GORI, *La riforma dei servizi sociali in Italia. L'attuazione della legge 328 e le sfide future*, cit., 49.

²³ Così l'art. 9 legge 8 novembre 2000, n. 328. Il comma 1 assegna altresì allo Stato l'esercizio delle funzioni di cui all'articolo 129 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112.

²⁴ *Ivi*, art. 20.

²⁵ Cfr. d.lgs. 29 giugno 1999, n. 229, "Norme per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale, a norma dell'articolo 1 della legge 30 novembre 1998, n. 419".

²⁶ Le prestazioni individuate dall'art. 22, per estratto, sono: «a) misure di contrasto della povertà e di sostegno al reddito e servizi di accompagnamento, con particolare riferimento alle persone senza fissa dimora; b) misure economiche per favorire la vita autonoma e la permanenza a domicilio di persone totalmente dipendenti o incapaci di compiere gli atti propri della vita quotidiana; c) interventi di sostegno per i minori in situazioni di disagio tramite il sostegno al nucleo familiare di origine e l'inserimento presso famiglie, persone e strutture comunitarie di accoglienza di tipo familiare e per la promozione dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza; d) misure per il sostegno delle responsabilità familiari [...]; e) misure di sostegno alle donne in difficoltà [...]; f) interventi per la piena integrazione delle persone disabili [...]; g) interventi per le persone anziane e disabili per favorire la permanenza a domicilio, per l'inserimento presso famiglie, persone e strutture comunitarie di accoglienza di tipo familiare [...]; h) prestazioni integrate di tipo socio-educativo per contrastare dipendenze da droghe, alcol e farmaci, favorendo interventi di natura preventiva, di recupero e reinserimento sociale; i) informazione e consulenza alle persone e alle famiglie per favorire la fruizione dei servizi e per promuovere iniziative di auto-aiuto». Cfr. art. 22, comma 2 Legge 8 novembre 2000, n. 328, cit.

²⁷ Cfr. d.p.c.m. 29 novembre 2001, "Definizione dei livelli essenziali di assistenza".

²⁸ Cfr. d.p.r. 3 maggio 2001, "Piano nazionale degli interventi e dei servizi sociali 2001-2003. Per un commento al Piano nazionale si veda T. VECCHIATO, *Livelli essenziali di assistenza e servizi alle persone*, in *Studi Zancan. Politiche e servizi alle persone*, 2, 2003, 101 ss.

²⁹ Ai sensi dell'art. 18, comma 3, lett. a), della legge 8 novembre 2000, n. 328.

Più in generale, all'indomani dell'emanazione della legge quadro, da una parte, sono state sollevate perplessità dovute al carattere essenzialmente programmatico e al tono enfatico di molte delle statuizioni ivi contenute, caratteristiche che secondo alcuni sarebbero indicative dell'incapacità del legislatore di affrontare in maniera decisiva i nodi problematici della materia³⁰. Dall'altra, la stessa coerenza del nuovo sistema integrato di interventi e servizi sociali è stata fortemente minata dalla successiva riforma costituzionale n. 3/2001, che, come noto, ha riscritto molte delle disposizioni afferenti al Titolo V, Parte II della Carta fondamentale³¹ e, in particolare, ha ridisegnato la ripartizione di competenze legislative tra Stato e Regioni, rovesciando il precedente criterio di attribuzione con l'effetto di devolvere a queste ultime la potestà normativa relativa al settore dell'assistenza sociale, fatta salva la determinazione da parte dello Stato «dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»³² disposta dall'art. 117, c. 2, lett. m). La costituzionalizzazione dei livelli essenziali delle prestazioni socio-assistenziali (d'ora in avanti, più brevemente LIVEAS), da un lato, ha avuto come effetto di svincolarne la determinazione dalle disponibilità del Fondo nazionale per le politiche sociali³³, mentre, dall'altro, e più in generale, ha assunto il valore di una clausola di salvaguardia contro eventuali disparità attuative, ovvero, più in particolare, al fine di prevenire che, nell'esercizio delle proprie prerogative legislative, gli enti locali potessero intaccare il "nucleo essenziale" dei diritti civili e sociali³⁴. A venir meno, tuttavia, è la coerenza dell'assetto istituzionale risultante dall'integrazione tra la stessa legge quadro e la previgente formulazione del Titolo V³⁵. Alla luce della cornice costituzionale delineata con la riforma del 2001, infatti, perde di coerenza la pianificazione nazionale della politica sociale attraverso la quale lo Stato avrebbe esercitato i poteri di indirizzo e coordinamento, e il fulcro della programmazione in materia si sposta sui piani e sulle normative con cui le Regioni definiscono politiche sociali autonome e, ovviamente, non necessariamente in linea con gli orientamenti espressi all'interno della legge quadro³⁶, la quale continua a vincolare solo quelle Regioni che non abbiano ancora legiferato in materia in virtù di un principio di continuità giuridica³⁷.

³⁰ Cfr. C. GORI, *A dieci anni dall'approvazione della L. 328*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 1, 2010, 6 ss. L'autore sottolinea il ridotto impatto della legge quadro, non solo per la mancata implementazione successiva, ma anche per i limiti intrinseci della normativa. Ulteriori, puntuali critiche sono riportate da M.G. BREDA, D. MICUCCI, F. SANTANERA, *La riforma dell'assistenza e dei servizi sociali. Analisi della legge 328/2000 e proposte attuative*, Torino, 2001, 5 ss.

³¹ Cfr. Legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3, "Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione".

³² Così dispone la lettera m), art. 117, c. 2, della Costituzione.

³³ Così come prevedeva l'art. 22 della legge n. 328/2000.

³⁴ Così E. A. FERIOLI, *I livelli essenziali di assistenza: dalle prestazioni ai diritti*, in *Studi Zancan. Politiche e servizi alle persone*, 2, 2003, 119. Considerazioni più ampie sono dedicate al concetto di "nucleo essenziale" nel prosieguo del lavoro, al paragrafo 5.

³⁵ *Ivi*, art. 1, Legge 8 novembre 2000, n. 328, cit.

³⁶ Così A. GUALDANI, *La legge 328 dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in C. GORI (a cura di), *La riforma dei servizi sociali in Italia. L'attuazione della legge 328 e le sfide future*, cit., 51.

³⁷ Si vedano in merito le sentenze della Corte cost. n. 376 e n. 383, del 10 luglio 2002. Anche l'art. 1, comma 2 della Legge 131/2003 conferma che «le disposizioni normative statali vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge nelle materie appartenenti alla legislazione regionale continuano ad applicarsi, in ciascuna Regione, fino alla data di entrata in vigore delle disposizioni regionali in materia». Cfr. legge 5 giugno 2003, n. 131,

4. Il nodo della mancata determinazione dei LIVEAS: dal pareggio di bilancio al reddito di cittadinanza

A seguito della novella costituzionale del 2001, il tema dei LIVEAS si è incrociato con quello dei vari livelli di governo investiti della competenza in materia di assistenza sociale. Come già accennato, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, intesi come condizione minima di intervento che deve essere garantita su tutto il territorio nazionale assume la funzione di impedire che, nell'esercizio delle proprie prerogative legislative, gli enti territoriali possano menomare il *nucleo essenziale* dei diritti civili e sociali, contravvenendo ai principi costituzionali di uguaglianza (art. 2 Cost.), di pari dignità di tutti gli individui (art. 3 Cost.), oltre che alla disposizione che sancisce lo stesso diritto all'assistenza sociale (art. 38 Cost.)³⁸. A distanza di quasi vent'anni dalla riforma del Titolo V, nondimeno, siffatta determinazione non è stata ancora adottata dal legislatore ordinario – fatte salve le eccezioni rappresentate da alcuni interventi normativi specifici, di cui si darà conto nel prosieguo. A questo riguardo, deve essere evidenziato che all'interno del decreto legislativo n. 68 del 2011³⁹ si prevede che con legge statale siano stabilite «le modalità di determinazione dei livelli essenziali di assistenza e dei livelli essenziali delle prestazioni che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, nelle materie diverse dalla sanità»⁴⁰, ovvero, fra le altre, nella materia dell'assistenza sociale⁴¹. Ancora, il decreto prevede che sia effettuata la ricognizione dei livelli essenziali delle prestazioni nelle materie dell'assistenza sociale⁴², e che siano definiti i costi e i fabbisogni standard, nonché le metodologie di monitoraggio e di valutazione dell'efficienza e dell'appropriatezza dei servizi offerti⁴³. Tuttavia, come anticipato poc'anzi, a oggi tale determinazione non è ancora stata adottata, da una parte, a causa di presunte difficoltà tecniche legate alla standardizzazione delle prestazioni socio-assistenziali, le quali, è stato sostenuto, a causa della loro intrinseca natura di prestazioni *personalizzate*, mal si adatterebbero a una rigida definizione preventiva⁴⁴. Tuttavia, un secondo e più decisivo ostacolo per la determinazione dei LIVEAS deve essere

“Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001”, n. 3.

³⁸ Il riferimento è all'art. 1, legge 328/2000: «La Repubblica assicura alle persone e alle famiglie un sistema integrato di interventi e servizi sociali, promuove interventi per garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza, previene, elimina o riduce le condizioni di disabilità, di bisogno o di disagio individuale e familiare, derivati da inadeguatezze di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia, in coerenza con gli articoli 2, 3, e 38 della Costituzione».

³⁹ Il d. lgs. 6 maggio 2011, n. 68 è rubricato “Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario”.

⁴⁰ *Ivi*, art. 13.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Art 13, co. 4.

⁴³ Art. 13, co. 2.

⁴⁴ Da queste considerazioni deriverebbe la «la necessità di attenersi a criteri di flessibilità, di gradualità, e di progressività nella determinazione dei livelli essenziali». Cfr. *I livelli essenziali delle prestazioni nel settore dell'assistenza*, documento pubblicato nel 2005 dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, citato da B. DA ROIT, *Livelli essenziali: stato del dibattito e proposte di sviluppo*, in E.R. ORTIGOSA (a cura di), *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni*, 2008, 25.

individuato nel reperimento delle risorse destinate al loro finanziamento⁴⁵. A questo proposito, infatti, come, argomentato più dettagliatamente *infra*, una volta delineato il contenuto di queste prerogative e individuate le fonti di finanziamento, gli enti locali titolari della gestione dei servizi sociali sul territorio non si troverebbero più nella condizione di *ponderare* le erogazioni con il rispetto delle esigenze di bilancio, ma avrebbero finalmente l'opportunità, se non l'onere, di *calibrarle* al bisogno effettivo della popolazione di riferimento. Venuto meno il carattere di discrezionalità tipico dell'attività amministrativa, le pretese dei cittadini, potenziali utenti dei servizi socio-assistenziali, diverrebbero immediatamente esigibili, con la conseguenza che, in caso di insoddisfazione, questi potrebbero ricorrere per via giurisdizionale, per far valere il proprio "diritto".

In materia di finanziamento dei servizi e disponibilità di risorse, tuttavia, è necessario prendere in considerazione le modifiche alla Costituzione operate con legge cost. n. 1/2012, il cui obiettivo era di introdurre il principio del "pareggio di bilancio" all'interno del nostro impianto costituzionale⁴⁶, in conformità a quanto stabilito all'interno del "Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la governance nella Unione economica e monetaria" – anche noto come *Fiscal Compact*⁴⁷ – a cui il nostro paese ha aderito. Come è stato opportunamente fatto notare, attraverso tale novella, si è tentato di introdurre un correttivo al modello dello *Stato sociale* a cui si erano ispirati i costituenti del 1947⁴⁸, limitando la possibilità di ricorrere a politiche di indebitamento, se non per motivi di natura eccezionale⁴⁹. In verità, alcuni hanno inquadrato tale intervento di riforma in un contesto più ampio di messa in discussione della sovranità (economica) statale e del costituzionalismo «come limite all'esercizio del potere, in funzione di garanzia e di tutela dei diritti fondamentali»⁵⁰.

⁴⁵ Come sottolineato, *ex multis*, da B. DA ROIT, *Livelli essenziali: stato del dibattito e proposte di sviluppo*, cit., 17.

⁴⁶ La riforma costituzionale n. 1/2012 è stata poi seguita dalla legge di attuazione rinforzata del 24 dicembre 2012, n.243. Con riferimento all'introduzione del principio menzionato, un'attenta dottrina ha messo in rilievo come, nonostante il testo della riforma costituzionale si riferisca al "pareggio di bilancio", la nuova norma introdotta faccia invece riferimento a un concetto parzialmente differente, quello dell'"equilibrio di bilancio". Sul punto si veda più diffusamente F. VALENTINI, *L'introduzione del pareggio di bilancio in Costituzione: le conseguenze sulla sovranità finanziaria dello Stato e sulla tutela dei diritti sociali*, in *Diritto&Diritti*, 2017, consultabile presso il portale <https://www.diritto.it/l-introduzione-del-pareggio-di-bilancio-in-costituzione-le-conseguenze-sulla-sovranita-finanziaria-dello-stato-e-sulla-tutela-dei-diritti-sociali/>.

⁴⁷ Deve essere precisato che tale trattato non imponeva ai paesi firmatari di modificare i rispettivi assetti costituzionali, sebbene questo tipo di intervento fosse comunque auspicato.

⁴⁸ E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Nomos*, 2, 2017, 1-22.

⁴⁹ Secondo l'art. 81 Cost., comma 2, «Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali».

⁵⁰ Così G. GRASSO, *Le parole della Costituzione e la crisi economico-finanziaria.*, in A. PÉREZ MIRAS, G.M. TERUEL LOZANO, E.C. RAFFIOTTA, *Constitución e Integración Europea. Forma política, gobernanza económica, organización territorial*, Madrid, 2017, 159-174, in particolare pag. 161. Dello stesso tenore le considerazioni svolte in G. GRASSO, *Equilibrio di bilancio e godimento dei diritti sociali nella più recente giurisprudenza costituzionale (gli anni 2015-2017)*, in L. DORATO, G. GRASSO, *I diritti sociali e del lavoro nella lunga crisi economica. La questione pensionistica come caso emblematico*, Napoli, 2017, 109-122. In materia di sostenibilità economica dei diritti sociali, si rinvia ai lavori di M. MASSA, *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2017, 73-93; F. PALLANTE, *Dai vincoli di bilancio ai vincoli al bilancio*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6, 2016, 2499-2523.

Seppure in questa sede non sia possibile analizzare nel dettaglio tutte le modifiche operate dalla riforma costituzionale e le sue ripercussioni, per le finalità proprie di questo lavoro appare opportuno segnalare che, all'indomani della sua entrata in vigore, la dottrina si è interrogata sul significato da attribuire alle nuove disposizioni, soprattutto con riferimento al bilanciamento tra le esigenze di equilibrio dei bilanci pubblici – così come consacrate nel nuovo art. 81 Cost. – e l'effettività dei diritti fondamentali, tra cui spiccano quelli sociali, i quali, come già affermato in precedenza, richiedono un impegno concreto dello Stato per porre in essere misure, economiche e non, volte a garantire l'erogazione delle prestazioni che assicurino il godimento di tali diritti⁵¹. In questo contesto, tuttavia, alcuni autori hanno ricordato che, anche a seguito della novella costituzionale n. 1/2012, il rispetto delle esigenze finanziarie non può tradursi in una menomazione del "nucleo essenziale" dei diritti costituzionalmente garantiti⁵². In questa prospettiva, pertanto, è stato ribadito che il nuovo assetto costituzionale non esime il giudice costituzionale dal compito di «effettuare un sindacato sulla legittimità delle misure legislative di compressione delle politiche del welfare mediante il controllo di ragionevolezza e di rispetto del contenuto minimo essenziale dei diritti sociali»⁵³. In particolare, con riferimento alla garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni, è stato affermato che questi ultimi dovrebbero essere collocati «al di fuori dell'area che comprende i diritti finanziariamente condizionati, non potendo essere sacrificati in nome di esigenze di bilancio. La Corte costituzionale, infatti, si è sempre appellata a tali livelli essenziali, nonché al principio di gradualità delle risorse economiche, al fine di salvaguardare la tutela dei diritti sociali anche nelle situazioni di carenza delle risorse»⁵⁴.

⁵¹ A questo proposito, sia sufficiente ricordare che talvolta in dottrina si afferma che non è solo l'attuazione dei diritti sociali ad avere un costo, ma in generale quella di ogni diritto (in questo senso, M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte Costituzionale*, cit., 7). Per converso, alcuni tendono comunque a porre in rilievo la specificità dei diritti sociali in quanto diritti a prestazione e quindi un loro legame più saliente con i vincoli di natura economica. Di questo avviso, G. GRASSO, *Equilibrio di bilancio e godimento dei diritti sociali nella più recente giurisprudenza costituzionale (gli anni 2015-2017)*, cit., il quale, a pagina 114, rievoca l'interessante distinzione tra erogazione delle prestazioni sociali quali «beni rivali» e attuazione delle libertà fondamentali quali beni «economicamente pubblici», e quindi non in escludibili né rivali. Tale distinzione è stata originariamente proposta da Q. CAMERLENGO, L. RAMPÀ, *I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2015, 59-86.

⁵² Cfr. *ex multis*, L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 3, consultabile presso il portale <http://www.costituzionalismo.it/articoli/533/>. Inoltre, cfr. F. VALENTINI, *L'introduzione del pareggio di bilancio in Costituzione: le conseguenze sulla sovranità finanziaria dello Stato e sulla tutela dei diritti sociali*, cit.; E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, cit.

⁵³ E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, cit., 13.

⁵⁴ F. VALENTINI, *L'introduzione del pareggio di bilancio in Costituzione: le conseguenze sulla sovranità finanziaria dello Stato e sulla tutela dei diritti sociali*, cit., 16. Per una disamina approfondita della "tensione" tra esigenze di equilibrio di bilancio a seguito della novella costituzionale n.1/2012 e la necessità di garantire l'effettivo godimento dei diritti sociali si rinvia a G. GRASSO, *Equilibrio di bilancio e godimento dei diritti sociali nella più recente giurisprudenza costituzionale (gli anni 2015-2017)*, cit., nel quale si ripercorre l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale relativamente al triennio 2015-2017. Inoltre, si rinvia nuovamente all'accurata analisi di M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte Costituzionale*, cit., il quale, stante il delicato ruolo assunto dalla Corte nel contesto attuale, rivendica un ampliamento formale dei poteri istruttori da parte dei giudici della consulta e propone la creazione di due nuove tipologie di pronunciamenti

A questo proposito, vale la pena richiamare un pronunciamento abbastanza recente della Corte costituzionale, che si è espressa con la sentenza n. 275 del 2016 dichiarando l'illegittimità della legge finanziaria della Regione Abruzzo del 2004 nella misura in cui limitava la disponibilità finanziaria per il trasporto delle persone con disabilità all'ammontare di risorse determinato dalle leggi annuali di bilancio⁵⁵. Ad avviso della Corte, invero, questo meccanismo si traduceva in una indeterminatezza del finanziamento, il che determinava a sua volta: «un *vulnus* all'effettività del servizio di assistenza e trasporto [...] tale effettività non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo diritto»⁵⁶. Inoltre, con riferimento al più generale rapporto tra la garanzia del livello minimo delle prestazioni riconducibili ai diritti sociali e il rispetto delle esigenze di bilancio pubbliche ex art. 81 Cost., la sentenza si segnala per un'affermazione dalla portata dirompente, per mezzo della quale la Corte mette in chiaro che «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»⁵⁷. Ciò equivale a riaffermare il primato dei diritti sociali anche sul neointrodotta principio del pareggio di bilancio, il quale ultimo – nell'orientamento dei Giudici di Palazzo della Consulta – è evidentemente destinato a soccombere laddove la sua attuazione dovesse intaccare l'effettività dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, o più in particolare, menomare la garanzia del loro nucleo essenziale⁵⁸.

Più di recente ancora, il legislatore ordinario ha adottato due interventi di riforma che, almeno sulla carta, erano destinati a stimolare un cambiamento significativo all'intero settore dell'assistenza sociale, ovviando parzialmente alla lacuna rappresentata dalla mancata determinazione dei LIVEAS. Il primo di essi è contenuto nel d.lgs. n. 147/2017, che ha introdotto nell'ordinamento giuridico italiano il c.d. Reddito di Inclusione (d'ora in avanti, Rel), il quale, tra le altre cose, riportando in auge quell'idea di programmazione che rappresentava una caratteristica saliente della legge quadro. A quest'ultimo proposito, in particolare, il d.lgs. n. 147/2017 prevede l'adozione di un Piano Sociale Nazionale, un Piano per gli interventi e i servizi sociali di contrasto alla povertà e un Piano per la non autosufficienza (art. 21, co. 6). Per quanto riguarda nello specifico, l'oggetto di questa riflessione, al suo interno il decreto prevede che una serie di servizi – tra cui lo stesso Rel (art. 2), i servizi per l'informazione e l'accesso al Rel e la valutazione multidimensionale (art. 5), il progetto personalizzato (art. 6) – debbano essere considerati come “livelli essenziali delle prestazioni assistenziali”, seppure da garantire nel limite delle risorse economiche disponibili. Pertanto, tale disciplina, se per un verso ha il merito di

(rispettivamente, incostituzionalità condizionata e differita, e incostituzionalità parziale). Si veda in particolare, 17.

⁵⁵ In particolare, il vaglio di costituzionalità aveva ad oggetto l'art. 6, comma 2-*bis*, della legge della Regione Abruzzo 15 dicembre 1978, n. 78 (Interventi per l'attuazione del diritto allo studio), aggiunto dall'art. 88, comma 4, della legge della Regione Abruzzo 26 aprile 2004, n. 15, recante: “Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2004 e pluriennale 2004-2006 della Regione Abruzzo (Legge finanziaria regionale 2004)”, nella parte in cui prevedeva che, per gli interventi di cui dall'art. 5-*bis* della legge regionale n. 78 del 1978, la Giunta regionale avrebbe garantito un contributo del 50% della spesa necessaria e documentata dalle Province solo nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa.

⁵⁶ Si veda punto n. 9 Cons. dir., sent. 275/2016 Corte Cost.

⁵⁷ *Ibidem*, punto n. 11.

⁵⁸ E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, cit., 19.

recuperare parzialmente lo spirito della legge quadro – soprattutto con riferimento al tentativo di ripristinare una pur minima programmazione nelle politiche socio-assistenziali – per un altro, appare in contrasto sia con il testo, sia con il senso complessivo della riforma costituzionale del 2001. Rinviando al prossimo paragrafo l'analisi delle ragioni per cui tale scelta si pone in distonia con il dettato costituzionale⁵⁹, va qui aggiunto che a soli due anni di distanza dall'introduzione del Rel, il legislatore della successiva legislatura ripercorre la stessa scelta attraverso l'emanazione del d.l. n. 4/2019, poi convertito in legge n. 26/2019, e relativo all'introduzione del Reddito e della Pensione di Cittadinanza (d'ora in avanti, brevemente RdC)⁶⁰, il quale, tra le altre cose, svuota di effettività il Rel, riassorbendolo all'interno del nuovo istituto. Anche questo provvedimento di riforma, tuttavia, qualifica alcuni dei servizi attinenti al godimento del RdC in termini di LIVEAS, fra cui, in particolare: «Il Patto per il lavoro e il Patto per l'inclusione sociale e i sostegni in essi previsti, nonché la valutazione multidimensionale che eventualmente li precede, costituiscono livelli essenziali delle prestazioni, nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente» (art. 4, co. 14)⁶¹.

Ai fini della presente riflessione, è opportuno quindi mettere in rilievo che l'erogazione del RdC è condizionata a due presupposti, il primo dei quali consiste nel già menzionato "limite" delle risorse disponibili⁶²; il secondo, invece, attiene alla "immediata disponibilità al lavoro", che deve essere dichiarata «da parte dei componenti il nucleo familiare maggiorenni, nelle modalità di cui al presente articolo, nonché all'adesione ad un percorso personalizzato di accompagnamento all'inserimento lavorativo e all'inclusione sociale che prevede attività al servizio della comunità, di riqualificazione professionale, di completamento degli studi, nonché altri impegni individuati dai servizi competenti finalizzati all'inserimento nel mercato del lavoro e all'inclusione sociale»⁶³.

5. Quale essenzialità per le prestazioni socio-assistenziali

Nel demandare allo Stato la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», il legislatore della riforma

⁵⁹ Icasticamente, può segnalarsi che nessuno dei due provvedimenti di riforma, nell'enunciare che alcuni dei servizi introdotti debbano essere considerati come LIVEAS, fa esplicito richiamo alla previsione dell'art. 117, co. 2 cost., lett. m), omissione che non può essere considerata come una mera dimenticanza dal momento che, in linea generale, entrambi i testi abbondano di rinvii a ulteriori norme e provvedimenti legislativi.

⁶⁰ Giova premettere che, per quanto riguarda il rapporto tra Rel e RdC, è stato sostenuto che, a livello tecnico, le differenze riguardano «i volumi finanziari dichiarati (2-2,5 miliardi per il reddito di inclusione, 9 per il reddito di cittadinanza), le modalità di gestione dichiarate, gli enti coinvolti (i servizi sociali il primo, i centri per l'impiego il secondo). Ma non riguardano i determinanti di efficacia». Cfr. T. VECCHIATO, *Sussidi e redditi garantiti nel vuoto di politiche sociali*, in *Animazione sociale*, 322, 2018, 23.

⁶¹ Con riferimento al RdC, tuttavia, non si può fare a meno di notare come lo stesso sia stato oggetto di aspre critiche da parte delle associazioni a sostegno delle persone con disabilità dal momento che nei limiti di reddito stabiliti per l'accesso ai benefici economici sono inclusi i «trattamenti assistenziali in corso di godimento da parte dei componenti il nucleo familiare, fatta eccezione per le prestazioni non sottoposte alla prova dei mezzi» (art. 2, co. l. n. 26/2019). Da ciò scaturisce la preclusione del beneficio, o la riduzione del suo ammontare, ai nuclei in cui sia presente una persona con disabilità che percepisca pensione (sia essa di cecità, invalidità o sordità), assegno o indennità di frequenza.

⁶² Così come stabilito all'art. 12 della legge n. 26/2019.

⁶³ *Ibidem*, art. 4.

costituzionale del 2001 apriva inevitabili spazi di discrezionalità per l'attività degli interpreti, impegnati a individuare il significato più opportuno da attribuire alla nozione di *essenzialità*. La riflessione dottrinale, commentando i numerosi interventi della Corte costituzionale nel tentativo di chiarire la portata della nuova formulazione, ne ha individuato due distinte accezioni⁶⁴. La prima si correla all'idea di *irriducibilità*, e comporta che la prestazione sociale debba essere caratterizzata da un nucleo *essenziale*, e non minimo. La seconda, invece, risulta ancorata al concetto di *minimalità*, in virtù della quale sarebbe da considerarsi legittima l'erogazione della prestazione minima che può essere assicurata in considerazione delle risorse disponibili⁶⁵. Questa seconda interpretazione tuttavia, non risulta pienamente conforme al dettato dell'attuale Titolo V, Parte II, della Costituzione, che ha sciolto la determinazione dei livelli essenziali dal vincolo finanziario cui erano sottoposti per opera della legge quadro. Assumendo come parametro l'enunciato dell'art. 117, c. 2, lett. m), la Corte costituzionale potrebbe infatti censurare normative statali relative alla definizione dei livelli essenziali che ritenga gravemente lesive di un contenuto *minimo* dei diritti in questione⁶⁶. In questo senso, d'altra parte, la Corte si è già espressa, affermando che il legislatore statale «deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come *contenuto essenziale* di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle»⁶⁷. La dottrina prevalente in tema di determinazione dei livelli essenziali sembra inoltre concorde nel sostenere che una *condizione minima di intervento* non possa tradursi, in concreto, in una *prestazione minima*. In questa visione, la minimalità «sembrerebbe pertanto riferita non alla situazione di bisogno del fruitore del servizio, bensì alla capacità finanziaria del sistema erogatore dei servizi»⁶⁸. L'attributo dell'essenzialità, invece, deve intendersi come specificamente rivolto a caratterizzare le prestazioni, le quali «sembrano dovere raggiungere un grado che si considera soddisfacente non più in relazione ai vincoli economico-finanziari, bensì in relazione a obiettivi di benessere e di equità»⁶⁹.

Nel 2004, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali dava prova d'aver recepito siffatto orientamento, dichiarando che «il nucleo essenziale del diritto ed il livello essenziale delle prestazioni non sono sinonimi, nonostante la concomitanza dell'aggettivo; in particolare nel settore dei diritti sociali il nucleo essenziale può essere considerato sinonimo di quel livello di prestazione al di sotto del quale viene meno la garanzia costituzionale e che pertanto risulta essere un livello irrinunciabile [...]; di conseguenza il livello essenziale risulta essere qualcosa in più rispetto al livello minimo del diritto»⁷⁰. Rispetto a quel *nucleo essenziale* definito come vincolante per tutto il territorio nazionale, nulla impedisce che gli enti territoriali decidano poi di garantire autonomamente livelli di prestazioni ulteriori e più

⁶⁴ Per un approfondimento sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in merito si veda diffusamente G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Padova, 2007, 58 ss.

⁶⁵ Si veda, a titolo esemplificativo, A. GUALDANI, *Livelli essenziali di assistenza sociale*, in *Aggiornamenti sociali*, 9, 2011.

⁶⁶ Così E. A. FERIOLI, *I livelli essenziali di assistenza: dalle prestazioni ai diritti*, cit. 127.

⁶⁷ Cfr. sentenza Corte cost. n. 282/2002.

⁶⁸ Cfr. E. BALBONI, *Il concetto di "livelli essenziali e uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Istituzioni del federalismo*, 6, 2001, 1109.

⁶⁹ *Ivi*, 1110.

⁷⁰ Il documento ministeriale "Livelli essenziali delle prestazioni nel settore dell'assistenza", è richiamato da A. GUALDANI, *Livelli essenziali di assistenza sociale*, cit., 624.

elevati. Il disegno costituzionale farebbe pensare, infatti, a una *costruzione a gradi* del sistema di tutela sociale, con la conseguenza che «al di là dei livelli essenziali, tutte le differenziazioni di trattamento tra i cittadini residenti in regioni diverse dovranno essere ritenute costituzionalmente legittime in quanto naturale conseguenza dell'autonomia regionale riconosciuta nella materia in questione»⁷¹. Alle prerogative regionali fanno tuttavia da contrappeso i poteri aggiuntivi e sostitutivi previsti, *in primis*, dall'art. 119, co. 5, ai sensi del quale lo Stato può destinare risorse aggiuntive e intervenire straordinariamente in favore degli enti territoriali laddove sia necessario «per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economico e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle funzioni»⁷². Inoltre, l'art. 120 cost. prevede che il Governo possa sostituirsi nell'esercizio delle competenze proprie di Regioni, Città metropolitane, Province, e Comuni «nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali»⁷³. Questo tipo di intervento sostitutivo deve intendersi come rivolto a garantire l'effettiva attuazione dei LIVEAS che spetta allo Stato determinare, e che, pertanto, potrebbero divenire «un parametro di riferimento in materia di diritti sociali, e, a quanto pare, anche civili, il che sta a significare che questo è il nuovo nome dell'uguaglianza»⁷⁴. La determinazione dei LIVEAS, infatti, se da un lato avrebbe l'effetto di vincolare gli enti erogatori, attribuendo un riconoscimento inequivocabile in capo ai potenziali fruitori della prestazione assistenziale, dall'altro segnerebbe anche un limite in positivo rispetto alla vocazione universalistica del sistema di tutela, fungendo da misura del *massimo esigibile* di ogni diritto considerato⁷⁵. Fatto salvo questo *zoccolo duro* della prestazione, garantito come diritto inviolabile ai sensi dell'art. 2 Cost., infatti, gli enti territoriali potrebbero legittimamente negare livelli di tutela aggiuntivi in virtù di un bilanciamento tra il valore della garanzia dei diritti sociali e quello della più efficiente allocazione delle risorse pubbliche⁷⁶.

Data la particolare connotazione della prestazione socio-assistenziale, è tuttavia necessario soffermarsi al fine di analizzarne gli elementi costitutivi, dai quali dipende la natura della pretesa giuridica che l'utente può vantare nei confronti dell'ente erogatore. A questo proposito, si può muovere dalla constatazione per cui, stante lo scenario attuale, il cittadino, *potenziale utente* dei servizi sociali, non può rivendicare in via immediata il diritto a un intervento concreto e finale, consista questo in

⁷¹ Cfr. E. A. FERIOLI, *I livelli essenziali di assistenza: dalle prestazioni ai diritti*, cit., 128. L'autrice sottolinea come il riformato assetto del Titolo V in materia di assistenza comporti una nuova declinazione del principio di uguaglianza sostanziale ex art. 3.2 cost.

⁷² Così l'art. 119, co. 5 Cost.

⁷³ Così l'art. 120, co. 2 Cost.

⁷⁴ Cfr. G. BARTOLI, *La regolazione dei diritti sociali: profili costituzionali e garanzie di uniformità*, in *Osservatorio Isfol*, 5, 2006, 90.

⁷⁵ Cfr. M. MAZZARELLA, *I livelli essenziali delle prestazioni: nozione e funzioni della loro determinazione*, in *Studi Zancan*, 4, 2008, 48.

⁷⁶ *Ivi*, 50. Secondo l'autore la garanzia del nucleo essenziale dei LIVEAS sarebbe accostabile al disposto dell'art. 52, c. 1 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, a norma del quale «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà».

un'erogazione monetaria⁷⁷ o nella fruizione diretta di un servizio, bensì soltanto un *diritto alla valutazione del proprio bisogno*, da intendersi come una prima componente della stessa prestazione socio-assistenziale. L'attività valutativa può limitarsi alla mera verifica di sussistenza dei requisiti previsti per l'accesso alle prestazioni, oppure può spingersi sino a una vera e propria decisione al riguardo. Attraverso quest'ultima, in particolare, l'operatore dei servizi formula un giudizio sulla sussistenza o meno della situazione di bisogno, e quindi sulla necessità o meno dell'intervento. Nei confronti di quest'attività valutativa, l'utente non può esigere altro che il rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento, a cui deve essere improntata l'attività della pubblica amministrazione tutta, in obbedienza all'art. 97. La valutazione che abbia avuto un riscontro positivo, riconoscendo lo stato di bisogno in cui versa l'utente, costituisce il titolo che legittima l'intervento concreto per la sua soddisfazione. È in quest'ultima fase che inciderebbe la determinazione dei livelli essenziali: allorché questi fossero determinati, *il diritto alla prestazione* verrebbe così a caratterizzarsi nei termini di una pretesa giuridicamente garantita al più alto livello possibile, ovvero, come un diritto soggettivo *pieno*. Questa pretesa sarebbe a tutti gli effetti calibrata rispetto al livello essenziale garantito dalla determinazione nazionale, oltre che, eventualmente, rispetto allo standard più elevato assicurato dall'ente regionale di riferimento⁷⁸. Pertanto, in attesa di una determinazione dei LIVEAS realizzata in conformità al dettato costituzionale, l'aspettativa finale degli utenti dei servizi sociali resta sospesa in un limbo giuridico: formalmente esigibile, al pari di qualsiasi altro *diritto soggettivo*, essa non risulta tuttavia "liquidabile" secondo criteri prestabiliti, motivo per cui è soddisfatta nei limiti della disponibilità economiche dell'ente locale⁷⁹.

6. In assenza dei LIVEAS: ripartire dalla Legge quadro?

In attesa che il legislatore faccia seguito al dettato dell'art. 117, c. 2, lett. m), la tutela in materia socio-assistenziale è rimessa alla programmazione delle Regioni e alla concreta realizzazione da parte dei Comuni. Nondimeno, lo *spettro* della legge quadro continua ad aleggiare sulla programmazione degli enti territoriali, poiché se da una parte essa continua a vincolare le Regioni che non abbiano ancora legiferato in materia, dall'altra, come messo in evidenza da alcuni, queste ultime, nel dotarsi di discipline proprie hanno ripreso in larga parte i contenuti espressi all'interno di quella disciplina⁸⁰. Nel

⁷⁷ Si potrebbe eccepire che il RdC di cui si è parlato sopra debba essere considerato quale attuazione di un diritto soggettivo. Senonché, da una parte la sua natura finanziariamente condizionata, e dall'altra il vincolo della dichiarazione di disponibilità al lavoro, almeno ai fini della presente riflessione, lo collocano al di fuori del quadro dei diritti soggettivi pieni, immediatamente esercitabili.

⁷⁸ L'appartenenza in questo caso deve intendersi in maniera elastica poiché, al pari della definizione dei LIVEAS, è da risolvere il nodo dell'assistenza ai non residenti e agli stranieri. Per la pluralità di situazioni giuridiche che compongono la prestazione socio-assistenziale si veda tra gli altri M. GIORDANO, *Diritti e doveri sociali. Forme di esigibilità e di tutela*, in *Studi Zancan. Politiche e servizi alle persone*, 1, 2010, 68 ss.

⁷⁹ In merito si veda M. GIORDANO, *Diritti e doveri sociali. Forme di esigibilità e di tutela*, cit., 62; cfr. inoltre V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008, 241.

⁸⁰ In particolare, è stato sostenuto che le normative regionali emanate ad oggi in materia di interventi e servizi sociali si sono fortemente ispirate alle disposizioni della Legge quadro, talvolta riproducendone più o meno fedelmente le previsioni, talaltra facendovi espressamente rinvio. Per una disamina sintetica e un confronto sulle previsioni in materia di LIVEAS all'interno delle normative regionali attualmente in vigore si rimanda alla

difendere l'assetto istituzionale a suo tempo predisposto dalla legge quadro, le diverse leggi regionali sembrano averne recepito anche la natura programmatica, insieme al carattere – talvolta enfatico, talaltra generico – di alcune prescrizioni, per effetto delle quali si rimanda di fatto ai Comuni la determinazione effettiva di quante e quali prestazioni garantire alla popolazione di riferimento. Tale mancanza di *originalità* da parte dei legislatori regionali, d'altronde, va letta in un contesto che vede gli enti territoriali, al pari dello Stato, alle prese con una cronica carenza di risorse, e quindi nell'impossibilità di assicurare ai propri cittadini diritti certi, ovvero *liquidabili*, e quindi, esigibili in concreto.

A dispetto della perdita d'incisività della legge quadro, alcuni hanno comunque sottolineato gli effetti positivi della sua introduzione, tra cui, in primo luogo, quelli riscontrabili sul versante della *cultura* delle politiche e dei servizi sociali. Si è sostenuto, infatti, che la legge quadro avrebbe assunto il valore di *manifesto*, poiché diretta espressione del superamento, da parte del nostro sistema di tutela, dell'approccio assistenzialistico-categoriale, a vantaggio di «una prospettiva di prevenzione e di promozione, volta cioè ad intercettare il disagio nel suo proporsi lungo i percorsi di vita, nei gruppi sociali, sul territorio, per contenerne lo sviluppo, gestirlo, anche riconoscendo e valorizzando le risorse proprie delle persone, delle famiglie, delle comunità sociali»⁸¹. Un ulteriore effetto positivo prodotto dalla vigenza della legge quadro risiederebbe nell'accresciuta importanza dell'attività di programmazione svolta dagli enti territoriali, nel tentativo di strutturare in tutto il paese servizi sociali uniformi e accessibili a tutta la popolazione⁸². La programmazione, come già affermato in precedenza, rappresenta uno dei pilastri della legge quadro, sebbene la stessa rispondesse a un modello di “verticalismo progressivo” in cui erano coinvolti i vari livelli istituzionali. Non tutti concordano sul *lascito positivo* della legge quadro. Alcuni, invero, hanno evidenziato i limiti intrinseci di tale intervento legislativo, tra cui, in primo luogo, la scelta di regolare la materia attraverso una normativa prevalentemente di principio, che ha ingenerato fra gli operatori del settore, i cittadini, e le istituzioni, una serie di aspettative destinate a restare largamente insoddisfatte⁸³.

Al di là dei giudizi critici, tuttavia, ai fini del presente lavoro preme analizzare quei profili della legge quadro che afferiscono specificamente al tema dell'esigibilità delle prestazioni socio-assistenziali da essa tipizzate. A questo proposito v'è da dire che, prima della sua emanazione, non sussistevano dubbi sul fatto che le prerogative particolari, riconducibili all'eterogeneo settore dell'assistenza sociale, dovessero ascrivere alla categoria amministrativistica degli interessi legittimi. La sua entrata in vigore ha dato vita a un complesso dibattito sul punto, anche a causa di scelte lessicali talvolta scarsamente efficaci da parte degli estensori. In particolare, con riferimento all'indicazione dei destinatari del sistema integrato di interventi e servizi, l'articolo 2, sotto la rubrica “Diritto alle prestazioni” contempla differenti categorie di possibili beneficiari. Diretta emanazione dell'aspirazione universalistica, il

trattazione di A. GUALDANI, *Tutela ed obblighi delle istituzioni: perché i diritti siano esigibili*, in G. COSTA (a cura di), *La solidarietà frammentata. Le leggi regionali sul welfare a confronto*, Milano, 2009, 22 ss. Sul tema si veda inoltre il saggio di M. FERRARI, *I sistemi di welfare territoriale. A dieci anni dalla legge 328/2000*, in *La rivista delle politiche sociali*, 4, 2010, 377 ss.

⁸¹ Cfr. E. R. ORTIGOSA, *I temi e lo scenario*, in C. GORI (a cura di), *La riforma dei servizi sociali in Italia. L'attuazione della legge 328 e le sfide future*, Roma, 2005, 25. Una riflessione di ampio respiro sulle sfide attuali del welfare italiano è offerta da T. VECCHIATO, *Le sette piaghe del welfare*, in *Studi Zancan*, 3, 2018.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Cfr. C. GORI, *A dieci anni dall'approvazione della L. 328*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, cit., 7.

comma 1 stabilisce che «hanno diritto di usufruire delle prestazioni e dei servizi del sistema integrato di interventi e servizi sociali i cittadini italiani» e ad alcune condizioni anche gli stranieri e gli apolidi⁸⁴. Al secondo comma si prevede che il sistema integrato si strutturi in maniera tale da «consentire l'esercizio del diritto soggettivo a beneficiare delle prestazioni economiche» riconosciute a invalidi civili, ciechi, sordomuti, e a tutti i soggetti che usufruiscono delle pensioni sociali e degli assegni previsti dall'art. 3, comma 6 della legge 8 agosto 1995 n. 355⁸⁵. Da ultimo, il terzo comma sancisce una priorità d'accesso alle prestazioni per tutti i soggetti che si trovino in «condizioni di povertà o con limitato reddito o con incapacità totale o parziale di provvedere alle proprie esigenze per inabilità di ordine fisico e psichico, con difficoltà di inserimento nella vita sociale attiva e nel mercato del lavoro, nonché (per) i soggetti sottoposti a provvedimenti dell'autorità giudiziaria che rendono necessari interventi e servizi sociali»⁸⁶. Mentre non suscita dubbi l'utilizzo dell'espressione "diritti soggettivi" per qualificare la natura delle erogazioni monetarie di cui al comma 2, la dottrina si è divisa sul tenore delle disposizioni utilizzate ai commi 1 e 3. Da una parte si è sostenuto, in maniera estensiva, che l'utilizzo di una terminologia non uniforme da parte del legislatore della legge quadro deve essere interpretato come una mera negligenza lessicale, nell'ottica di un provvedimento che, nel suo complesso, avrebbe inteso offrire il più alto grado di tutela garantito dal nostro ordinamento, ovvero, il *diritto soggettivo*, a tutti coloro che sono indicati come potenziali destinatari di tutela assistenziale⁸⁷. Dall'altra, alcuni hanno operato un'interpretazione restrittiva, in base alla quale le prerogative riconosciute ai commi 1 e 3 dell'art. 2 sono state intese come *diritti condizionati*, ovvero, prerogative il cui soddisfacimento risulterebbe subordinato al rispetto di esigenze ulteriori, tra cui vi sarebbero quelle imposte dall'effettiva disponibilità di risorse del Fondo Nazionale per le politiche sociali, e quelle correlate all'avvenuta implementazione istituzionale attraverso la quale soltanto il *sistema integrato* avrebbe potuto esplicare i propri effetti sul piano dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino⁸⁸. Quest'ultima posizione è stata efficacemente argomentata anche in considerazione del dibattito parlamentare che ha preceduto l'approvazione della legge quadro, dall'analisi del quale è emerso che le nuove prestazioni assistenziali tipizzate nell'allora disegno di legge n. 4641, non avrebbero ricevuto lo status di *diritti soggettivi*⁸⁹.

In virtù di quanto esposto sopra, appare forse superfluo rimarcare che la tesi di quanti interpretavano estensivamente la formulazione dell'articolo 2 della legge quadro ha ripreso vigore in seguito alla costituzionalizzazione dei livelli essenziali delle prestazioni, nel nuovo dettato dell'art. 117, c. 2, lett. m), che ne svincolava la determinazione dalla disponibilità di risorse del Fondo nazionale per le politiche sociali⁹⁰. Tuttavia, deve essere messo in evidenza che, attraverso disposizioni contenute nelle leggi

⁸⁴ Cfr. art. 2, co. 1, Legge 8 novembre 2000, n. 328.

⁸⁵ *Ivi*, co. 2.

⁸⁶ *Ivi*, co. 3.

⁸⁷ Cfr. A. GUALDANI, *I servizi sociali tra universalismo e selettività*, Milano, 2007, 169.

⁸⁸ Il vincolo finanziario era previsto all'art. 22, co. 2 della Legge quadro. Sul doppio vincolo dei diritti sociali si veda, a titolo esemplificativo, P. ADDIS, V. CASAMASSIMA, *Prestazioni: legislazione statale e regionale*, cit., 83.

⁸⁹ Dalle prestazioni c.d. nuove erano escluse ovviamente le erogazioni monetarie di cui al co. 2, sopra citate. In merito si veda diffusamente A. GUALDANI, *I servizi sociali tra universalismo e selettività*, cit., 170.

⁹⁰ Per sostenere ulteriormente la tesi dell'interpretazione estensiva si potrebbe citare la giurisprudenza costituzionale ormai consolidata in materia di diritto alla salute, secondo la quale il legislatore può bilanciare il

finanziarie annuali⁹¹, il legislatore ordinario ha violato l'ispirazione federalista della riforma costituzionale, operando, di fatto, una sorta di "controriforma", ripristinando il nesso tra finanziamento delle prestazioni assistenziali e le dotazioni del Fondo per le politiche sociali, così come avvenuto, peraltro, tanto per il Rel, quanto per il RdC.

7. Verso un'esigibilità concreta delle prestazioni socio-assistenziali

Sul rapporto tra mancata determinazione dei LIVEAS ed esigibilità delle prestazioni socio-assistenziali si è registrato un dibattito vivace, il quale – soprattutto negli anni immediatamente successivi alla riforma del Titolo V della Costituzione –, ha contribuito a mettere in evidenza la funzione, i limiti, le condizioni per la definizione di questi ultimi, spingendosi poi, in alcuni casi, sino a elaborare concrete proposte di attuazione. In questo modo, gli autori impegnati nel dibattito attorno al tema dei LIVEAS hanno confutato le asserite difficoltà relative alla standardizzazione delle prestazioni socio-assistenziali, stigmatizzando in forma pressoché unanime l'inerzia del legislatore ordinario⁹². Il primo passo per *mettere in pratica* i LIVEAS è delineare il contenuto delle prestazioni socio-assistenziali, definendo gli elementi attraverso cui la pretesa generica del potenziale utente può essere tradotta in un diritto soggettivo, certo ed esigibile. A tal fine, è necessario, in primo luogo, che si determini il *bisogno* oggetto di tutela, nonché, corrispondentemente, la prerogativa che si sceglie di garantire. Com'è evidente, questa selettività dovrebbe costituire l'esito ultimo di una politica sociale complessiva, che effettui un bilanciamento tra i bisogni da soddisfare, i valori da proteggere e le risorse a disposizione. In secondo luogo, devono essere stabiliti i *criteri di accesso*, ovvero, i requisiti attraverso i quali diviene possibile valutare la sussistenza del bisogno. Sulla base di parametri quali età, reddito, gravità o entità del bisogno, possono essere individuati i titolari soggettivi di questi diritti, insieme alle modalità con cui questi possono accedere al servizio. Nella definizione dell'accessibilità deve ritenersi compresa l'indicazione della popolazione a cui si garantisce la *fruibilità* delle prestazioni erogate dai servizi sociali. Questa previsione assume un'importanza fondamentale, poiché dal suo tenore dipende la possibilità di accesso per gli stranieri e per i cittadini italiani domiciliati nel territorio di una Regione diversa da quella di residenza⁹³. Una volta individuati i beneficiari delle prestazioni, occorre specificarne l'*oggetto*: questo non deve necessariamente far riferimento a un singolo servizio o intervento, ma può essere pensato, più verosimilmente, come un *pacchetto di prestazioni*, ovvero, una macro prestazione

contenuto dei diritti sociali con i vincoli imposti dal rispetto della copertura finanziaria, senza tuttavia arrivare a intaccarne il *contenuto minimo*. Cfr. A. GUALDANI, *I servizi sociali tra universalismo e selettività*, cit., 171.

⁹¹ *Ivi*, 172. L'autrice si riferisce in particolare alla legge finanziaria per il 2003.

⁹² Un approfondimento sul possibile superamento delle presunte difficoltà tecniche relative alla definizione dei LIVEAS è contenuto nella ricerca presentata dall'Osservatorio nazionale per l'attuazione della legge 328/2000, (E.R. ORTIGOSA (a cura di), *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni*, Milano, 2008). In particolare, si veda la sezione II, *Prove di declinazione*, 59 ss., all'interno della quale sono consultabili delle simulazioni relative a possibili scelte operative per le aree della povertà, dell'infanzia, e della non-autosufficienza, considerate nello specifico come aree meritevoli di una più urgente considerazione.

⁹³ La maggior parte delle Regioni che hanno adottato una normativa propria in materia di assistenza sociale hanno riconosciuto il diritto di accesso alle prestazioni ai soli italiani residenti nel proprio territorio. Così F. PESARESÌ, *Descrizione del campo e declinazione dei livelli*, in E.R. ORTIGOSA (a cura di), *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni*, cit., 52.

comprendente un coacervo di interventi e servizi destinati a soddisfare la situazione di bisogno dell'utente. In base alle più recenti interpretazioni dottrinali, infatti, la prestazione da erogare deve intendersi in senso *multidimensionale*, come un «complesso mix di prestazioni e interventi» necessari a garantire il soddisfacimento di un bisogno in maniera adeguata⁹⁴. Il carattere dell'*adeguatezza* della prestazione può essere descritto come «quella condizione che si realizza quando all'assistito, in relazione al suo bisogno, viene reso il servizio nel giusto ambito assistenziale (distrettuale, ecc.), con la tipologia/modalità adeguata (domiciliare, residenziale, ecc.), al momento giusto (subito, differito, ecc.), e nella giusta quantità (una prestazione resa in quantità non adeguata alle necessità è inefficace)»⁹⁵. La definizione del livello essenziale della prestazione richiede, infatti, che si faccia riferimento a standard qualitativi e quantitativi, intesi come forme di intervento idonee allo scopo di soddisfare il bisogno che deve essere tutelato.

Su di un piano strettamente organizzativo è necessario poi provvedere alla specificazione della struttura e del personale a cui fa capo la *responsabilità* dell'erogazione. In quest'ambito deve includersi altresì l'indicazione all'utenza degli strumenti che garantiscono la fruibilità e l'esigibilità del proprio diritto. Infine, strettamente correlata all'efficacia della prestazione assistenziale è la definizione di un sistema di monitoraggio dell'attività di erogazione, inclusa la necessità, eventuale, di rafforzare l'implementazione del livello essenziale attraverso standard più elevati⁹⁶. La prestazione, definita nei suoi contenuti, e quindi nel suo livello essenziale, rimanda allo schema tipico del diritto individuale: chiunque si trova in una condizione determinata, corrispondente alla fattispecie tipizzata, *ha diritto* a una prestazione che sia previamente stabilita, seppure in maniera elastica, tendenziale. Nondimeno, per superare il rischio di un appiattimento della tutela socio-assistenziale sullo strumento della *prestazione* e sulla fruizione individuale, a questo tipo di relazione sono state affiancate ulteriori, possibili declinazioni dei LIVEAS⁹⁷. Queste differenti tipologie devono essere intese in un rapporto di *implicazione reciproca*⁹⁸, in accordo con l'indirizzo prevalente, cui si è fatto cenno in precedenza, che qualifica l'intervento socio-assistenziale attraverso il riferimento a una concezione multidimensionale⁹⁹. Attraverso i LIVEAS si potrebbero quindi prevedere determinate *tipologie di offerta*, per cui si stabilisce che alcuni servizi siano fruibili presso ogni ambito territoriale in una misura percentualmente commisurata alla consistenza della popolazione. Questo tipo di LIVEAS assumerebbe la funzione di soddisfare finalità di prevenzione e promozione, e potrebbe caratterizzarsi nei termini di un diritto collettivo, o diffuso, la cui titolarità e legittimazione all'esercizio si estenderebbe dai singoli individui a gruppi di cittadini, o associazioni¹⁰⁰. Inoltre, i LIVEAS potrebbero assumere la forma di *standard qualitativi*, ovvero,

⁹⁴ Cfr. S. DANERI, *Federalismo fiscale e definizione dei Lep*, in *Studi Zancan. Politiche e servizi alle persone*, 3-4, 2009, 112.

⁹⁵ Cfr. F. PESARESI, *Descrizione del campo e declinazione dei livelli*, cit., 52.

⁹⁶ In merito alla specificazione dei contenuti della prestazione socio-assistenziale si veda E.R. ORTIGOSA, *Diritti sociali e livelli essenziali: una sintesi*, in E.R. ORTIGOSA (a cura di), *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni*, cit., 1 ss.

⁹⁷ Cfr. B. DA ROIT, *Livelli essenziali: stato del dibattito e proposte di sviluppo*, cit., 19.

⁹⁸ Così il rapporto *I livelli essenziali delle prestazioni sociali*, Roma, 2008, 16.

⁹⁹ A mero titolo esemplificativo si veda L. LEONE, *Livelli essenziali e concezione multidimensionale*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 13, 2006. L'autrice parla di *multidimensionalità strategica*, oltre a declinare con accezione parzialmente differente le varie tipologie di LIVEAS.

¹⁰⁰ Cfr. il rapporto, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali*, cit., 14.

parametri di riferimento per valutare l'adeguatezza del servizio erogato o dell'intervento realizzato¹⁰¹. Tramite i LIVEAS, infatti, si potrebbe imporre agli enti territoriali di attivare e gestire ricorsi interni, o quello di informare l'utenza sull'esperibilità del ricorso giurisdizionale¹⁰², o ancora quello di prevedere risarcimenti che coprono il costo sofferto dall'utente per reperire sul mercato la prestazione non ricevuta¹⁰³. A questo proposito, è stato anche proposto di tradurre in LIVEAS il criterio di compartecipazione degli utenti al costo delle prestazioni, ancorandolo a una misura che non può essere disattesa dagli enti erogatori. Il fine ultimo è quello di evitare che un contesto di scarsità di risorse possa tradursi in un'erogazione del cui finanziamento risulta onerato lo stesso beneficiario della prestazione.

Da una prospettiva diversa v'è chi, partendo dall'analisi dell'art. 22 della Legge quadro, mette in relazione *gli interventi* di cui al comma 2, con *le prestazioni* elencate al comma 4, al fine di proporre una griglia sulla base della quale gestire le esigenze di selettività e gradualità nella definizione dei LIVEAS¹⁰⁴. In quest'ottica, i primi sarebbero considerati come livelli essenziali di *risposta*, ovvero quei «contenuti quantitativi e qualitativi dei servizi e degli interventi che realizzano l'incontro tra bisogno e diritto»¹⁰⁵, mentre le seconde assumerebbero la funzione di «livelli essenziali di processo per l'accesso/valutazione professionale»¹⁰⁶.

8. Come avvicinarsi al traguardo dei LIVEAS?

Vi è ampia convergenza in dottrina sul fatto che l'introduzione dei LIVEAS, più che come singolo *evento*, debba connotarsi nei termini di un processo, all'interno del quale l'operazione di definizione assuma un carattere programmatico di tipo incrementale¹⁰⁷. A questa definizione sono infatti chiamati a partecipare non solo i vari livelli di governo coinvolti nel nuovo assetto costituzionale, bensì anche le parti sociali, così come sancito a suo tempo dalla legge quadro¹⁰⁸. Tra le proposte maggiormente sostenute vi è quella di chi suggerisce che i LIVEAS siano inizialmente definiti in maniera restrittiva, accompagnati

¹⁰¹ Cfr. L. GORI, *Applicare i livelli essenziali nel sociale*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 15-17, 2003.

¹⁰² A questo proposito, deve essere messo in rilievo che, da una parte, il bisogno meritevole di assistenza solitamente esige interventi da realizzarsi in un tempo estremamente conciso, quindi inconciliabile con i tempi processuali della giustizia amministrativa, che si ispirano, almeno in parte, a una necessaria ponderazione. Dall'altra, non può essere sottaciuto il fatto che la condizione di vulnerabilità e precarietà spesso vissuta da coloro i quali si trovano in situazione di bisogno fa sì che il ricorso giurisdizionale divenga un rimedio scarsamente attivabile. Tra l'altro, la sua inidoneità come strumento di tutela delle prerogative socio-assistenziali è dimostrata dall'esiguo numero di pronunce in merito, e dal fatto che queste ultime hanno avuto luogo, in prevalenza, a seguito di ricorsi promossi da associazioni di rappresentative di una categoria specifica. Su quest'ultimo punto cfr. A. GUALDANI, *Tutela ed obblighi delle istituzioni: perché i diritti siano esigibili*, cit., 35 ss.

¹⁰³ Così B. DA ROIT, *Livelli essenziali: stato del dibattito e proposte di sviluppo*, cit., 35.

¹⁰⁴ Tale prospettiva è ben rappresentata dalla riflessione di T. VECCHIATO, *Livelli essenziali di assistenza sociale*, in *Studi Zancan. Politiche e servizi alle persone*, 1, 2009, 77 ss.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Così C. GORI, *La definizione dei "livelli essenziali" delle prestazioni*, *Atti del convegno nazionale di studio "Le politiche di sostegno alle famiglie con figli. Il contesto e le proposte"*, del 6-7 ottobre 2006.

¹⁰⁸ Cfr. in particolare art. 1, co. 3, 4, e 6, Legge n. 328/2000. Il carattere necessariamente partecipato della definizione dei LIVEAS può essere inoltre desunto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di leale collaborazione tra livelli istituzionali. In merito si veda più diffusamente G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Padova, 2007, 24 ss.

tuttavia da «criteri di inclusione espliciti e omogenei», e purché se ne preveda una «progressiva estensione fino al livello ritenuto essenziale, con la contestuale espansione delle risorse impegnate e lo sviluppo dell'offerta»¹⁰⁹. L'opzione di una prima definizione in senso restrittivo presenterebbe tuttavia l'inconveniente di porre il legislatore statale dinnanzi alle censure della Corte costituzionale, la quale ha già affermato che in base al disposto di cui all'art. 117, c. 2, lett. m), il legislatore non può comprimere il godimento dei diritti sociali oltre il loro nucleo essenziale¹¹⁰. A questo proposito è stato opportunamente sottolineato che, in materia di diritti sociali, deve considerarsi come riferimento obbligato il richiamo ai principi della «pari dignità sociale» di tutti gli individui (art. 3, c. 1), e del «pieno sviluppo della persona umana», (art. 3, c. 2), principi dotati di una *vis expansiva* che, in quanto tale, mal si concilierebbe con una tutela di tipo restrittivo¹¹¹.

Tra le proposte che entrano realisticamente nella dimensione dell'operatività dei LIVEAS vi è quella che suggerisce di stimare il *fabbisogno meritevole di tutela*, correlando la domanda di servizi e prestazioni a parametri di epidemiologia, meccanismo già invalso per la determinazione dei livelli di assistenza sanitaria¹¹². Seguendo questa logica, si dovrebbe assegnare un valore economico a ogni prestazione socio-assistenziale al fine di determinare l'ammontare complessivo delle risorse necessarie a finanziare il costo dei LIVEAS¹¹³.

Un'altra prospettiva che trova ampio riscontro in dottrina è di quella di garantire i LIVEAS a partire dalle prestazioni che sono attualmente erogate dai servizi sociali¹¹⁴. La c.d. *fotografia dell'esistente*, ovvero, la «valutazione articolata e completa dei livelli attuali di assistenza realizzati dal sistema nazionale e dai sistemi locali dei servizi sociali»¹¹⁵ sarebbe necessaria ad allargare il tema della futura definizione dei LIVEAS, alla considerazione di esigenze legate allo sviluppo del sistema socio-assistenziale. Tra queste viene in rilievo la necessità di razionalizzazione e valorizzazione delle risorse per favorire «il miglioramento delle aree territoriali che presentano un livello attuale di assistenza inferiore e stimolando nel contempo le capacità innovative delle aree territoriali che presentano un livello di assistenza più favorevole». A questo proposito, uno strumento conoscitivo prezioso per accedere all'attuale

¹⁰⁹ Cfr. E.R. ORTIGOSA, *Diritti sociali e livelli essenziali: una sintesi*, cit., 8.

¹¹⁰ Si vedano in proposito le considerazioni già svolte in tema di *contenuto essenziale* della prestazione, unitamente al possibile utilizzo della formula dell'art. 117, c. 2, lett. m), da parte della Corte costituzionale come parametro di legittimità. Sul punto sono tuttavia da segnalare alcuni pronunciamenti della Corte in cui è dato ravvisare un *disimpegno* sulla questione della determinazione dei LIVEAS, in quanto questa sarebbe da considerare come una scelta squisitamente politica. In merito si veda diffusamente G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, cit., 35 ss.

¹¹¹ Così, fra gli altri, C. TUBERTINI, *Il sistema delle garanzie dei livelli essenziali delle prestazioni: situazione attuale e prospettive, alla luce della legge delega sul federalismo fiscale*, in *Federalismo fiscale: rivista di diritto ed economia*, 1, 2009, 168.

¹¹² La figura dei livelli essenziali è stata introdotta per la prima volta nell'ordinamento italiano con l'emanazione della legge n. 833 del 1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, ove si prevedeva che lo Stato «fissa i livelli delle prestazioni sanitarie, che devono essere, comunque, garantite a tutti i cittadini». Si veda art. 3, c. 2, legge 23 dicembre 1978, n. 833 "Istituzione del servizio sanitario nazionale".

¹¹³ Cfr. T. VECCHIATO, *Livelli essenziali di assistenza sociale*, cit., 84.

¹¹⁴ Tale prospettiva è efficacemente riassunta da C. RANCI, N. STAME, *Definire i livelli di assistenza*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 9, 2009, 4 ss.

¹¹⁵ Per i risultati di questa rilevazione si rinvia a P. DE FELICI, G. GIORGI, C. RANCI, N. STAME, (a cura di), *Definire i livelli essenziali delle prestazioni di assistenza*, 2009.

articolazione delle prestazioni socio-assistenziali erogate sul territorio nazionale è costituito dal “Nomenclatore Interregionale degli interventi e servizi sociali”, elaborato dal Centro Interregionale per i Sistemi informatici, geografici, e statistici, organo tecnico della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome¹¹⁶. Questo strumento è stato pensato al fine di ovviare all’elevata eterogeneità e frammentarietà degli interventi e servizi sociali erogati nel nostro paese, rendendo quindi possibile anche un raffronto su voci omogenee tra i diversi sistemi di assistenza regionali. Nell’ottica di una futura definizione dei LIVEAS, il Nomenclatore potrebbe assumere una valenza significativa dal momento che ha il pregio di fornire un *linguaggio comune* che può essere utilizzato sia a livello di coordinamento dai responsabili delle politiche sociali, sia a livello operativo da dirigenti dei servizi e operatori sociali.

9. Dai vecchi ai nuovi diritti: il rapporto tra le erogazioni monetarie e i LIVEAS

La scarsa uniformità terminologica della legge quadro nel designare i destinatari del “sistema integrato di servizi e interventi” ha messo in evidenza la discrepanza storica tra le prerogative ormai consolidate nel sistema di welfare italiano e quelle ancora *da consolidare*, ovvero, relative a prestazioni da erogare a un livello, almeno, *essenziale*¹¹⁷. Le prime corrispondono a quei diritti riconosciuti da norme statali che realizzano interventi settoriali di politica sociale, e consistono in trasferimenti monetari che lo Stato, o l’ente erogatore corrisponde ai rispettivi beneficiari. Le prerogative *in itinere* fanno invece capo ai diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio italiano tramite una determinazione che spetta al legislatore ordinario di adottare, e che, allo stato della normativa, restano *sulla carta*. Il nostro sistema socio-assistenziale si basa su una netta prevalenza di elargizioni monetarie rispetto all’erogazione di servizi volti a intervenire direttamente sulla condizione di bisogno, in un rapporto che è stato stimato in 1 a 9 sul totale della spesa per assistenza sociale¹¹⁸. Ciò implica che meno di un decimo delle risorse impiegate per l’assistenza sociale è destinato al finanziamento complessivo di interventi che dovrebbero essere garantiti attraverso i LIVEAS. A questo proposito, c’è una forte convergenza in dottrina sul fatto che, da una parte, la “monetarizzazione” dei servizi non sia sempre efficace dal momento che gli interventi diretti avrebbero una valenza equitativa superiore ai benefici ottenibili attraverso i primi¹¹⁹; dall’altra, e correlativamente, si è messo in rilievo come questa caratteristica del sistema socio-assistenziale nazionale comporti un’erosione ingiustificata di risorse che potrebbe essere allocata

¹¹⁶ In conformità ai criteri adottati dal “Sistema europeo delle statistiche integrate della protezione sociale” (ESSPROS), le prestazioni ricomprese in questa classificazione sono ripartite in tre aree. Nella prima vengono in considerazione gli interventi e i servizi messi in atto al domicilio dell’utente o comunque sul territorio di riferimento; nella seconda sono annoverate le erogazioni monetarie, mentre l’ultima categoria contiene gli interventi realizzati all’interno di centri e strutture residenziali, semiresidenziali, o diurne. L’ultima versione del Nomenclatore Interregionale (2013) può essere consultata al seguente indirizzo: <http://www.cisis.it/nomenclatore/nomenclatore13.pdf>.

¹¹⁷ Così B. DA ROIT, *Livelli essenziali: stato del dibattito e proposte di sviluppo*, cit. 30.

¹¹⁸ Cfr. T. VECCHIATO, *Se questo è welfare: una costituente per le politiche sociali*, Studi Zancan, 2, 2018, 8. Sul punto si rinvia anche alle interessanti riflessioni elaborate da Vecchiato con riferimento al welfare generativo, che rimanda alla nozione di azione a corrispettivo sociale, T. VECCHIATO, *La generatività come metodo*, in *Servitium*, 3, 227, 2016.

¹¹⁹ In questo senso, *ex multis*, E.R. ORTIGOSA, *I livelli essenziali delle prestazioni, tra erogazioni monetarie e servizi*, in *La Rivista delle Politiche Sociali*, 1, 2007, 61; T. VECCHIATO, *Se questo è welfare: una costituente per le politiche sociali*, cit.

in maniera da conseguire un impatto più significativo¹²⁰. Invero, in un contesto di scarsità di risorse, sembra inevitabile che il processo di definizione dei LIVEAS coinvolga il regime delle erogazioni monetarie, ridimensionando la sproporzione tra servizi/prestazioni ed erogazioni monetarie, la quale contribuisce a caratterizzare il nostro welfare alla stregua di un sistema «assistenzialistico, centralistico e burocratico»¹²¹. Bisogna rilevare, tuttavia, come un eventuale ridimensionamento di tali erogazioni metterebbe il legislatore dinanzi a questioni niente affatto semplici da risolvere. Nonostante la competenza in materia di assistenza sociale sia da ritenersi a tutti gli effetti regionalizzata, salvo che per la determinazione dei LIVEAS, i trasferimenti monetari operati con legge statale restano tutt'oggi in vigore per evidenti questioni di opportunità (politica), oltre che in virtù di un principio di continuità giuridica. Peraltro, eventuali modifiche al regime di queste erogazioni potrebbero innescare un conflitto di competenze tra Stato e Regioni, con il rischio che questi interventi si configurino come un'illegittima ingerenza del primo nella potestà normativa dei secondi. Pertanto, la sfida da affrontare è quella di un possibile coordinamento di queste prerogative, le uniche attualmente garantite in materia socio-assistenziale, con una futura, eventuale, definizione dei LIVEAS, senza che ciò si traduca in una riduzione dei livelli di tutela già assicurata¹²². In particolare, il rapporto fra consistenza delle erogazioni monetarie e la spesa per il finanziamento dei servizi deve essere ripensato in linea con la concezione di multidimensionalità dell'intervento in materia socio-assistenziale, attraverso la quale soltanto diviene possibile conciliare e integrare servizi diretti, indiretti, e trasferimenti monetari¹²³.

10. Conclusioni: il rischio politico della definizione dei LIVEAS

Nel corso del presente lavoro, si è messo in evidenza come gli interventi e i servizi socio-assistenziali disciplinati dalla legge quadro possano essere considerati alla stregua di *diritti soggettivi*, formalmente esigibili, ma non liquidabili in concreto a causa della mancata determinazione del loro contenuto, ovvero, di quel *livello essenziale* in corrispondenza al quale essi dovrebbero essere erogati. Si sono altresì espone le ragioni per le quali la definizione di questo livello essenziale dovrebbe assumere il carattere di un intervento organico nella materia socio-assistenziale. È indispensabile, infatti, dirimere alcuni nodi irrisolti, tra cui il rapporto tra consistenza dei trasferimenti monetari ed erogazione dei servizi, e la garanzia dell'assistenza a non residenti e stranieri¹²⁴. In dottrina si concorda nel ritenere che la previsione dell'art. 117. c. 2, lett. m), della Costituzione si ponga come *punto di equilibrio* tra l'istanza territoriale per il decentramento delle funzioni e competenze amministrative e l'esigenza di uniformità nella tutela dei diritti sociali, espressione del principio costituzionale di uguaglianza¹²⁵. A questo proposito, è stato affermato con efficacia che definire i livelli essenziali nel settore delle politiche sociali

¹²⁰ T. VECCHIATO, *Sussidi e redditi garantiti nel vuoto di politiche sociali*, in *Animazione sociale*, cit., 25.

¹²¹ Cfr. E. R. ORTIGOSA, "In tema di Lep", in *Prospettive sociali e sanitarie*, 1, 2005, 1.

¹²² Cfr. B. DA ROIT, *Livelli essenziali: stato del dibattito e proposte di sviluppo*, cit. 23.

¹²³ A mero titolo esemplificativo si vedano i contributi di T. VECCHIATO, *I livelli essenziali di assistenza nel federalismo fiscale*, in *Studi Zancan. Politiche e servizi alle persone*, 3-4, 2009, 4; G. GIORGI, E.R. ORTIGOSA, *Il federalismo fiscale: la vera posta in gioco*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 8-9, 2010, 2.

¹²⁴ Sul punto si rinvia all'analisi offerta da M. CALABRÒ, *Livelli essenziali delle prestazioni sociali e politiche pubbliche per l'integrazione*, in *Giustamm*, 16, 2019.

¹²⁵ Cfr. E.A. FERIOLO, *I diritti sociali tra decentramento e livelli essenziali*, cit., 4.

«non significa fornire strumenti per migliorare il sistema nazionale esistente, bensì decidere “quale” deve essere il sistema nazionale»¹²⁶. Appare evidente, infatti, che la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, e quindi la definizione dei LIVEAS, rappresenta la *chiave di volta*¹²⁷, ovvero, il punto di non ritorno per il passaggio da un modello di assistenza residuale basato sulla logica della limitazione e programmazione dell’offerta, a un modello universalistico e promozionale dove la tutela è calibrata all’effettivo bisogno della popolazione¹²⁸.

Il *rischio politico* che si cela dietro alla mancata definizione dei LIVEAS è quello di non poter (o non voler) sostenere questo mutamento radicale nel sistema di tutela assistenziale italiano. Questo rischio è ben rappresentato dalla prevalenza di un *approccio redistributivo* nel dibattito istituzionale sui LIVEAS, ovvero, un tipo di approccio che ne prospetta la definizione nell’ottica di una più efficiente allocazione e redistribuzione delle risorse già impegnate nel settore dell’assistenza sociale¹²⁹. Tutto ciò conferma la percezione che il nostro ordinamento giuridico sia ancora lontano dal conoscere i LIVEAS come diritti quantificabili dagli operatori dei servizi, esigibili dai cittadini, e giustiziabili da parte degli organi giudiziari, percezione aggravata dalla contingente situazione economica e politica del nostro paese, che porta a continui rimaneggiamenti della spesa per le politiche sociali, in nome del rigore dei conti pubblici.

¹²⁶ Cfr. G. GIORGI, E.R. ORTIGOSA, *Il federalismo fiscale: la vera posta in gioco*, cit., 49.

¹²⁷ Così L. TORCHIA, *Welfare, diritti sociali e federalismo*, in *Atti del Convegno “Verso nuove forme di Welfare”*, Stresa, 26-27 aprile 2002.

¹²⁸ Cfr. B. DA ROIT, *Livelli essenziali: stato del dibattito e proposte di sviluppo*, cit., 17, che parla di sovvertimento dell’attuale sistema di finanziamento ed erogazione.

¹²⁹ *Ivi*, 22.

Vaccini obbligatori e ruolo del diritto. Un tentativo di (ri)composizione della materia partendo dalla più recente giurisprudenza costituzionale*

Lucia Scaffardi, Giulia Formici**

MANDATORY VACCINATIONS AND THE ROLE OF THE LAW. AN ATTEMPT TO (RE)COMPOSE THE TOPIC STARTING FROM THE RECENT CONSTITUTIONAL COURT JUDGEMENTS

ABSTRACT: Science-based laws are more and more common, due to the scientific and technical progress. This phenomenon imposes to (re)think the role of the legislator as well as the judge. The law establishing mandatory vaccinations is one example of this complex debate: starting from the important decision n. 5/2018 of the Constitutional Court, this paper aims at analyzing the different and challenging issues connected to the regulation of mandatory vaccinations, concerning the balance between individual and collective dimension of the right to health, the competence of Regions but also the importance of science-based data in the legislative and judicial process.

KEYWORDS: Vaccines; nudge; right to health; solidarity; science

SOMMARIO: 1. Regolamentazione del trattamento vaccinale e sfide giuridiche: uno sguardo d'insieme – 1.1. Limiti e presupposti dell'intervento normativo in ambito vaccinale: breve ricostruzione dei principi costituzionali di riferimento – 1.2. Alcune preliminari coordinate sui complessi rapporti tra scienza, legislatore, giudice e società civile – 2. La nuova normativa in materia di vaccini al vaglio dei giudici costituzionali tra passato e presente – 2.1. L'ultima tappa di una complessa evoluzione normativa: un ritorno all'obbligatorietà – 2.2. La sentenza n. 5/2018: un'analisi delle molteplici questioni affrontate dalla Corte costituzionale – 3. La situazione successiva alla decisione n. 5/2018 e il delicato rapporto scienza-diritto – 3.1. Gli ulteriori interventi della Corte costituzionale in materia di vaccinazioni obbligatorie: gli interrogativi ancora aperti – 3.2. Le proposte legislative al vaglio del Parlamento: verso un cambio di paradigma? – 3.3. Osservazioni conclusive su una questione complessa

* Il presente testo è frutto di una rielaborazione del contributo presentato in occasione del IV Observatorio Internacional de Derechos Humanos, V Jornada, dal titolo "Los 70 años de la más bella del mundo. Estudio de la jurisprudencia constitucional italiana n materia de derechos fundamentales", organizzato il 22-23 novembre 2018 a Saltillo (Messico) dal Centro de Estudios Constitucionales Comparados de la Academia Interamericana de Derechos Humanos. Nell'ambito di una riflessione comune, i paragrafi 1; 1.1.; 1.2 e 3; 3.1; 3.2; 3.3 sono stati scritti da Giulia Formici e i paragrafi 2; 2.1 e 2.2 da Lucia Scaffardi.

** Lucia Scaffardi, Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Parma. Mail: lucia.scaffardi@unipr.it; Giulia Formici, Dottoranda in Diritto Pubblico, Internazionale ed Europeo, Università degli Studi di Milano. Mail: giulia.formici@unimi.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.



1. Regolamentazione del trattamento vaccinale e sfide giuridiche: uno sguardo d'insieme

Il decreto legge 7 giugno 2017 n. 73, convertito con alcune sensibili modifiche nella legge 31 luglio 2017 n. 119, ha riaperto negli scorsi anni una complessa quanto delicata questione: la regolamentazione della prevenzione vaccinale ed i suoi limiti.

La scelta del Governo prima, e del Parlamento poi, di passare da un approccio di c.d. “nudge”¹ ad una (ri)affermazione dell’obbligatorietà delle vaccinazioni ha scatenato forti reazioni, ancora oggi non del tutto sopite, tanto nella società civile quanto nel mondo politico, con inevitabili ampie ricadute a livello regionale². I dubbi circa la legittimità della normativa statale, attinenti sia al profilo formale sia a quello sostanziale, con particolare riferimento alla proporzionalità e ragionevolezza del carattere impositivo del trattamento sanitario, sono sfociati nel rilevante intervento della Corte costituzionale, pronunciata con la nota sentenza n. 5/2018, su ricorso per via d’azione della Regione Veneto. Successivamente, la stessa Corte ha avuto modo di tornare su alcuni specifici aspetti di tale articolata questione con due decisioni, le n. 137/2019 e n. 186/2019, adottate a poca distanza l’una dall’altra, confermando e puntualizzando quanto già in precedenza affermato. Accanto alle molteplici richieste di intervento rivolte al giudice costituzionale³ sono ancora oggi in corso di esame nella Commissione Igiene e Sanità del Parlamento i disegni di legge n. 363 e 770 presentati nel 2018 al Senato, entrambi volti all’introduzione

¹ Il significato delle cd. tecniche di “nudging”, letteralmente “spinta gentile” o “pungolo”, applicate alle strategie di intervento dei pubblici poteri è ampiamente analizzato nel noto libro di C. SUNSTEIN e R. THALER, *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*, Yale, 2008. Sinteticamente, «la *nudge regulation* aspira a guidare le condotte dei consociati senza imporre divieti o obblighi bensì definendo opzioni di comportamento che siano maggiormente suscettibili di essere scelte tenendo in considerazione l’irrazionalità dei *cognitive biases* (errori cognitivi), sì da promuovere determinati comportamenti ritenuti (dallo stesso regolatore) desiderabili, preservando al contempo la scelta individuale. Nella concezione dei due autori, il *nudge* costituisce una forma di intervento ispirata al “paternalismo libertario”: libertario perché gli individui sono lasciati liberi di decidere nel modo in cui ritengono più opportuno; tuttavia allo stesso tempo, si tratta di un approccio paternalistico, poiché i poteri pubblici quali architetti delle scelte cercano di indirizzare le decisioni dei singoli», G. TIBERI, *Governare con ‘spinte gentili’? Quando le scienze comportamentali incontrano la regolazione*, in G. GRASSO (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica. Atti del Convegno Annuale del Gruppo di Pisa*, Napoli, 2016, 299. Per ulteriori approfondimenti sul *nudging* nel mondo del diritto, si rimanda anche a: A. SIBONY, A. ALEMANNI (a cura di), *Nudge and the law: a European perspective*, Torino, 2015.

² Come si vedrà più approfonditamente in seguito, il riparto delle competenze nell’ambito della regolamentazione dei trattamenti vaccinali è stato più volte oggetto di pronunce della Corte costituzionale italiana ed è tema da lungo tempo affrontato in sede dottrinale. Tra i molti, si richiamano sin d’ora: D. MESSINEO, *Problemi in tema di discipline regionali sui trattamenti sanitari: il caso dei vaccini*, in *Le Regioni*, 2, 2009, 331-358; P. D’ONOFRIO, *Obbligo vaccinale ed intervento delle Regioni*, in *Federalismi.it – Osservatorio di diritto sanitario*, 5 aprile 2017; C. PINELLI, *L’obbligo di vaccinazioni tra Stato e Regioni*, in *Diritto e salute*, 2, 2018.

³ Si segnala, in aggiunta a quanto già richiamato nel corpo del testo, il recente e ulteriore rinvio alla Corte costituzionale promosso in data 11 ottobre 2019 dalla Corte di Cassazione, Sezione Lavoro (R.G. n. 1880/2017) per un aspetto strettamente connesso al trattamento vaccinale e alla sua disciplina, da individuarsi nel diritto all’indennizzo. Il giudice del rinvio ha infatti considerato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale attinente all’art. 1, co. 1, della legge n. 210/1992 (recante disposizioni in materia di indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie o trasfusioni), nella parte in cui non si prevede «che il diritto all’indennizzo, istituito e regolato dalla stessa legge e alle condizioni ivi previste, spetti anche ai soggetti che abbiano subito lesioni e/o infermità, da cui siano derivati danni irreversibili all’integrità psico-fisica, per essere stati sottoposti a vaccinazione non obbligatoria, ma raccomandata, anti epatite A».



di nuove misure in materia di prevenzione vaccinale in netta rottura rispetto alla normativa vigente. Essi sono dimostrazione di un dibattito politico ampiamente aperto, che riflette le numerose problematiche ancora connesse a tale disciplina, quali le difficoltà riscontrate nella fase attuativa della discussa legge del 2017⁴ ma anche le differenti reazioni dell'opinione pubblica⁵.

1.1. Limiti e presupposti dell'intervento normativo in ambito vaccinale: breve ricostruzione dei principi costituzionali di riferimento

Il composito scenario normativo, brevemente proposto, impone sin da subito alcune riflessioni finalizzate a tratteggiare un preliminare inquadramento dei principi costituzionali coinvolti nella regolamen-

⁴ Si pensi, a titolo di esempio, alla situazione complessa, se non per certi versi addirittura confusa, scaturita all'indomani dell'inizio dell'anno scolastico 2018/2019 e causata da una Circolare del Ministero della Salute (5 luglio 2018): con tale provvedimento, infatti, veniva stabilita la possibilità di frequentare le istituzioni «del sistema nazionale d'istruzione, dei servizi educativi per l'infanzia, centri di formazione professionale regionale e scuole private non paritarie dietro presentazione, entro il 10 luglio 2018, da parte dei genitori (tutori o affidatari) di una dichiarazione sostitutiva che attesti l'effettiva somministrazione delle vaccinazioni o la richiesta di prenotazione delle vaccinazioni non ancora eseguite, che sia stata effettuata posteriormente al 10 giugno 2018». La possibilità di presentare un'autocertificazione ha comportato una maggiore flessibilità, invero da molti contestata, rispetto a quanto stabilito dalla normativa già richiamata del 2017 che, come si vedrà approfonditamente in seguito, introduceva invece in capo ai genitori l'onere di presentare la documentazione comprovante l'assolvimento degli obblighi vaccinali, pena la non ammissione alla frequenza scolastica, senza prevedere dunque la possibilità di adempiere a tale onere mediante semplice autocertificazione. La conferma di tale strumento e, dunque, di quanto affermato nella Circolare ministeriale sopra indicata, è giunta con il cd. Decreto Milleproroghe approvato il 20 settembre 2018 che ha concesso il ricorso a tale strumento di attestazione sino al 10 marzo 2019, termine entro il quale i genitori dovevano presentare le debite dichiarazioni rilasciate dai medici. A questo – quantomeno iniziale – “depotenziamento” della normativa vigente si sommano altri ritardi nella sua attuazione, da rinvenirsi ad esempio nella tardiva istituzione non solo dell'Anagrafe Nazionale Vaccini ma anche, in talune Regioni, dell'anagrafe vaccinale. Solo a decorrere dall'anno scolastico 2019/2020 sono state inoltre applicate le “misure di semplificazione” degli adempimenti vaccinali che prevedono in capo alle ASL l'onere di trasmettere alle scuole le informazioni raccolte nelle anagrafi vaccinali digitali.

⁵ Secondo quanto rilevato dai proponenti dei disegni di legge richiamati, «l'aumento delle coperture immunitarie con il conseguente declino dell'incidenza di malattie prevenibili da vaccino ha spostato l'attenzione dell'opinione pubblica dai benefici delle vaccinazioni alla preoccupazione per la loro sicurezza; [...] a contribuire all'esitazione potrebbero esserci diversi fattori, per esempio barriere organizzative o strutturali; orari di apertura degli ambulatori o difficoltà nel prenotare le visite ma anche declino della fiducia nei confronti della sicurezza dei vaccini e timore per le reazioni avverse. Proprio per la rilevanza di questo fenomeno, nel 2012 lo Strategic Advisory Group of Experts (Sage) on Immunization dell'Organizzazione Mondiale della Sanità ha creato un gruppo di lavoro specifico sul tema che ha formulato una definizione dell'esitazione vaccinale come un ritardo nell'adesione o come rifiuto della vaccinazione, nonostante la disponibilità di servizi vaccinali; i rari effetti avversi che si registrano dopo l'immunizzazione attraggono enorme attenzione da parte dei media e dell'opinione pubblica, sebbene tali effetti avversi siano spesso solo temporalmente associati alla vaccinazione e non attribuibili al vaccino in un rapporto causa-effetto; [...] la grande pubblicità che si fa a tali effetti avversi non correlati al vaccino rischia di creare sfiducia nella comunità con conseguente abbandono della pratica di immunizzazione. La recente epidemia di morbillo in Europa per esempio è stata attribuita alla disinformazione riguardo agli effetti avversi in seguito a vaccinazione (Muscat M., *Who Get Measles in Europe?*, *Journal of infectious Dis.* 2011:1899 335-365)», così si legge nella scheda della discussione in sede di Commissione Igiene e Sanità, con riferimento ai disegni di legge in materia di prevenzione vaccinale attualmente al vaglio del Parlamento (doc. G/770/1/12).

tazione del trattamento vaccinale e che rappresentano imprescindibile punto di partenza per comprendere l'evoluzione della disciplina, le scelte del legislatore, nonché le decisioni del Giudice delle leggi.

In un simile complesso contesto il primo profilo da considerare è certamente quello relativo al diritto alla salute nella sua duplice dimensione individuale e collettiva, come ben emerge dal dettato stesso dell'art. 32 Cost⁶. È in tale disposizione che troviamo infatti riconosciuta la tutela della salute non solo come diritto fondamentale dell'individuo, da cui consegue il necessario carattere volontario dei trattamenti sanitari cui ognuno decide di sottoporsi⁷, ma anche come interesse della collettività e dunque inteso nella sua accezione "altruistica", che si traduce nella possibilità di sacrificare talvolta la libertà di autodeterminazione individuale nelle scelte inerenti alle cure sanitarie – e di conseguenza l'autonomia del singolo – allo scopo solidaristico di proteggere la salute della società nel suo complesso. Del resto, la Corte costituzionale ha affermato ormai da tempo⁸ la compatibilità rispetto all'art. 32 Cost. di

⁶ La letteratura giuridica in tema è particolarmente ampia. Senza pretesa di completezza si vedano, oltre a quanto citato nelle note su temi specifici riportati oltre: L. CARLASSARE, *L'art. 32 Cost. e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, Vicenza, 1967; C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti*, Milano, 1972, 433 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32*, in *Commentario della Costituzione Branca*, Bologna, 1976; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e Società*, 1980, 875 ss.; R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti "sanitari"*, in *Diritto e Società*, 1981, 536 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, I, 1983, 21 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e Società*, 1984; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, 1995; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998; C. BOTTARI, *Il diritto alla tutela della salute*, in P. RIDOLA, R. NANIA (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, Torino, 2001; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, Milano, 2002. Della sterminata dottrina in tema di trattamenti sanitari, si veda anche B. CARAVITA, *Art. 32*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 215 ss.; L. MEZZETTI, A. ZAMA, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XV, Torino, 1999, 337 ss.; E. CAVASINO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, VI, 2006, 5961 ss.; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, M. OLIVETTI, A. CELOTTO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006; G. SCACCIA, *Art. 32*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. I, Bologna, 2018.

⁷ Sotto tale profilo, il diritto alla salute viene dunque letto nella prospettiva "individualistica-libertaria" (per usare le parole di A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2016) e della libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche, che trova però il suo limite sia nella dimensione "collettiva", sia nella espressa possibilità di specifiche disposizioni di legge che prevedano trattamenti sanitari obbligatori. Con riferimento a questi ultimi si rimanda, tra i molti e in aggiunta a quanto già citato, a S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Diritto e Società*, 1979; L. MEZZETTI, *Trattamenti sanitari obbligatori*, Torino, 1999; e più recentemente: A. NEGRONI, *Sul concetto di "trattamento sanitario obbligatorio"*, in *Rivista AIC*, 4, 2017. Per una analisi specifica delle principali pronunce della Corte costituzionale relative all'art. 32 Cost., si legga: M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2012.

⁸ Si fa ad esempio riferimento alla sentenza n. 307/1990, nella quale la Corte costituzionale era stata chiamata a pronunciarsi proprio sulla legittimità costituzionale della legge n. 51, 4 febbraio 1966 (Obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica), in particolare con riferimento alla mancata previsione di un sistema di indennizzo o di provvidenze precauzionali o assistenziali per i danni all'integrità fisica derivanti dalla vaccinazione stessa. Altra decisione in tal senso è la n. 258/1994, avente ad oggetto la legge n. 165, 27 maggio 1991, sull'obbligatorietà della vaccinazione contro l'epatite virale B, nella quale il Giudice delle leggi si è pronunciato sulla legittimità costituzionale di tale norma dinanzi alla omessa previsione, denunciata dal giudice a quo, di idonei accertamenti preventivi volti a ridurre il rischio di lesioni dell'integrità psico-fisica per complicanze da vaccino. In questa decisione la Corte ha ribadito infatti come il "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

un trattamento sanitario obbligatorio che, pur comprimendo il profilo individuale del diritto alla salute, risulta motivato e giustificato dall'esigenza di preservare e tutelare la salute degli altri consociati. Le due dimensioni di tale diritto però non possano essere lette disgiuntamente, in inconciliabile opposizione, ma debbano al contrario essere bilanciate adeguatamente: l'imposizione di un trattamento, infatti, deve comunque considerare il limite del rispetto della persona umana (art. 32, co. 2, Cost.) e ciò si concretizza nel fatto che l'incidenza negativa sulla sfera individuale va limitata a quelle sole conseguenze che «per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili. Con riferimento, invece, all'ipotesi di ulteriore danno alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio - ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica - il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività non è da solo sufficiente a giustificare la misura sanitaria. Tale rilievo esige che in nome di esso, e quindi della solidarietà verso gli altri, ciascuno possa essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario, anche se questo importi un rischio specifico, ma non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri»⁹. In ottica di tale bilanciamento, inoltre, affinché la normativa che introduce un trattamento obbligatorio sia legittima e conforme all'art. 32 Cost., deve essere previsto il riconoscimento di una adeguata protezione del soggetto passivo stesso in caso di danni riportati a seguito e conseguentemente al trattamento sanitario imposto; tale protezione si concretizza in un equo ristoro del danno patito, «a carico della collettività, e per essa, dello Stato»¹⁰, riflesso di quella coesistenza tra dimensione individuale e collettiva della disciplina costituzionale della salute che «lega il singolo alla collettività ma anche la collettività al singolo»¹¹.

Emerge dunque con evidenza quella forte «interdipendenza fra diritti e doveri»¹² propria del diritto alla salute e che assume un rilievo ancora più significativo nell'ambito dei trattamenti preventivi di profilassi, quali i vaccini. Per questi ultimi, infatti, la visione solidaristica si manifesta con chiarezza nella necessità di garantire la c.d. "immunità di gregge", ovvero la protezione di quei soggetti che per particolari ragioni mediche non possono accedere a tale terapia preventiva¹³. La peculiarità e delicatezza

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)".

⁹ Sentenza n. 307/1990.

¹⁰ Sentenza n. 307/1990. Quello dell'indennizzo dunque è uno dei tre elementi individuati dalla pronuncia del 1990, volti a rendere il trattamento obbligatorio legittimo.

¹¹ Corte costituzionale, sent. n. 118 del 1996. Con specifico riferimento all'indennizzo nel caso di menomazioni irreversibili conseguenti alla sottoposizione a trattamento vaccinale, tale diritto di ricevere un equo ristoro, che prescinde dalla colpa, deriva «dall'inderogabile dovere di solidarietà che, in questi casi, incombe sull'intera collettività» che beneficia della copertura vaccinale del singolo individuo sottoposto al trattamento stesso. Questo perché «in nome del dovere di solidarietà verso gli altri è possibile che chi ha da essere sottoposto al trattamento sanitario sia privato della facoltà di decidere liberamente. Ma nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri», par. 5 della medesima pronuncia.

¹² Così M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2, 2017, 482.

¹³ L'immunità di gregge – o di popolazione – consente di limitare il verificarsi di episodi epidemici e di proteggere indirettamente anche i soggetti che, per motivi di salute, non possono essere soggetti a trattamento vaccinale. La soglia di copertura vaccinale stabilita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (d'ora in poi OMS) come necessaria al fine di garantire l'immunità di gregge è individuata al 95% della popolazione. Come si vedrà in seguito,

del trattamento vaccinale è dunque rappresentata dalla forte correlazione sussistente tra decisioni dell'individuo e salute del resto della società: la sottoposizione del singolo alla somministrazione del vaccino si giustifica «non solo o tanto in nome della tutela della salute del vaccinando, quanto per i rischi derivanti alla collettività dalla mancata immunizzazione dei singoli, e pertanto dal rischio di contagio, particolarmente grave per i soggetti più esposti»¹⁴. Così, in questo contesto specifico, la complessa duplice tensione propria del diritto alla salute necessita di trovare una definizione e composizione capace poi di riflettersi nella fondamentale determinazione dei limiti e della natura dell'intervento dei poteri pubblici: tale azione si può concretizzare in scelte normative e politiche di tipo paternalistico, caratterizzate cioè da interventi volti a sensibilizzare, informare, raccomandare e consigliare i consociati, senza dunque risultare in un obbligo (*nudge regulation*), oppure, contrariamente, può propendere verso l'imposizione di un certo comportamento o astensione, pena rilevanti sanzioni, come recentemente previsto in materia di vaccini. In quest'ultimo caso, la decisione di prevedere un trattamento preventivo di carattere obbligatorio presuppone una valutazione da parte del legislatore del complesso rapporto tra interessi collettivi ed individuali, «al limite di quelle che sono state denominate “scelte tragiche” del diritto»¹⁵: una scelta cioè che viene assunta per il raggiungimento di un bene comune (l'eliminazione di malattie debellabili mediante vaccinazioni), che comporta però l'assunzione del rischio – benché esiguo – di un male individuale (un danno subito dal singolo sottoposto al trattamento), pur corretto dalla previsione di indennizzo ed equo ristoro. L'elemento “tragico” dunque sta nel fatto che «sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri»¹⁶.

L'importanza e la delicatezza, ma anche le problematiche e criticità derivanti da decisioni in ambito vaccinale ad opera del legislatore non sono però unicamente ricollegabili alla “doppia natura” del diritto alla salute. Un ulteriore profilo sul piano costituzionale, rispetto al quale peraltro anche il Giudice delle leggi è stato chiamato recentemente a pronunciarsi, è quello attinente al riparto di competenze tra Stato e Regioni, sulla base di quanto disposto dall'art. 117, Cost. Inevitabilmente risentendo della natura peculiare del trattamento sanitario in questione e delle esigenze di raggiungimento dell'immunità di gregge sull'intero territorio nazionale, la difficoltà di attribuire con chiarezza la competenza legislativa al livello centrale o a quello decentrato è dettata dal fatto che le normative che disciplinano il trattamento vaccinale intersecano materie sottoposte a diversi regimi competenziali. Tali legislazioni presentano spesso un oggetto ad imputazione multipla¹⁷, essendo riconducibili sia al co. 2 che al co. 3 dell'art. 117 Cost.: è competenza concorrente l'ambito della tutela della salute (co. 3) – entro cui rientrano peraltro le disposizioni in materia di organizzazione e funzionamento dei servizi sanitari regionali –, rispetto al quale quindi la determinazione dei principi fondamentali è riservata allo Stato; mentre

tale dato risulta di fondamentale importanza per comprendere le scelte del legislatore e del giudice italiano in materia.

¹⁴ M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di diritto costituzionale su un tema dominato dalle evidenze scientifiche*, in *BioLaw Journal*, 2, 2019, 542.

¹⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 118, 1996.

¹⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 118, 1996.

¹⁷ Così F. PASSANATI, *Riflessioni sugli obblighi vaccinali, tra esigenze di unitarietà e ridotti spazi per le Regioni*, in *Consulta Online*, 2, 2018, 480, che riprende sul punto la definizione fornita da A. D'ATENA, *Diritto regionale*, III ed., Torino, 157.

sono esclusiva prerogativa statale la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (co. 2, lett. m) e la profilassi internazionale (co. 2, lett. m)¹⁸. A ciò è da aggiungere poi come la regolamentazione del trattamento vaccinale incida anche su altre materie, quali l'istruzione – disponendo misure relative alla iscrizione ed adempimenti scolastici – che rientra tra le competenze concorrenti. Come si avrà modo di vedere in seguito, la complessità della evoluzione normativa in materia di vaccinazioni, lo stratificarsi di fonti differenti e l'adozione da parte di talune Regioni di disposizioni specifiche e derogatorie della disciplina nazionale, hanno creato una situazione piuttosto confusa anche sul fronte della competenza¹⁹, rispetto alla quale la Corte costituzionale, nella già richiamata decisione della n. 5/2018, ha avuto modo di pronunciarsi con chiarezza.

1.2. Alcune preliminari coordinate sui complessi rapporti tra scienza, legislatore, giudice e società civile

Le questioni sopra analizzate, che interessano il diritto alla salute nella sua duplice dimensione individuale e collettiva, nonché il riparto di competenze Stato-Regioni, non possono essere lette disgiuntamente da altri aspetti, anche non strettamente giuridici, che incidono sulla disciplina del trattamento vaccinale, sulle scelte del legislatore e sulle valutazioni dei giudici.

In primis, l'importante ruolo rivestito dalle considerazioni tecniche e medico-scientifiche: sempre più spesso, infatti, la legge non può prescindere dall'apporto della scienza in ambiti fortemente tecnici o *science-based*²⁰ quali quello del biodiritto e della salute (pensiamo a temi quali il fine vita, la procreazione medicalmente assistita o l'aborto, che comportano anche analisi di tipo tecnico, oltre che etico e giuridico) o ancora della sicurezza alimentare (Organismi Geneticamente Modificati o *Novel Food*)²¹. In tutti questi campi le considerazioni mediche sui rischi per la salute dell'uomo, dell'animale e per l'ambiente si intrecciano inscindibilmente con scelte di carattere giuridico che, a loro volta e non senza difficoltà, non possono astrarre dal contenuto "tecnico"²². Tale intricata relazione scienza-diritto, se

¹⁸ Sul punto si rimanda più ampiamente a G. CARPANI, D. MORANA, *Le competenze legislative in materia di 'tutela della salute'*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013.

¹⁹ A questi rilievi, più prettamente legati al riparto delle competenze tra Stato e Regioni, sono da aggiungersi i dubbi circa la natura assoluta o relativa della riserva di legge disposta dall'art. 32, co. 2, relativamente ai trattamenti sanitari obbligatori. Sul punto si richiama nuovamente F. PASSANATI, *Riflessioni sugli obblighi vaccinali, tra esigenze di unitarietà e ridotti spazi per le Regioni*, che ricostruisce a p. 476 l'ampio dibattito dottrinale sul tema.

²⁰ «Le norme che regolano attività e prodotti della scienza, l'intervento giuridico che utilizza un background di conoscenze specialistiche, i concetti e le qualificazioni giuridiche la cui definizione dipende da nozioni scientifiche, sono ormai sparse in ogni branca dell'ordinamento», come rilevato da M. TALLACHINI, *La costruzione giuridica dei rischi e la partecipazione del pubblico alle decisioni science-based*, in G. COMADÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, 339.

²¹ Sul punto si richiamano le considerazioni di T. GIOVANNETTI, *Biotecnologie e sicurezza alimentare: la tutela della salute del consumatore tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia della Comunità europea*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 325-343.

²² Si legga in tal senso E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2015. Questo rapporto di commistione tra scienza e diritto, più volte oggetto di attenzione da parte del Giudice delle leggi, si presenta con forza anche nell'ambito delle nuove tecnologie: il legislatore, infatti, non può regolare ambiti fortemente "tecnicizzati" quali l'intelligenza artificiale, l'uso di algoritmi e di sistemi predittivi nonché le operazioni di raccolta e conservazione di enormi moli di dati senza prima considerarne gli aspetti più prettamente tecnici

certamente ormai inevitabile, mostra tutte le criticità di una già difficile convivenza, soprattutto nelle zone grigie della conoscenza, nei campi cioè in cui il sapere scientifico non raggiunge una posizione unitaria²³; è in questi “coni d’ombra” che la scelta del legislatore di abbracciare l’una o l’altra corrente diviene più insidiosa e spesso origine di contestazioni e profondi scontri. Sebbene questo non sia il caso dei vaccini, che vedono la quasi totalità della comunità scientifica concorde sulla loro efficacia e sicurezza, le incertezze delle conoscenze nel campo tecnico-scientifico e medico²⁴ mettono in luce una forma di sapere che, per sua natura, assume un carattere dinamico, in continuo aggiornamento e sviluppo, ammettendo correnti diverse che possono talvolta essere smentite, screditate e superate. Tradurre queste caratteristiche nel linguaggio normativo, che è invece *per sé* statico e non soggetto a flessibilità o subitaneo mutamento²⁵, è la vera nuova sfida che il mondo del diritto si trova ad affrontare²⁶ e che impone di ripensare tanto gli strumenti del legislatore e il suo modo di operare quanto il linguaggio e il ruolo del giudice.

Se proprio questo rilevante aspetto dell’incidenza della scienza nel panorama giuridico emergerà con evidenza nella regolamentazione del trattamento vaccinale, su quest’ultima influiranno con altrettanta forza ulteriori elementi, più sociali che prettamente giuridici: le cause della cd. esitazione vaccinale e l’impatto che i mezzi di comunicazione di massa hanno e hanno avuto nella diffusione di conoscenze tecnico-scientifiche nella società civile. Sebbene non si voglia in questa sede affrontare tale vasta e complessa tematica, oggetto di ampio studio e attualissimo dibattito, essa merita purtuttavia di essere accennata, soprattutto per i risvolti e le conseguenze che mostra di avere anche sul piano del diritto. Le decisioni dei legislatori fondate su valutazioni tecniche, assumendo una posizione interposta tra scienza e società – comprendendo cioè al loro interno elementi scientifici e riflettendoli sui consociati –, si trovano oggi a scontrarsi con le serie problematiche derivanti dai rischi che i nuovi mezzi di informazione pongono in essere, in particolare rispetto alla divulgazione del sapere scientifico, che incidono sull’efficacia della scelta normativa, della sua attuazione e della reazione nella società. Accanto ad un

ed operativi, indispensabili per valutare rischi e pericoli per gli interessi coinvolti e al fine di effettuare un corretto bilanciamento tra i diversi diritti in gioco. Solo considerando il *risk assessment* di esperti informatici è ad esempio possibile individuare le misure normative idonee a meglio tutelare il diritto alla riservatezza o alla protezione dei dati. Ciò appare evidente anche in un altro ambito estremamente delicato e, in questo frangente storico, al centro dell’attenzione dell’opinione pubblica: la tutela dell’ambiente. In tale contesto risulta infatti chiaro quanto le decisioni di Parlamenti e Corti abbiano e debbano avere alla loro base valutazioni di impatto ambientale fondate su studi scientifici e statistici.

²³ Gli Organismi Geneticamente Modificati, il loro impatto sull’ambiente e sulla salute del consumatore, sono probabilmente un esempio rilevante di incertezza scientifica, quanto meno in una prima fase degli studi.

²⁴ Sul punto si richiama M. TALLACHINI, *La costruzione giuridica dei rischi e la partecipazione del pubblico alle decisioni science-based*, op. cit., ma anche G. RAGONE, *Scienza e diritto nell’argomentazione della Corte costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2015, 26.

²⁵ Il procedimento legislativo infatti richiede spesso un lungo e talvolta travagliato processo, sebbene sotto il versante della giurisprudenza si colga spesso una maggiore rapidità nel recepire i cambiamenti così come l’esigenza di adattamenti della fissità della legge.

²⁶ «Dinnanzi all’incertezza scientifica, non appare più sicuro il diritto, troppo lento nei suoi meccanismi conoscitivi e di adeguamento in rapporto alle accelerazioni della conoscenza scientifica e delle applicazioni tecnologiche, e soprattutto in difficoltà a mediare non solo tra le acquisizioni scientifiche e le posizioni sociali e politiche, quanto – all’interno di queste – tra i diversi modelli etici, religiosi, ideologici di riferimento», A. D’ALLOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in A. D’ALLOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, op. cit., X-XXVII.

processo di “democratizzazione” della scienza, più o meno auspicabile e positivo²⁷, che ha portato il sapere tecnico ad estendersi, anche mediante l’uso dei *social media*, al di fuori dei laboratori e dei dipartimenti di ricerca, si registra la più semplice e rapida diffusione di informazioni scorrette, spesso prive di fondamento e smentite dagli esperti. Il moltiplicarsi di prospettive, fonti e punti di vista – non sempre attendibili – in ambiti *science based*, se intrecciati a considerazioni etiche, ideologiche e sociali, possono infatti portare – e in alcuni casi hanno portato – a minare la credibilità e validità della scienza stessa, provocando profonde spaccature nella percezione e opinione della società. Questo è dovuto certamente da un lato ad una “crisi” della comunicazione scientifica²⁸, che fatica a dialogare efficacemente e comprensibilmente con la società civile, e dall’altro al progresso tecnologico e alla diffusione di strumenti di condivisione mediatica facilmente accessibili e, per questo, vulnerabili a quel “cronachismo sensazionalistico”²⁹ che sovente asseconda o facilita la diffusione ‘virale’ (e non sembri un gioco di parole) di notizie erranee o incomplete su questioni tecniche complesse quali quelle scientifiche – e ancor più medico-scientifiche. Il caso dei vaccini ne è certamente esempio emblematico: mentre svariate attendibili e prestigiose fonti³⁰ confermano l’importanza e la non pericolosità di tali trattamenti preventivi, alcuni isolati studi, tra cui certamente il più noto è quello di Wakefield³¹, hanno collegato le vaccinazioni a casi di autismo. Tali assunzioni, smentite dalla quasi totalità della comunità medica³²

²⁷ La “democratizzazione della scienza” può infatti essere vista positivamente, se intesa come «percorso volto a creare conoscibilità, comprensione e consenso»: «Lo scopo di quest’attività è dunque duplice: da un lato, la costruzione di una “cultura scientifica” (Garattini) che consente di difendere, all’interno della società, il ruolo della ricerca scientifica dai rischi e dalle semplificazioni della pseudoscienza; dall’altro, la pro-mozione di una “cittadinanza scientifica” fondata su solide informazioni in grado di orientare le attitudini e le scelte individuali (Martinelli) », così M. TOMASI, *Introduzione a Forum: le responsabilità nei confronti della scienza*, in *BioLaw Journal*, 1, 2017, 7, che richiama i contributi, raccolti nel medesimo Forum, di Silvio Garattini (pp. 13-15) e di Lucia Martinelli (*Sensibilità e responsabilità nella comunicazione della scienza*, pp. 18-21). Non può invece essere accolta positivamente laddove essa si concretizzi nella pratica di attribuire un peso scientifico a teorie o studi non fondati su prove documentate o non svolti secondo metodi scientifici. In tal senso e più ampiamente sul punto R. BURIONI, *La congiura dei somari. Perché la scienza non può essere democratica*, Bologna, 2017. Dello stesso autore, proprio sulla questione del trattamento vaccinale, si richiama anche *Il vaccino non è un’opinione*, Milano, 2016.

²⁸ Di fronte alla sempre più diffusa tendenza di sconfessare conoscenze tecniche condivise e comprovate – si pensi al diffondersi di teorie che negano la sfericità della Terra o quelle ben più serie che negano il cambiamento climatico o l’impatto delle attività umane su di esso – la scienza e soprattutto la comunicazione scientifica «paga la semplicità delle soluzioni antiscientifiche» (C. MAGNANI, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 168 del 2017 e 5 del 2018*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 12 aprile 2018).

²⁹ O di “cronachismo ad effetto”, come lo definisce efficacemente D. GORI, *Intervista*, in AA VV, *Forum. Le responsabilità nei confronti della scienza*, in *BioLaw Journal*, 1, 2017, 16.

³⁰ Si legga quanto affermato sin dal 2011 dalla ORGANIZZAZIONE MONDIALE DELLA SANITÀ, *Global vaccine action plan 2011-2020*, reperibile all’indirizzo https://www.who.int/immunization/global_vaccine_action_plan/GVAP_doc_2011_2020/en/ (consultato il 24 gennaio 2020).

³¹ A. WAKEFIELD *et al.*, *Ileal-lymphoid-nodular hyperplasia, non-specific colitis, and pervasive developmental disorder in children*, in *Lancet*, 41, 1998, pp. 351 ss.

³² F. GODLEE *et al.*, *Wakefield’s article linking MMR and autism was fraudulent*, in *The British Medical Journal*, c7452, 2011, 342 ss.

e ritrattate dallo stesso autore principale della tesi, hanno tuttavia provocato effetti tutt'altro che trascurabili nella sensibilità collettiva che ha maturato dubbi e timori³³, unitamente ad un sempre più diffuso pregiudizio e sfiducia verso le compagnie farmaceutiche produttrici³⁴.

Le informazioni fuorvianti e prive di fondamento scientifico condiviso hanno dunque mostrato tutta la loro potenza destabilizzatrice nella diminuzione della volontaria sottoposizione a tali trattamenti vaccinali in Italia – e non solo, come si avrà modo di vedere – e nel conseguente significativo calo di copertura vaccinale registratosi nel 2015³⁵. Una situazione che, lungi dall'essere meramente socio-sanitaria, ha avuto un rilevante riflesso nel panorama politico e normativo e di conseguenza nelle scelte

³³ Come verrà evidenziato anche in seguito, la comunità scientifica è pressoché unanime nel ritenere i vaccini efficaci, utili e sicuri; sussistono invece dubbi e dibattiti tra scienziati quanto ad aspetti specifici del trattamento vaccinale legati a posologia, tempi di somministrazione, numero e tipologia di vaccini necessari o circa l'opportunità di un regime normativo obbligatorio. In questo contesto, «alcune di queste controversie sono fuoriuscite dai recinti dei dibattiti scientifici e, banalizzate o estremizzate, hanno trovato in fattori tecnici e culturali della sfera pubblica e della società occidentale un humus favorevole alla ripresa degli aspetti più critici», M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di diritto costituzionale su un tema dominato dalle evidenze scientifiche*, op. cit., in *BioLaw Journal*, 2, 2019, 547.

³⁴ Sul punto si richiama anche quanto rilevato dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 12427 del 2016. Si rimanda anche a S. D'ERRICO, J. POLIMENI, M. MARTELLONI, P. FRATI, *Autismo e vaccinazioni: la buona scienza nelle giuste mani. Un passo verso la 'certificazione' dell'expert witness?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 5, 2015, 1747-1755.

³⁵ «È stato dimostrato anche da recenti indagini che lo scetticismo nei confronti dei vaccini è maggiore nei paesi più sviluppati (quindi tecnologicamente avanzati e informatizzati) e dove la parabola connessa ai benefici dei vaccini si è compiuta prima, nonché ove è sopraggiunto un atteggiamento maggior di sfiducia nei confronti delle istituzioni», M. PLUTINO, *Le vaccinazioni*, op. cit., 29. Pur non volendo entrare nel dettaglio di una tematica così complessa, si reputa comunque necessario evidenziare come alcuni autori abbiano visto in questa cd. "esitazione vaccinale" (nota n. 6) il frutto non solo di una "crisi informativa" – dovuta alla difficile capacità comunicativa della scienza e all'espansione incontrollata e a volte pericolosa dei mezzi di comunicazione – ma anche di una "crisi" di quel dovere di solidarietà enucleato nel precedente paragrafo. Quanto a quest'ultimo aspetto, lo scetticismo e l'esitazione di alcuni genitori a sottoporre i figli a vaccinazione sarebbe «l'ennesimo segnale di come la dimensione solidarista, su cui la comunità nazionale deve fondarsi e reggersi, sia messa in crisi da un individualismo apertamente vantato in nome di un'assoluta, e perciò malintesa, libertà personale» (S. CURRERI, *Intervista*, in AA VV, *Forum. Vaccini obbligatori. Questioni aperte*, in *BioLaw Journal*, 2, 2017, 31). La potestà genitoriale di decidere per i figli non deve essere vista solo come diritto di negare un intervento impositivo dello Stato, ma anche come dovere di tutelare l'interesse del figlio ad essere protetto mediante interventi sanitari preventivi efficaci e sicuri sulla base delle più condivise acquisizioni scientifiche. Del resto, lo stesso dissenso di taluni genitori, quando basato sull'asserito basso rischio di contrarre la malattia per la quale il vaccino è richiesto, dipende e beneficia esso stesso della scelta della collettività: l'assenza di epidemie e focolai e dunque il ridotto rischio per determinate patologie è infatti scongiurato proprio dalla scelta di molti di rispettare e adempiere al dovere di solidarietà, creando quell'ambiente più sicuro su cui si fondano parte delle motivazioni di coloro che sono contrari all'obbligo vaccinale. Si leggano C. MAGNANI, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 168 del 2017 e 5 del 2018*, op. cit.; A. SPADARO, *Intervista*, in AA VV, *Forum. Vaccini obbligatori. Questioni aperte*, in *BioLaw Journal*, 2, 2017, che sul punto parla di «presuntuosa forma di autodeterminazione genitoriale» (p. 28). Per questi motivi e alla luce di queste due "crisi", causa della esitazione vaccinale e del difficile compito del legislatore di fronteggiare tale situazione, è necessario affiancare a misure sanzionatorie anche politiche vaccinali improntate alla trasparenza, all'informazione, al coinvolgimento e sensibilizzazione, in grado di superare le criticità emerse nel rapporto tra società civile e scienza, così come tra scienza, mezzi di comunicazione ed opinione pubblica, e di portare dunque ad una partecipazione condivisa e consensuale dei genitori al piano vaccinale (sul punto A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018). Ridurre il gap tra scienza e società risulta pertanto strumentale e di fondamentale

del legislatore nazionale che, dinnanzi al diffuso clima di diffidenza³⁶, ha deciso di adottare i discussi provvedimenti legislativi posti poi all'attenzione della Corte costituzionale.

In questo contesto, connotato come si è visto da molteplici sfaccettature, problematiche e sfide, va pertanto riletta quella capacità di “farsi collante” che è caratteristica del diritto: la necessità di regolare una società sempre più composita e materie sempre più tecniche ha richiesto e richiede ai Parlamenti, alle Corti e, più in generale, al giurista, una flessibilità e capacità di comprensione di carattere fortemente interdisciplinare, soprattutto nel caso di norme c.d. *science based*³⁷. Solo così la forte interrelazione tra diversi linguaggi e saperi, nonché tra scienza e società civile, tra comportamenti del singolo e bisogni della collettività, può essere tradotta in scelte normative o giudiziarie in grado di ricomporre lo iato tra – spesso apparentemente insanabili – discrasie e, in ultima analisi, di porre fine o ridurre le storture o le fratture sociali di cui la complessità dell'oggi è portatrice.

Ebbene, con tutte le questioni sopra indicate si è pertanto dovuto confrontare il Giudice delle leggi, con riferimento a quella disciplina del trattamento vaccinale più volte sottoposta alla sua attenzione: per rilevarne tutti i profili di interesse e permettere di procedere ad alcune riflessioni conclusive che prenderanno abbrivio da quanto sino ad ora emerso e che lo svilupperanno alla luce delle considerazioni della Corte costituzionale, si procederà all'analisi della più recente giurisprudenza costituzionale, dedicando attenzione alla sentenza n. 5/2018, più complessa e articolata, dalla quale le altre due pronunce più recenti ampiamente attingono.

importanza per fronteggiare la seconda crisi indicata, quella del dovere di solidarietà, e ristabilire così il valore fondante della solidarietà sociale e della salute nella sua essenza composita, in cui dimensione collettiva ed individuale non siano più concepite in ottica di esclusione reciproca. In questo senso M. PLUTINO (*Le vaccinazioni*, op. cit.) parla della questione dei vaccini come di “battaglia culturale” che passa per una necessaria «riabilitazione [del trattamento vaccinale] quale atto sociale e solidale nei confronti dei più deboli»(p. 29).

³⁶ Una dimostrazione chiara di tale diffidenza è la mobilitazione di numerosi cittadini – tra cui rappresentanti dei movimenti c.d. “no vax” – che, mossi da timori circa la sicurezza ed efficacia dei vaccini, hanno attirato l'attenzione di politici e giuristi oltre che dei mezzi di comunicazione di massa. Ciò è in ultima analisi segno e frutto di quel difficile dialogo tra scienza e grande pubblico di cui si è accennato, oltre che del potenziale forte impatto prodotto da notizie veicolate in maniera parziale o non fondate su quanto la maggioranza della comunità scientifica sostiene. Per maggiore completezza e al fine di tratteggiare con precisione il quadro variegato delle reazioni della società civile, L. Forni evidenzia la distinzione tra “no vax” e “free vax”: mentre per i primi «i vaccini sono sempre e comunque uno strumento pericoloso e sbagliato, da rifiutare per i propri figli», i secondi invece «non rifiutano a priori lo strumento vaccinale, ma obiettano riguardo all'obbligatorietà dello stesso. I “free vax” non negano, in linea di principio, la validità scientifica, clinica e terapeutica dell'uso dei vaccini, ma ritengono che debbano essere fatti importanti distinguo e che si possano conseguire migliori obiettivi, in termini di salute individuale e collettiva, attraverso lo strumento della persuasione», L. FORNI, *I vaccini per i minori tra salute pubblica e giustificazione di scelte individuali*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, 329. La stessa autrice poi sottolinea alcune delle «paure senza fondamento scientifico» che caratterizzano le posizioni dei “no vax”.

³⁷ Di questo avviso A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, op. cit. Questo intricato rapporto tra scienza e diritto e scienza nel diritto è stato oggetto di dibattito e riflessione sia con riferimento al ruolo del legislatore che rispetto all'impatto sulla figura del giudice e del giudice costituzionale in particolare: tra i tanti si richiama, sin da ora A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008; C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016 e dello stesso autore più ampiamente *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2009; B. LIBERALI, *Scelte definitorie fra scienza e diritto: una questione non solo terminologica*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018.

2. La nuova normativa in materia di vaccini al vaglio dei giudici costituzionali, tra passato e presente

2.1. L'ultima tappa di una complessa evoluzione normativa: un ritorno all'obbligatorietà

La rinnovata e più recente attenzione verso la questione vaccinale ha preso avvio dal già anticipato intervento del Governo che, con decreto-legge n. 73 del 7 giugno 2017 recante “disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale”, (ri)stabiliva l'obbligatorietà di dodici vaccinazioni gratuite per i minori di età inferiore a sedici anni. La decisione del Governo, dalla notevole portata, segnava una inversione della direzione di marcia fino a quel momento percorsa: la tendenza - quanto meno negli ultimi decenni - procedeva infatti nel solco di una politica promozionale, caratterizzata da una “spinta” esercitata dalle autorità pubbliche verso un'adesione consapevole e volontaria al piano vaccinale, da intendersi come contrapposta ad un approccio impositivo e sanzionatorio. Sebbene prima del 2017 fossero già previsti come obbligatori quattro vaccini³⁸ e, pur in assenza di espresse e formali modifiche legislative che andassero a toccare direttamente tali disposizioni, altri interventi normativi stratificatisi nel tempo avevano prodotto quale risultato una privazione *de facto* del carattere impositivo del trattamento vaccinale. L'inizio di tale cammino di “neutralizzazione” delle sanzioni dirette (pena pecuniaria) e indirette (rifiuto di ammissione alla scuola primaria) può essere individuato innanzitutto nella legge n. 180 del 1978; quest'ultima prevedeva, nell'ambito della imposizione di trattamenti sanitari obbligatori, il dovere di rispettare i diritti civili, politici dei soggetti ad essi sottoposti e, più ampiamente, la dignità umana. Un'applicazione ed interpretazione “flessibile” di detta normativa era stata successivamente adottata dalla Corte costituzionale stessa, che aveva utilizzato questi principi generali proprio per affermare l'impossibilità di sacrificare totalmente i diritti del singolo a favore della collettività³⁹ e per stabilire la necessità di inserire correttivi e limiti alla imposizione di trattamenti sanitari obbligatori.

Il progressivo “smantellamento” del regime di obbligatorietà del trattamento vaccinale riceveva una forte spinta con la legge n. 689 del 24 novembre 1981 che prevedeva la depenalizzazione a mero illecito amministrativo dell'originario reato di omessa vaccinazione, nella chiara direzione di un «disarmo dell'apparato sanzionatorio sotto ogni forma»⁴⁰. Il sostanziale carattere obbligatorio delle vaccinazioni risultava infine definitivamente intaccato dal d.l. n. 273 del 1994 e dal D.P.R. n. 355 del 1999, attraverso cui veniva meno anche la sanzione indiretta del rifiuto di ammissione alla scuola dell'obbligo in caso di mancata vaccinazione, pur facendo salvo il dovere di segnalazione in caso di eventuali omissioni. Resistevano dunque la sanzione pecuniaria, di lieve entità, e la facoltà attribuita all'Azienda Sanitaria Locale (ASL) di richiedere, per il tramite dell'azione del Pubblico Ministero, l'intervento coercitivo di un giudice tutelare.

³⁸ Ci si riferisce a vaccinazione antidifteritica (legge n. 891 del 6 giugno 1939), vaccinazione antitetanica (legge n. 292 del 5 marzo 1963), vaccinazione antipoliomielitica (legge n. 51 del 4 febbraio 1966) e vaccinazione contro l'epatite virale B (legge n. 165 del 27 maggio 1991).

³⁹ Si fa riferimento alla richiamata sent. 307/1990 della Corte costituzionale.

⁴⁰ M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Una frontiera mobile del concetto di 'diritto fondamentale' tra autodeterminazione, dovere di solidarietà ed evidenze scientifiche*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2017, 6.

Unitamente alla riforma del Titolo V, parte II, che ha certamente rappresentato un punto di svolta dirimente, attribuendo ampi poteri e competenze alle Regioni in materia di sanità, un altro documento significativo nel percorso evolutivo della disciplina in materia è da rinvenirsi nel Piano Nazionale Vaccini 2005-2007⁴¹, che esemplificativamente titolava “Percorso verso il superamento dell’obbligo”, facendo chiaramente comprendere la direzione e lo scopo cui lo Stato puntava a giungere. Con un iter «poco ortodosso per quanto riguarda la gerarchia delle fonti»⁴², il richiamato Piano attribuiva alle Regioni la possibilità, in presenza di specifiche condizioni⁴³, di sospendere, sperimentalmente e temporaneamente, gli obblighi legislativi in materia vaccinale, attribuendo grande fiducia alla efficacia ed effettività di politiche vaccinali fondate su raccomandazione, persuasione e sensibilizzazione. Questa opportunità è stata colta da varie Regioni, in modi diversi tra loro: la Regione Piemonte, ad esempio, con delibera G.R. 63/2598 del 2006, sospendeva la sanzione diretta pecuniaria, mentre di più ampia portata è stato l’intervento della Regione Veneto, che con l. reg. n. 7 del 2007 sospendeva l’obbligo vaccinale per i nati dopo il 1° gennaio 2008⁴⁴.

Da questa sintetica ricostruzione della singolare parabola normativa italiana⁴⁵, segnata dallo smantellamento graduale del sistema sanzionatorio a favore di logiche promozionali, peraltro abbastanza diffuse nel panorama europeo⁴⁶, emerge un quadro confuso e disomogeneo, composto sia dalla presenza di quattro vaccinazioni storicamente “obbligatorie” ma rese, di fatto, solo formalmente tali, soprattutto in alcune regioni, sia da ulteriori vaccinazioni facoltative, ma meritevoli di essere raccomandate sulla base di quanto stabilito nei Piani nazionali di prevenzione vaccinale (PNPV) che fissavano obiettivi, copertura ed elenco dei vaccini da offrire gratuitamente agli interessati.

⁴¹ Il Piano nazionale è un atto di tipo puramente amministrativo, emanato dal Ministero della Salute e sottoposto successivamente all’approvazione della Conferenza Stato-Regioni.

⁴² M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, op. cit., p. 476. L’autrice sottolinea come con un atto amministrativo quale appunto il Piano nazionale «si pongono le basi perché, a livello regionale, si superino obblighi imposti dalla legge nazionale». Questo punto è stato oggetto di attenzione anche nell’analisi di D. MESSINEO, *Problemi in tema di discipline regionali sui trattamenti sanitari: il caso dei vaccini*, in *Le Regioni*, 2, 2009, 331 ss.

⁴³ Queste sono state ben riassunte dalla Corte costituzionale nella sentenza 5/2018, par. 3.3: «sistema informativo efficace, con anagrafe vaccinale ben organizzata; copertura adeguata; sistema di sorveglianza sensibile, specifico e integrato nei flussi informativi regionali e aziendali; monitoraggio degli eventi avversi».

⁴⁴ L’ampiezza della azione della Regione Veneto ha spinto alcuni autori ad interrogarsi sulla natura di questa scelta, in particolare se essa fosse effettivamente consentita dal Piano Nazionale Vaccini o se fosse frutto invece di un’interpretazione eccessivamente espansiva del contenuto e del valore del Piano stesso. Sul punto si rimanda a F. CORVAJA, *La legge del Veneto e la sospensione dell’obbligo vaccinale per l’età evolutiva: scelta consentita o fuga in avanti del legislatore regionale?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2008.

⁴⁵ Sul tema, più approfonditamente: D. CODUTI, *La disciplina sulle vaccinazioni obbligatorie alla prova della forma di Stato e forma di Governo*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 605 ss.

⁴⁶ Tra i tanti, per una analisi ricostruttiva della disciplina dei trattamenti vaccinali nel mondo, si richiama lo studio di P. PASSAGLIA (a cura di), *La disciplina degli obblighi di vaccinazione*, Servizio Studi della Corte costituzionale – Area di diritto comparato, Roma, 2017. Una più recente, ma riassuntiva disamina in tal senso è stata effettuata dal CENTRO STUDI DEL SENATO (a cura di M. Bracco), *Disegni di legge in materia di prevenzione vaccinale (A.S. n. 363 e A.S. n. 770) - Schede di lettura ed elementi di documentazione*, Dossier n. 61, 2018.

L'esigenza di invertire in maniera repentina la rotta, con l'intervento d'urgenza del Governo del 2017⁴⁷, è stato dettato dal citato preoccupante calo dei livelli di copertura vaccinale, addirittura al di sotto della c.d. soglia di attenzione raccomandata dalla OMS⁴⁸. Questa è stata fissata, come si è anticipato, al 95% della popolazione ed è considerata la quota necessaria per poter raggiungere l'"immunità di gregge" o resistenza collettiva di una comunità ad un determinato agente patogeno. Proprio a seguito di alcuni allarmati e allarmanti richiami dell'OMS, rilevati anche a livello nazionale dal PNPV 2017-2019⁴⁹ e dai dati prodotti da vari studi⁵⁰, il Governo decideva di individuare dodici vaccinazioni obbligatorie e gratuite, reintroducendo sanzioni amministrative di entità considerevole, oltre all'obbligo per l'ASL di segnalare alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni il mancato adempimento dell'obbligo vaccinale. A ciò si aggiungeva l'imposizione, quale requisito di accesso e frequenza a scuole e servizi educativi per l'infanzia (dunque asili nido e cd. scuole "materne"), di presentare la documentazione comprovante l'assolvimento di tali obblighi.

Alla luce delle disposizioni indicate e della ricostruzione normativa sopra svolta, è bene precisare sin da ora come non sarebbe corretto affermare l'avvenuta introduzione da parte del decreto legge di "nuove vaccinazioni": questi trattamenti, infatti, erano già presenti nei calendari vaccinali, sebbene solamente come trattamenti raccomandati, così che nessun vaccino reso obbligatorio dal decreto

⁴⁷ Per completezza è utile sottolineare come già prima dell'intervento del legislatore nazionale, e creando una situazione di ulteriore complessità e frammentarietà, alcuni Comuni come quello di Trieste nonché la Regione Emilia-Romagna (con l. reg. n. 19/2016) si fossero attivati nel senso di reintrodurre il rispetto dell'obbligo vaccinale quale requisito d'accesso per i servizi scolastici e ricreativi della prima infanzia, proprio prendendo atto del preoccupante calo della copertura vaccinale. La previsione di tale sanzione – indiretta – in caso di mancato rispetto degli obblighi di vaccinazione, produceva l'effetto di un ritorno a quell'approccio "impositivo" e sanzionatorio che lo Stato aveva concesso alle Regioni di derogare. Per approfondimenti sul dibattito che la scelta della Regione emiliano-romagnola aveva scaturito, si legga P. D'ONOFRIO, *Obbligo vaccinale ed intervento delle Regioni*, in *Federalismi.it – Osservatorio di diritto sanitario*, 5 aprile 2017; F.S. FLORIO, *La questione vaccinale nel quadro degli assetti costituzionali*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2017, pp. 399-419; sul caso del Comune di Trieste, su cui si è poi anche pronunciato il Tribunale Amministrativo Regionale del Friuli-Venezia Giulia, si rimanda a: F. GRISOSTOLO, *L'assoluzione delle vaccinazioni obbligatorie come condizione per l'accesso agli asili comunali: tra tutela della salute (collettiva) e libertà della scelta individuale*, in *Revista de Bioetica y Derecho*, 44, 2018, 201-221. Più in generale, sui problemi derivanti dal ruolo delle Regioni in questa materia: D. MESSINEO, *Problemi in tema di discipline regionali sui trattamenti sanitari: il caso dei vaccini*, in *Le Regioni*, 2, 2009, 331-358.

⁴⁸ Vedi *supra* nota 14 e 31.

⁴⁹ Ministero della Salute, *Piano Nazionale per la Prevenzione Vaccinale 2017-2019*, del 17 gennaio 2017.

⁵⁰ Ci si riferisce ad esempio al "Report sull'attività vaccinale dell'anno 2016 – Copertura vaccinale a 24 mesi (coorte 2014)" elaborato dalla Regione Veneto, ma anche alla mozione "L'importanza delle vaccinazioni", approvata il 24 aprile 2015 dal Comitato Nazionale per la Bioetica e, ancora, al "Documento sui vaccini" adottato dal Consiglio della Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, del luglio 2016. «È un dato allarmante che la diminuzione della copertura vaccinale ha determinato un sensibile aumento dei casi di morbillo in tutto il mondo. Nel 2014 in Italia sono stati segnalati ben 1.686 casi, ovvero il numero più alto in Europa. La stessa OMS ha esplicitamente richiamato il nostro Paese a prendere provvedimenti a riguardo. A oggi nelle nostre Regioni si sono inoltre verificati diversi casi di meningite, alcuni mortali. Il CNB prende atto di questi dati e rimarca la propria viva preoccupazione per la tendenza sempre più diffusa in Italia a dilazionare o addirittura rifiutare la somministrazione delle vaccinazioni obbligatorie e raccomandate dalle Autorità Sanitarie e universalmente riconosciute come efficaci. Relativamente a questo fenomeno, il CNB ribadisce come i vaccini costituiscano una delle misure preventive più efficaci, con un rapporto rischi/benefici particolarmente positivo e con un valore non solo sanitario, ma etico intrinseco assai rilevante», COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'importanza delle vaccinazioni*, 25 aprile 2015, 1.

prima, e dalla legge poi, può essere ritenuto “nuovo” in senso sostanziale. Come ben sottolineato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 5/2018, «nuovi sono invece solo gli obblighi e le misure, anche sanzionatorie, destinate a renderli effettivi. Pertanto il decreto legge non ha introdotto nuove vaccinazioni ma ha ripristinato ovvero esteso l’obbligo di sottoporre i minori alle vaccinazioni già previste dai piani sanitari»⁵¹. Gli strumenti sanzionatori, e non la specifica tipologia di vaccini in sé, rappresentano dunque la novità rispetto al passato ed è proprio in questo ritorno alla obbligatorietà che è da individuare una delle motivazioni che hanno spinto la Regione Veneto a richiedere l’intervento del Giudice delle leggi. Successivamente, è stata oggetto di ricorso dinnanzi alla Corte costituzionale anche la legge di conversione del decreto, n. 119 del 2017, che ha mantenuto invariata la scelta, tanto criticata, di passare ad un approccio impositivo pur introducendo talune modifiche di rilievo rispetto al precedente atto del Governo.

L’acceso dibattito sollevato dall’intervento legislativo in materia vaccinale ha portato infatti il Parlamento, in sede di conversione, a diminuire innanzitutto il numero di vaccini obbligatori e gratuiti, da dodici a dieci⁵², e, ancora più importante, a “mitigare” alcuni degli aspetti di maggior rigore della normativa adottata dal Governo: tale risultato è stato ottenuto innanzitutto introducendo la previsione di un momento di previo confronto e di informazione con i soggetti inadempienti, stabilendo all’art. 1, co. 4 una loro convocazione presso l’ASL territorialmente competente per un colloquio «al fine di fornire ulteriori informazioni sulle vaccinazioni e di sollecitare l’effettuazione». Viene così accentuata l’importanza di ottenere un consenso il più possibile partecipato ed effettivo, per giungere solo in *extrema ratio* ad una sanzione, anch’essa significativamente diminuita rispetto alle precedenti disposizioni del decreto legge (da 100 a 500 euro anziché la precedente forbice 500-7.500). Aspetto ancora più rilevante nell’operazione di “ridimensionamento” svolta dal Parlamento può essere individuato nell’eliminazione della segnalazione in Procura in caso di inadempimento; viene invece mantenuto l’obbligo, in capo ai genitori, di presentazione delle certificazioni di avvenuta effettuazione delle vaccinazioni: tale adempimento costituisce requisito di accesso per le scuole e i servizi educativi dell’infanzia, mentre non lo è per le scuole di altro grado⁵³.

Merita ricordare inoltre l’inserimento di importanti misure che denotano grande sensibilità del legislatore e che risulteranno determinanti per la decisione della Corte costituzionale: innanzitutto una “clausola di flessibilità”, che prevede una revisione periodica degli obblighi vaccinali. Questa consente al Ministro della Salute, mediante decreto, di sospendere l’obbligatorietà per determinate vaccinazioni sulla base di «risultanze delle verifiche dei dati epidemiologici, delle reazioni avverse e delle coperture raggiunte e seguendo una procedura che coinvolge organismi tecnico-scientifici, la Conferenza Stato-

⁵¹ Si rimanda per completezza a quanto affermato anche nei Par. 4.1 e Par. 8.2.4 della medesima pronuncia.

⁵² Sono attualmente obbligatori i vaccini contro poliomielite, difterite, tetano, epatite B, pertosse, Hib, morbillo, rosolia, parotite e varicella. Vengono invece raccomandate e offerte gratuitamente le vaccinazioni anti-meningococcica B e C e contro pneumococco e rotavirus.

⁵³ È necessario sin da ora precisare questo punto, peraltro ampiamente criticato nei disegni di legge al momento al vaglio del Parlamento: la legge vigente stabilisce un obbligo vaccinale dagli 0 ai 16 anni. Tuttavia viene prevista una modulazione dell’obbligatorietà a seconda che si tratti di minori dagli 0 ai 6 anni, rispetto ai quali sussiste sia la pena pecuniaria dai 100 ai 500€ sia l’esclusione dall’accesso alle scuole dell’infanzia in caso di mancato rispetto dell’obbligo vaccinale, o di minori dai 6 ai 16 anni per i quali invece viene applicata, in caso di inadempimento, unicamente la sanzione pecuniaria sopra richiamata e non anche il divieto di frequenza delle scuole elementari e medie.

Regioni e le commissioni parlamentari competenti» (art. 1, co. 1-bis)⁵⁴. Questa disposizione sembra tradurre nel linguaggio giuridico quel carattere di continuo mutamento e trasformazione proprio della scienza nonché la necessità di adeguare l'imposizione del trattamento vaccinale al variare dei dati statistici e della copertura in un certo territorio, a conferma della possibilità di un ritorno a quell'approccio di mera sensibilizzazione – che ha dimostrato nel tempo la propria inefficienza – laddove i dati fattuali che hanno reso necessaria un'inversione di rotta vengano a mutare.

Frutto dell'esame in Commissione e del dibattito parlamentare è anche l'inserimento nella legge della espressa possibilità di ottenere differimenti ed esoneri dall'obbligo vaccinale, tenendo in considerazione le peculiarità cliniche di ciascun soggetto. Tali eccezioni alla regola generale dovranno però essere fondate solo su comprovate motivazioni di carattere medico e non di natura unicamente ideologica o etica⁵⁵; non si consentono dunque sul tema forme che potrebbero essere definite di "obiezione di coscienza"⁵⁶, anche alla luce del fatto che non sussistono in questo ambito posizioni contrarie «in via generale nei confronti dei vaccini sui loro principali profili della utilità, efficacia e sicurezza»⁵⁷. Il carattere fondamentale della tutela della salute del singolo dinnanzi agli interessi della collettività non può dunque essere eccessivamente compresso e si "ri-espande" qualora il trattamento vaccinale rappresenti un fondato e sproporzionato pericolo per il soggetto, autorizzato in tal caso a sottrarsi all'obbligo. Il dato scientifico attestante la pericolosità nel singolo paziente diventa in questo modo il filtro che può permettere di «selezionare le pretese» e dare una dimensione chiara e certa alla eccezione,

⁵⁴ La normativa prevede altresì che il Ministero presenti alle Camere una relazione in materia. Per completezza merita rilevare come la l. reg. 7/2007 della Regione Veneto avesse già introdotto una clausola di «modulazione» simile, sebbene in senso inverso rispetto a quello della legge in esame: la flessibilità prevista, infatti, era nel senso di reintrodurre, in un contesto di «facoltatività» come «regola generale», l'obbligo di vaccinazione in caso di rischio o pericolo epidemiologico (art. 3). Veniva affidata comunque al legislatore regionale la sensibilità di comprendere la mutabilità del bilanciamento tra dimensione collettiva ed individuale del diritto alla salute in base alla situazione fattuale e statistica.

⁵⁵ Sul punto è interessante la giurisprudenza di merito, individuata in alcune pronunce della Corte di Cassazione (Sez. prima, 8 luglio 2005, n. 14384; n. 11226 del 18 luglio 2003), che afferma chiaramente come il mancato rispetto dell'obbligo vaccinale non possa essere giustificato da timori, pregiudizi o convinzioni dei genitori, bensì solo da fondate e comprovate motivazioni mediche dalle quali derivi il pericolo concreto e documentato di controindicazioni per la salute del figlio. Non un timore generico e meramente potenziale, dunque, ma una pericolosità concreta. L'eccezione per ragioni mediche era già stata affermata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 134/1988, ma anche nella n. 262/2004, ed era peraltro stata inserita nella legge regionale dell'Emilia-Romagna in cui veniva espressamente statuita la possibilità di non sottoporsi al trattamento vaccinale in caso di pericoli accertati. Prima di questa disposizione e della legge del 2017, tuttavia, «è la giurisprudenza a fondare l'eccezione per ragioni mediche [...], individuando nell'elemento scientifico il filtro utile a selezionare le richieste meritevoli di protezione», M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica*, op. cit., p. 475.

⁵⁶ Su questo concetto più ampiamente: M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Una frontiera mobile del concetto di 'diritto fondamentale' tra autodeterminazione, dovere di solidarietà ed evidenze scientifiche*, op. cit.

⁵⁷ M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di diritto costituzionale su una tema dominato dalle evidenze scientifiche*, op. cit., 547. L'autore evidenzia, come si è detto in precedenza, che «nel dibattito scientifico non esiste un atteggiamento definibile come "no vax" (cioè contrario ai vaccini in quanto tali) o anche solo di scetticismo in via generale nei confronti dei vaccini [...]. Si registrano dubbi, invece, su alcune soluzioni normative adottate e, prima ancora, sul grado da assegnare ad alcune evidenze scientifiche». È importante dunque non confondere e non travisare il dibattito scientifico esistente circa quest'ultimo profilo con un'erronea e fuorviante interpretazione che vorrebbe una comunità scientifica non concorde circa la sicurezza dei vaccini, come molti esponenti "no vax" affermano.

lontana da valutazioni meramente discrezionali o ideologiche⁵⁸. Sempre in tal senso e nella direzione di una compressione ragionevole e proporzionata della dimensione individuale del diritto alla salute, viene infine previsto, cogliendo peraltro una radicata e costante corrente giurisprudenziale⁵⁹, l'obbligo di indennizzo a favore di soggetti che abbiano riportato una menomazione permanente dell'integrità psico-fisica causata dalle vaccinazioni, siano esse obbligatorie o raccomandate, vale a dire sia da quelle previste dalla legge che da quelle stabilite dai Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) o dai piani vaccinali.

2.2. La sentenza n. 5/2018: un'analisi delle molteplici questioni affrontate dalla Corte costituzionale

Questa normativa, analizzata nei suoi punti fondamentali unitamente al previo decreto del Governo, è stata impugnata, come anticipato, dalla Regione Veneto dinanzi alla Corte costituzionale che, valutata la connessione dei due ricorsi e dunque riunendoli, si è addentrata in questa complessa materia, rispondendo a quelle che possono essere riassunte in quattro ordini di questioni: le prime due, di carattere più formale, attengono una all'art. 77, co. 2 della Costituzione e dunque alla sussistenza del richiesto carattere di urgenza e necessità per l'adozione di un decreto legge; l'altra all'art. 117 Cost. in materia di riparto di competenze tra Stato e Regioni. La terza questione riguarda la presunta violazione degli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, mentre l'ultima obiezione sollevata dai ricorrenti concerne l'art. 81, co. 3, Cost. in materia di copertura finanziaria.

Prima di esaminare la decisione della Corte, ricca di richiami alla previa giurisprudenza nonché di spunti di riflessione connessi a quelle criticità e problematiche che sono state sottolineate nel primo paragrafo di questo contributo, va messo in luce come il Giudice delle leggi non manchi di prendere coscienza dell'insidiosità del terreno su cui è chiamato a muoversi e in cui si muove anche la Regione ricorrente. Quest'ultima può invocare innanzi alla Corte solo violazioni «potenzialmente idonee a ripercuotersi sulle attribuzioni costituzionali» (par. 5.2), senza poter fondare le proprie azioni su parametri estranei al riparto di competenze. È notorio infatti che le Regioni hanno la facoltà di richiedere l'intervento del Giudice costituzionale sulla base o di violazione del riparto delle competenze o di violazioni che ridondano in una compressione delle attribuzioni regionali⁶⁰. Purtuttavia, in questo caso, è

⁵⁸ Con riferimento a questo aspetto, si legga anche M. TOMASI, *Uniformità della giurisprudenza e unitarietà della scienza: la misura di sostenibilità del pluralismo*, in *BioLaw Journal*, 1, 2016, 455-482.

⁵⁹ Tra le più recenti, si richiama la sentenza n. 268 del 2017, che conferma un filone giurisprudenziale risalente e coerente nel tempo (sentenze nn. 27/1998, 423/2000, 107/2012). Per quanto non sia possibile soffermarsi in questa sede sull'analisi di tale specifico ed interessante aspetto relativo al diritto di indennizzo, è utile evidenziare come i giudici abbiano riconosciuto il diritto al risarcimento del danno subito a seguito di trattamento vaccinale, indipendentemente dal fatto che questo fosse derivante da uno dei quattro vaccini "obbligatori" o da quelli raccomandati. Sarebbe infatti, a parere della Corte, «irragionevole riservare a coloro che hanno aderito alle ricordate raccomandazioni delle autorità sanitarie pubbliche un trattamento peggiore rispetto a quello riconosciuto a quanti abbiano ubbidito ad un precetto» (sent. n. 268/2017, par. 7.1). Sul punto si rimanda più approfonditamente, tra i tanti, a FEDERICI, *L'indennizzo delle conseguenze irreversibili da vaccinazioni non obbligatorie*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 3, 2012, 605-612.

⁶⁰ Si richiama, ad esempio, la sentenza della Corte cost. n. 270/2005, nella quale si afferma: «Come questa Corte ha più volte chiarito, le Regioni sono legittimate a denunciare la violazione di norme costituzionali non relative al riparto di competenze con lo Stato solo quando tale violazione comporti un'incidenza diretta o indiretta sulle competenze attribuite dalla Costituzione alle Regioni stesse (in tal senso, si vedano le sentenze n. 287 e n. 286 del 2004; n. 303 del 2003)».

evidente che molte delle criticità sollevate dalla Regione Veneto hanno alla base rimostranze di carattere “sostanziale”, finalizzate alla tutela dei diritti dei singoli ritenuti lesi dall’intervento impositivo dello Stato.

Consapevole di come la «Regione si avvicini a questo crinale, allorché si diffonde in argomenti incentrati su diritti individuali, come quello di autodeterminazione in materia sanitaria» (par. 5.2), la Corte preliminarmente ritiene che la ricorrente abbia comunque idoneamente indicato gli effetti che il decreto legge e la legge di conversione successiva hanno avuto sulle proprie competenze, sulla propria autonomia legislativa e amministrativa, ritenendo infine i ricorsi ammissibili: «la considerazione che la Corte cost. avrebbe potuto avere gioco facile nel dichiarare l’inammissibilità delle questioni estranee al Titolo V, potrebbe essere letta come un segno manifesto della scelta dei giudici di esprimersi e prendere posizione su una tematica che tocca corde sensibilissime del discorso costituzionale»⁶¹.

Procedendo all’analisi delle tematiche affrontate nell’ordine prima indicato, con riferimento all’art. 77, co. 2, Cost., la questione viene dichiarata infondata, ma i giudici forniscono comunque indicazioni di estremo interesse per delimitare l’ambito di discrezionalità di cui il Governo gode nel valutare i presupposti costituzionalmente fissati di “straordinaria necessità ed urgenza”. Viene ribadito, infatti, come il decreto legge e la successiva legge di conversione possano essere considerati viziati solo in caso di «evidente insussistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l’urgenza di provvedere» (par. 6.1)⁶²: questa lettura può portare a pensare che il sindacato che i giudici avocano a sé in materia assuma, in questo modo, tratti assai compressi e circoscritti, lasciando al Governo un ampio margine di discrezionalità. Applicando questo *reasoning* allo specifico caso posto alla sua attenzione, la Corte distingue tra urgenza ed emergenza: se è vero che non può essere affermata l’esistenza di una crisi epidemica che delinei una situazione sanitaria emergenziale, è altrettanto vero che quanto viene costituzionalmente richiesto per la legittima adozione di un decreto legge è l’urgenza del provvedimento. Ebbene, l’urgenza può sussistere anche in situazioni che nel presente non sono ancora «emergenziali», ma che portano chiari i segni di una possibile «inclinazione alla criticità nel futuro» (par. 6.4), per usare le parole della Corte. Rientra pertanto nelle facoltà del Governo la decisione di ricorrere all’adozione di misure non differibili, finalizzate a prevenire l’emergenza: l’ottica è quella della prevenzione, caratteristica propria e peculiare dei trattamenti vaccinali, che, per natura, non hanno un effetto

⁶¹ M. TOMASI, *Politiche vaccinali, decretazione d’urgenza e rapporti fra Stato e Regioni*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 6, 2018, 880. Più critico sul punto C. Pinelli, «Eppure l’intero apparato argomentativo su cui si fonda il rigetto della censura di violazione dell’art. 32 concerne proprio il “crinale” della censura estraneo a una pretesa ridondanza sull’esercizio di competenze regionali. Ne deriva una contraddizione di cui è difficile non accorgersi, e in cui si direbbe che la Corte abbia preferito incorrere pur di esprimere con la massima chiarezza e analiticità possibile il proprio pensiero sulla seconda delle prospettive che ho enunciato in premessa, almeno sotto il profilo del rapporto fra acquisizioni della scienza medica, processi di formazione dell’opinione pubblica e interventi legislativi in materia di vaccinazioni. Diversamente, per liquidare ogni censura non incentrata sul rispetto delle competenze regionali, non le sarebbe forse bastato seguire fino in fondo la secca linea di chiusura enunciata proprio in tema di tutela della salute dalla sentenza del 2016 (n. 116/2016, inserimento nostro). Mi pare che la Corte abbia voluto dire la sua su una questione divenuta sempre più scabrosa nel discorso pubblico, anche a costo di dover fornire talora una spiegazione strettamente sociologica di vicende che non potrebbero spiegarsi coi soli strumenti del diritto, e che pure spiegano certe scelte legislative”», C. PINELLI, *L’obbligo di vaccinazioni tra Stato e Regioni*, op. cit., 32.

⁶² Sotto tale profilo si rimanda, tra le tante, alla sentenza della Corte costituzionale n. 29 del 1995.

immediato nel presente, ma che sono idonei a limitare diffusioni di malattie nel futuro⁶³. La copertura vaccinale al di sotto della soglia del 95% (e comunque inferiore agli obiettivi posti dal PNPV 2017-2018), insieme alle epidemie di morbillo verificatesi nel 2017, assumono valore fondamentale per la valutazione dei giudici, che ravvisano in tali dati una situazione di fatto determinante l'urgenza di provvedere e intervenire da parte del Governo. A nulla è valsa la lamentata non immediata applicazione delle norme disposte, poiché secondo la Corte il differimento del risultato delle misure del decreto legge non è incompatibile con il requisito di urgenza straordinaria. Tale posizione dei giudici, per quanto "tecnica", rivela in realtà una decisione "sostanziale"⁶⁴, che non ha mancato di sollevare dubbi e critiche: nell'intervallo di diciannove giorni tra la deliberazione del decreto e la sua pubblicazione taluni hanno, infatti, scorto l'assenza di una reale urgenza nel provvedere⁶⁵.

Quanto poi alla presunta violazione dell'art. 117, co. 2, Cost., è ancora una volta la specifica natura delle vaccinazioni a venire considerata e a fornire ragioni logico-argomentative per rispondere a tale seconda questione: la profilassi a scopo di prevenzione di malattie infettive, avendo come fine il raggiungimento della copertura diffusa (immunità di gregge), non può che assumere dimensione nazionale. Risulta pertanto potestà legislativa dello Stato – e non delle Regioni – la possibilità di fissare norme sull'obbligatorietà del trattamento vaccinale, che la Corte considera rientranti sia nella definizione di "principi fondamentali" in materia di tutela della salute⁶⁶, meritevoli di essere garantiti in misura eguale in tutto il territorio nazionale, sia in quella di livelli essenziali di assistenza, nonché riconducibili alla competenza statale in materia di profilassi internazionale. La misura adottata dal Governo

⁶³ «La straordinaria necessità ed urgenza non postula inderogabilmente un'immediata applicazione delle disposizioni normative contenute nel decreto legge, ma ben può fondarsi sulla necessità di provvedere con urgenza anche laddove il risultato sia per qualche aspetto necessariamente differito», così Corte costituzionale, sentenza n. 16/2017. Con specifico riferimento al trattamento vaccinale, il Giudice delle leggi ha su tale linea affermato: «La copertura vaccinale è strumento di prevenzione e richiede di essere messa in opera indipendentemente da una crisi epidemica in atto. Deve perciò concludersi che rientra nella discrezionalità del Governo e del Parlamento intervenire prima che si verifichino scenari di allarme e decidere – a fronte di una prolungata situazione di insoddisfacente copertura vaccinale – di non attendere oltre nel fronteggiarla con misure straordinarie, anche in vista delle scadenze legate all'avvio dell'anno scolastico», par. 6.4, sentenza n. 5/2018.

⁶⁴ M. TOMASI, con riferimento al vaglio della Corte circa il rispetto da parte del Governo, prima, e del Parlamento, poi, del margine di discrezionalità che loro spetta ai sensi dell'art. 77, co. 2, Cost, sul punto sottolinea anche un ulteriore profilo problematico: «Resta qualche dubbio circa l'ampiezza di tale margine di discrezionalità: se, infatti, si può concordare sulla differenza che intercorre fra dato fattuale dell'emergenza e dato normativo dell'urgenza del provvedere, permangono alcune perplessità circa il carattere straordinario – e pertanto imprevedibile – del caso che avrebbe determinato il governo a intervenire», richiamando peraltro al fatto che già il Piano Nazionale Vaccini 2005-2007 aveva sottolineato la problematica situazione della copertura vaccinale e che «le statistiche evidenziano come punto temporale di avvio del calo del ricorso alle vaccinazioni, progressivo e inesorabile, almeno l'anno 2013», *Politiche vaccinali, decretazione d'urgenza e rapporti fra Stato e Regioni*, op. cit., 877.

⁶⁵ Tale aspetto è stato sottolineato da A. AMATO, *Decreto-legge vaccini: tra urgenza di annunciare ed 'evidente' ritardo nel provvedere*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 21 giugno 2017; ma anche A. MORELLI, *Introduzione*, in AA. VV., *Forum. Vaccini obbligatori: le questioni aperte*, in *BioLaw Journal*, 2, 2017, 15-17.

⁶⁶ Nella sentenza n. 883 del 2003 si legge che: «Stabilire il confine fra terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia, collocandosi "all'incrocio fra 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" (sent. n. 282 del 2002)». Tale assunto è stato peraltro richiamato anche nella sentenza 169 del 2017.

e dal Parlamento è volta a garantire non solo l'attuazione ed il rispetto di programmi di profilassi assunti a livello internazionale e sovranazionale, ma anche uniformità sul territorio italiano. La Corte ha più volte – anche recentemente – ribadito nella propria giurisprudenza come «il diritto della persona di essere curata efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica e di essere rispettata nella propria integrità fisica e psichica, deve essere garantito in condizione di eguaglianza in tutto il paese, attraverso una legislazione generale dello Stato basata sugli indirizzi condivisi dalla comunità scientifica nazionale e internazionale»⁶⁷. Detto principio, che si fonda chiaramente anche sul diritto di eguaglianza, non può considerarsi valevole solo per le scelte finalizzate a vietare o limitare un trattamento sanitario o una terapia, ma deve essere applicato anche nelle decisioni circa l'obbligatorietà o volontarietà degli stessi. Questo tipo di intervento, che deve pertanto essere rimesso allo Stato, non può tuttavia essere letto come incompatibile o riduttivo di un modello di «federalismo o regionalismo sanitario»⁶⁸. È la Corte stessa, del resto, a ribadire gli ampi spazi di intervento che pur restano in capo alle Regioni in tale ambito e che vanno dalle decisioni sull'organizzazione dei servizi sanitari alla individuazione delle istituzioni deputate ad attività di verifica delle violazioni ed erogazione delle sanzioni. Viene inoltre sottolineato come l'impatto che la normativa in esame ha sulla materia "istruzione" riguardi la determinazione di «caratteristiche basilari dell'assetto ordinamentale e organizzativo del sistema scolastico» (par. 7.2.4), ricadendo quindi, anche sotto tale profilo, nelle norme generali sull'istruzione la cui predisposizione rientra nelle competenze del legislatore statale.

Definiti questi aspetti, le rimanenti censure regionali, nel punto forse maggiormente insidioso per il Giudice delle leggi, si concentrano sulla questione "sostanziale" di incompatibilità della scelta del legislatore con gli artt. 2, 3 e 32 Cost.⁶⁹, estranei al Titolo V, ma la cui violazione causerebbe, secondo la Regione Veneto, ricadute sulle proprie attribuzioni. La «tragica scelta» dell'introduzione dell'obbligo vaccinale viene ritenuta dalla ricorrente manchevole sotto il profilo della proporzionalità, necessità e idoneità a raggiungere lo scopo, oltre che in contrasto con il principio di precauzione, introducendo una sorta di «grottesca sperimentazione di massa obbligatoria»: ciò che viene criticato dalla Regione, dunque, non è la fiducia nell'efficacia ed utilità dei vaccini bensì la decisione di adottare un approccio coercitivo, abbandonando quello precedente, fondato sul convincimento e la sensibilizzazione e risultante così in una minore compressione della autodeterminazione dell'individuo.

⁶⁷ Par. 7.2.2. della sentenza in esame. In tale contesto vengono richiamate anche le sentenze della medesima Corte costituzionale n. 169/2017 in materia di LEA, n. 282/2002 e 338/2003. Proprio sulla base di questi precedenti, i giudici affermano: «Se è vero che il "confine tra le terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia" (sentenza n. 169 del 2017), a maggior ragione, e anche per ragioni di eguaglianza, deve essere riservato allo Stato – ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost. – il compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili».

⁶⁸ C. MAGNANI, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 168 del 2017 e 5 del 2018*, op. cit.

⁶⁹ Per completezza merita precisare come la Regione Veneto nel suo ricorso abbia eccepito anche la violazione degli artt. 31, 34 e 97 Cost., considerando il decreto prima e la legge poi come contrari ai principi di buon andamento dell'amministrazione regionale, dell'organizzazione e gestione dei servizi sanitari ed educativi, con effetti dunque sulle competenze della Regione. Sia questi motivi che la presunta violazione degli artt. 5, 118 e 119, co. 1 e 4, vengono dichiarati inammissibili dalla Corte costituzionale, per carenza e genericità della motivazione.

Quello che entra in gioco, di conseguenza, è il bilanciamento tra i valori costituzionali della libertà nelle scelte che riguardano la salute dell'individuo da un lato e l'interesse della salute nella sua dimensione collettività dall'altro, sfaccettature dell'articolato art. 32 Cost. Su questo contemperamento, che si manifesta in tutta la sua complessità ogni qualvolta venga adottata una legge impositiva di un trattamento sanitario, la Corte si era già più volte pronunciata, come già analizzato, con sentenze di grande rilevanza e fissando i criteri di legittimità dei trattamenti sanitari obbligatori⁷⁰. Tutti questi requisiti, che garantiscono un corretto bilanciamento tra l'interpretazione individualistica e quella collettivista della tutela della salute, paiono sussistere, nella lettura dei Giudici, nel caso dell'obbligo vaccinale. A ciò è da aggiungersi come, rispettati questi principi, l'individuazione dell'esatto punto di equilibrio tra interessi contrapposti sia demandata alla discrezionalità del legislatore, che potrà valutare appropriata tanto l'adozione di un approccio persuasivo quanto di quello impositivo. Tale discrezionalità conosce comunque due ulteriori limiti, entrambi di grande importanza: il legislatore deve sempre tenere in debita considerazione e fondare le proprie scelte sulla base sia delle condizioni sanitarie ed epidemiologiche stabilite da apposite autorità, sia dello stato della ricerca medica e scientifica, in perenne evoluzione⁷¹. Del resto è stata la Corte costituzionale stessa ad affermare che le misure in materia di salute non possono essere lasciate meramente alla scelta politica del legislatore, ma devono anche basarsi sulle conoscenze medico-scientifiche⁷².

In ossequio a tale principio, i giudici rilevano che le considerazioni che hanno spinto il Governo ed il legislatore del 2017 ad intervenire, come abbiamo visto, sono fondate proprio sui dati statistici e sanitari divulgati da entità nazionali o sovranazionali di rilievo. La predisposizione di elementi di flessibilità ed adattabilità, anche mediante sistemi di monitoraggio periodico, consentono inoltre di modificare le imposizioni normative alla luce del mutare tanto dello stato dell'arte del sapere scientifico quanto delle condizioni epidemiologiche. L'ingerenza nella libertà dell'individuo e il peso delle disposizioni punitive vengono oltretutto mitigate anche dal già richiamato momento di incontro e di "consapevolizzazione"

⁷⁰ Vengono infatti richiamate le sentenze della stessa Corte n. 307/1990 e n. 258/1994, i cui aspetti fondamentali sono stati già evidenziati nel par. 1.1.

⁷¹ «In merito alla valutazione delle reazioni avverse, l'Avvocatura generale dello Stato ribadisce che le controindicazioni ai vaccini sono incluse nelle relative schede tecniche. L'uso di un vaccino è preceduto da una valutazione di rischi e benefici operata, a livello nazionale, nei piani di prevenzione vaccinale e, a livello individuale, da parte del medico vaccinatore, anche sulla base dell'anamnesi pre-vaccinale. Inoltre l'autorizzazione all'immissione in commercio presuppone la verifica di requisiti quali utilità, qualità, sicurezza, immunogenicità ed efficacia protettiva [...]; dopo l'immissione in commercio, viene eseguita la sorveglianza post-marketing e quella delle reazioni avverse ai farmaci. Inoltre, considerando i paventati profili di pericolosità di alcuni vaccini, la difesa statale osserva, conclusivamente, che nessun farmaco può considerarsi totalmente privo di rischi e nemmeno possono considerarsi tali i vaccini [...]. Ciononostante, "come universalmente riconosciuto, i benefici della vaccinazione sono di gran lunga superiori ai potenziali danni causati nelle rarissime reazioni avverse"», sentenza n. 5/2018, par. 8.2.

⁷² Per una ampia e approfondita lettura sul punto, che verrà richiamato anche nelle considerazioni conclusive, si rimanda alla sentenza della Corte costituzionale n. 282/2002 dove appunto si afferma come: «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l'"essenziale rilievo" che, a questi fini, rivestono "gli organi tecnico-scientifici" (cfr. sentenza n. 185 del 1998); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica».

preventivo rispetto alla fase sanzionatoria, volto a giungere ad un'adesione consapevole e quanto più possibile condivisa e non forzata⁷³.

L'ultima questione affrontata dalla Corte è quella relativa alla violazione dell'art. 81, co. 3, rispetto al quale la Regione Veneto ritiene le scelte del legislatore incidenti sulla sfera finanziaria dell'ente, censurando dunque la clausola di invarianza richiamata nella normativa, contraddetta dalla previsione di nuovi oneri a carico dell'amministrazione. Se la Corte afferma chiaramente che la documentazione tecnica e le valutazioni sui possibili aumenti nei costi dovuti ad un innalzarsi della copertura vaccinale avrebbero dovuto avere carattere più preciso e completo, essa nondimeno conclude per la infondatezza delle istanze promosse dalla ricorrente. La continuità con l'assetto precedente (i vaccini divenuti obbligatori erano infatti già inseriti nell'aggiornamento dei LEA del 2017 e dunque risultavano coperti dai normali finanziamenti del settore sanitario) fanno ritenere che le risorse stanziare saranno sufficienti a coprire i costi del trattamento preventivo. Pur riaffermando il carattere fondamentale del principio di analitica copertura degli oneri finanziari, i giudici prendono atto della difficoltà di quantificare, nel caso di specie, gli eventuali maggiori oneri, legati a troppe variabili e ad elementi poco prevedibili. Sulla base quindi del principio di equilibrio dinamico, vengono ritenuti sufficienti gli obblighi di monitoraggio previsti dalla legge in capo al Ministero dell'Economia e delle Finanze, volti a verificare e risolvere eventuali disallineamenti tra previsioni e costi effettivi.

La pronuncia della Corte, come emerge da questa disamina, rivela tutta la complessità delle questioni legate al trattamento vaccinale: il forte rilievo mediatico e la grande attenzione che l'opinione pubblica ha riservato a questa decisione, preceduta da una significativa mobilitazione pubblica, hanno sottolineato la delicatezza delle problematiche affrontate in un'aula di tribunale divenuta ancora una volta e, forse, ancor più, punto di intersezione, luogo di incontro e di composizione di fratture. Il diritto alla salute, visto nelle sue diverse angolazioni, ritorna⁷⁴ ad essere l'oggetto di un aspro dibattito e di forti

⁷³ Sul punto critiche vengono mosse da parte della dottrina: «Questo percorso, che passa dall'obbligo e giunge (a tornare) alla mera raccomandazione a fronte del (solo) raggiungimento di una soddisfacente o ottimale soglia di copertura vaccinale, con immaginabile successiva diminuzione del grado di copertura a fronte della maggiore autonomia decisionale riconosciuta ai singoli, sembra contrastare in modo problematico con la stessa definizione di copertura vaccinale, offerta dalla Corte costituzionale. Essa, infatti, viene ritenuta quale "strumento di prevenzione", che «richiede di essere messa in opera indipendentemente da una crisi epidemica in atto», tanto da legittimare, come si è sottolineato più volte, lo stesso ricorso alla decretazione d'urgenza. [...] Sembra imporsi, dunque, ai fini di un eventuale mutamento del titolo giuridico di somministrazione dei vaccini, una valutazione complessiva che non si fondi esclusivamente o anche solo prevalentemente sul mero raggiungimento o superamento della soglia di copertura vaccinale ottimale, bensì sui dati epidemiologici e su quelli che riguardano le eventuali reazioni avverse», B. LIBERALI, *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate tra scienza, diritto e sindacato costituzionale*, in *BioLaw Journal*, 3, 2019, 128. Esprime perplessità su tale scelta del legislatore - e sul *reasoning* della Corte in merito - anche V. CIACCIO, *I vaccini obbligatori al vaglio di costituzionalità. Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 5 del 2018*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 451 ss., che mette in evidenza proprio il rilevato contrasto tra una scelta di flessibilità e il significato intrinseco della prevenzione vaccinale stessa, che imporrebbe di considerare non solo e non tanto il dato fattuale presente quanto più la valutazione dell'atteggiamento e del "sentire" della popolazione verso il trattamento vaccinale e la sua necessità.

⁷⁴ Si pensi al cd. caso Stamina o ancora a quello già richiamato della correlazione tra vaccini e autismo. Per una lettura approfondita di questi esempi si rimanda a: G. RAGONE, *Scienza e diritto nell'argomentazione della Corte costituzionale*, op. cit., 18 ss.; L. BUFFONI, *La grammatica della legge scientifica nel caso Stamina*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 ottobre 2015; S. D'ERRICO, C. POMARA, E. TURILLAZZI, *Ancora in tema di 'vaporizzazione*

attenzioni, che impongono una valutazione della legge profondamente intrisa – e integrata – di dati scientifici⁷⁵, mentre è ancora una volta sul terreno scivoloso e dai confini spesso confusi delle competenze in materia di salute che si gioca il dibattito tra Stato e Regioni.

Se le sfide delineate nel primo paragrafo sono riemerse in tutta la loro concretezza nei diversi punti affrontati dalla Corte costituzionale, le conclusioni che seguiranno intendono rileggerle criticamente, alla luce anche dei più recenti sviluppi, per coglierne problematicità e interrogativi ancora irrisolti, con l'ambizione ultima di stimolare alcune riflessioni su una tematica che promette di essere tutt'altro che definitivamente chiusa.

3. La situazione successiva alla decisione n. 5/2018 e il delicato rapporto scienza-diritto

3.1. Gli ulteriori interventi della Corte costituzionale in materia di vaccinazioni obbligatorie: gli interrogativi ancora aperti

La dimostrazione di quanto la regolamentazione del trattamento vaccinale presenti ancora aspetti dibattuti e controversi emerge sia dalle ulteriori pronunce della Corte costituzionale, per lo più incentrate sul difficile riparto delle competenze tra Stato e Regioni e sull'intervento di queste ultime in tale complessa materia, sia dalle proposte legislative di modifica dell'attuale disciplina, al momento ancora al vaglio parlamentare, ma che ben rappresentano i dubbi e le divergenze di approcci tra chi ha positivamente accolto il regime di obbligatorietà e chi invece auspica un ritorno ad una "nudge regulation". Partendo con l'analisi degli sviluppi giurisprudenziali successivi alla decisione sopra esaminata, si pone l'attenzione innanzitutto sulla sentenza n. 137/2019 della Corte costituzionale, pubblicata in G.U. il 12 giugno 2019: questa pronuncia, pur non discostandosi, ma anzi ribadendo in più punti le conclusioni cui il Giudice delle leggi era già recentemente pervenuto, si concentra prevalentemente su questioni attinenti al riparto delle competenze tra Stato e Regioni in un ambito molto particolare e circoscritto come quello degli obblighi vaccinali relativi agli operatori sanitari: nonostante questo aspetto estremamente specifico non rappresenti il focus centrale del presente elaborato, nondimeno la decisione della Corte rappresenta un tassello ulteriore che permette di comprendere la complessità della regolamentazione in materia vaccinale e la molteplicità delle questioni ad essa connesse. Oggetto del ricorso di illegittimità costituzionale azionato dal Presidente del Consiglio è la l. reg. Puglia n. 27/2018 che attribuiva alla Giunta regionale il compito di individuare i reparti ospedalieri ai quali possono accedere solo operatori che abbiano osservato le indicazioni del PNPV vigente con riferimento ai soggetti a rischio per esposizione professionale (art. 1, co. 1); tale normativa regionale, inoltre, conferiva alle direzioni sanitarie ospedaliere e territoriali la facoltà di prescrivere, in particolari condizioni epidemiologiche o ambientali, vaccinazioni normalmente non raccomandate per gli operatori sanitari (art. 1, co. 2).

giurisprudenziale' del nesso di causa: se e quando il sapere scientifico si sottomette all'umana solidarietà, in Responsabilità civile e previdenza, 1, 2014, 336-348; S. D'ERRICO, J. POLIMENI, M. MARTELLONI, P. FRATI, Autismo e vaccinazioni: la buona scienza nelle giuste mani. Un passo verso la 'certificazione' dell'expert witness?, op. cit.

⁷⁵ Sul punto si veda S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Politica e Diritto*, 2, 2015, 271 ss.

Ebbene, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di quest'ultima disposizione che finisce con l'attribuire alle direzioni sanitarie, di fatto, il potere di imporre obblighi vaccinali diversi ed ulteriori rispetto a quelli indicati come obbligatori o raccomandati dalla legislazione nazionale. Nel prevedere questa «ampia e indefinita» facoltà, la legge regionale viola la riserva di legge statale in materia di trattamenti sanitari di cui all'art. 32 Cost., letto in combinato disposto col principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), ed invade inoltre un ambito riservato al legislatore statale sulla base dell'art. 117, co. 3 Cost., come ribadito e chiarito dalla sentenza n. 5/2018⁷⁶.

Non viene invece dichiarata l'illegittimità della normativa regionale nella sua totalità e neppure nel richiamato art. 1, co. 1: questa disposizione, infatti, non si rivolge alla generalità dei cittadini (come invece la normativa oggetto della decisione riguardante la legge nazionale n. 119/2017), ma ha quali destinatari i soli operatori sanitari. Ciò permette, pertanto, di ricondurre la normativa in questione alla materia dell'organizzazione sanitaria, che è parte della competenza legislativa regionale in materia di tutela della salute (art. 117, co. 3, Cost.). La ratio della disposizione in esame, inoltre, è quella di prevenire e proteggere la salute di chi frequenta luoghi di cura e in particolare i pazienti, ai quali l'operatore potrebbe trasmettere infezioni pericolose e persino mortali⁷⁷. Alla luce di questa analisi, la legge regionale, nella parte considerata, ha per oggetto non la regolamentazione degli obblighi vaccinali (che rientra appunto, come ampiamente visto, nelle competenze statali in materia di determinazione dei principi fondamentali in materia di tutela della salute), bensì solo l'accesso ai reparti ospedalieri. Non vengono quindi introdotti obblighi vaccinali nuovi e ulteriori rispetto a quelli previsti dal legislatore statale e, al contrario, la legge regionale all'art. 1, co. 1 non solo non eccede la propria competenza in materia di organizzazione sanitaria, e non sconfinava nell'ambito della disciplina del trattamento preven-

⁷⁶ Sotto questo profilo la Corte richiama ampiamente quanto stabilito nella sentenza n. 5/2018, nella quale aveva già avuto modo di occuparsi ampiamente della questione relativa alla competenza in materia di obblighi di trattamento vaccinale.

⁷⁷ Sul punto è interessante vedere come la Corte confermi la propria posizione quanto ai criteri necessari per individuare la materia nella quale una disposizione normativa si colloca: «si deve tener conto dell'oggetto, della ratio e della finalità della stessa, tralasciando gli aspetti marginali e gli effetti riflessi, così da identificare correttamente e compiutamente anche l'interesse tutelato (*ex plurimis* sentenze n. 116 del 2019, n. 108 del 2017, n. 175 del 2016, n. 245 e n. 140 del 2015, e n. 167 del 2014). In base a tali principi, non può essere assegnata una rilevanza decisiva al titolo della legge impugnata – “Disposizioni per l'esecuzione degli obblighi di vaccinazione degli operatori sanitari” –, né al tenore della rubrica del suo primo articolo – “Obbligo vaccinale” –, che fanno entrambi riferimento all'obbligo di vaccinazione. Va invece dato risalto a un insieme di elementi che inducono a ritenere che le disposizioni in esame possono essere ricondotte all'ambito della organizzazione sanitaria» (par. 3.3). Nell'effettuare queste considerazioni, la Corte si rimette a quanto indicato nel PNPV 2017-2019 e ribadisce, come già aveva fatto nella sentenza n. 5/2018, che «nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici. In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo (tanto che sul piano del diritto all'indennizzo le vaccinazioni raccomandate e quelle obbligatorie non subiscono differenze: si veda, da ultimo la sentenza n. 268 del 2017)», confermando peraltro così, ancora una volta, come la prassi scientifica divenga elemento del ragionamento della Corte e delle sue valutazioni. Sul punto si legga anche B. LIBERALI, *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate tra scienza, diritto e sindacato costituzionale*, op. cit., 132.

tivo, ma anzi si muove proprio entro i limiti del PNPV, che raccomanda agli operatori specifiche vaccinazioni⁷⁸. Nel richiedere il rispetto delle indicazioni del PNPV come requisito per l'accesso a determinati reparti, «senza imporre obbligatoriamente quanto è solo suggerito o raccomandato a livello nazionale» (par. 3.4), non si viene a determinare alcuna asimmetria sul territorio nazionale quanto alla copertura vaccinale, come invece sostenuto dal ricorrente.

A pochi mesi di distanza la Corte torna nuovamente sulla questione vaccinale, con un intervento (sentenza n. 186/2019) questa volta più specificamente e direttamente riguardante l'obbligo generale di trattamento dettato dalla l. n. 119/2017: su ricorso del Presidente del Consiglio, infatti, viene impugnata la legge del Molise n. 8/2018 (Disposizioni in merito alle vaccinazioni per i minori d'età), ritenuta in contrasto con la normativa nazionale e le successive precisazioni avvenute mediante circolari ministeriali⁷⁹. I punti critici e criticati di maggior rilievo sono quelli che vedono da un lato il legislatore regionale stabilire il divieto di iscrizione alle scuole dell'infanzia (o parificate) dei minori non in regola con le prescrizioni vaccinali (art. 1, co. 3) e dall'altro la previsione, in sede di prima applicazione, per i minori non in regola già iscritti o che si iscrivono per la prima volta alle scuole richiamate, della mera prova di aver avviato il percorso per l'assolvimento degli obblighi vaccinali quale adempimento sufficiente per l'iscrizione e l'ammissione alla frequenza scolastica (art. 2).

La Corte mostra di convenire con lo Stato ricorrente⁸⁰, dichiarando l'illegittimità costituzionale di entrambe le disposizioni richiamate, sia per vizi sotto il profilo formale relativamente, ancora una volta, al riparto delle competenze Stato-Regioni, sia sotto il profilo sostanziale per contrasti con la disciplina statale in materia e con i principi e la ratio ad essa sottesi. Sotto il primo aspetto, il Giudice delle leggi ribadisce nuovamente quanto fissato nella sentenza n. 5/2018, vero punto di riferimento, stabilendo che gli adempimenti degli obblighi vaccinali «si configurano come norme generali sull'istruzione di competenza esclusiva del legislatore statale (art. 117, co. 2, lett. n, Cost.)» ed intervengono in materia di principi fondamentali relativamente alla tutela della salute (art. 117, co. 3), dei livelli essenziali delle prestazioni e di profilassi internazionale (art. 117, co. 2, lett. m e q, Cost.). Le norme regionali che regolano gli obblighi vaccinali necessari all'iscrizione ai nidi e scuola dell'infanzia rientrano dunque in tale ambito e sono pertanto già solo per tale motivo illegittime. Ma la Corte si spinge oltre questo dato

⁷⁸ Con questa posizione la Corte peraltro ha avuto modo di ribadire come sia esclusivo appannaggio dello Stato quello di fissare o introdurre nuovi obblighi vaccinali o di passare da un approccio di raccomandazione a quello di obbligo.

⁷⁹ Si è già avuto modo di richiamare, nel primo paragrafo, alcune di queste disposizioni, sotto certi profili portatrici di dilazioni o eccezioni che hanno contribuito a creare un panorama applicativo della normativa nazionale invero piuttosto confuso o quantomeno dibattuto. Si fa dunque riferimento alle «circolari congiunte del 27 febbraio 2018, n. 2166 e 6 luglio 2018, n. 20546, emanate dal Ministero della salute e da quello dell'istruzione, università e ricerca, che regolano i termini in relazione agli anni scolastici e ai calendari annuali 2017-2018 e 2018-2019 per la presentazione della documentazione comprovante l'effettuazione (o l'esonero, l'omissione o il differimento) delle vaccinazioni obbligatorie o anche la presentazione della formale richiesta di vaccinazione per l'accesso ai servizi scolastici».

⁸⁰ «Il Governo assume che le disposizioni impugnate dettano una disciplina divergente rispetto a quella statale: per un verso, più rigorosa, ove si sancisce il divieto di iscrizione alle strutture educative, anziché il semplice divieto di frequenza, per i minori che non risultano in regola con gli obblighi vaccinali, e, per altro verso, più permissiva, allorché si prevede un indefinito avvio del "percorso per l'assolvimento degli obblighi vaccinali" entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge, in luogo dei precisi adempimenti documentali o dichiarativi prescritti dalla legge statale.», par. 6.

“formale” e rileva come il contenuto stesso della disciplina del Molise sia in contrasto con quanto previsto dalla legge nazionale laddove, primo rilievo di incostituzionalità, stabilisce non solo il divieto di accesso alla frequenza scolastica in caso di mancato assolvimento degli obblighi stabiliti, ma anche il divieto di iscrizione⁸¹; mentre quanto al secondo motivo di impugnazione, la normativa statale impone un onere a carico dei genitori ben più stringente di quello predisposto dal legislatore molisano, richiedendo la dimostrazione dell’avvenuto assolvimento degli obblighi vaccinali o l’assunzione formale dell’impegno di farlo⁸² e non un indefinito «avviamento del percorso» in tale direzione.

È quindi interessante notare in entrambe le pronunce qui ricostruite non solo una chiara continuità con la previa giurisprudenza costituzionale, ma anche la difficoltà delle Regioni di attuare normative conformi alla disciplina nazionale, divergendo – volutamente o per “distrazione” – dalle scelte del legislatore statale, sia proponendo un’applicazione troppo blanda di quanto prescritto a livello centrale, sia operando in senso maggiormente restrittivo, attribuendo – a sé o ad altri enti regionali – il potere di stabilire nuovi o diversi vaccini obbligatori o conseguenze ancor più invasive in capo agli inadempienti. Il dialogo tra Regioni e Stato, in questo ambito così delicato e interessante molteplici profili, è dunque ancora in cerca di un linguaggio davvero comune e condiviso.

3.2. Le proposte legislative al vaglio del Parlamento: verso un cambio di paradigma?

La ricerca di una diversa soluzione, alternativa alla disciplina vigente, caratterizza però anche il legislatore nazionale stesso, che vede al momento in fase di vaglio in sede di Commissione, nuove proposte che andrebbero a modificare, più o meno radicalmente, l’assetto normativo vigente. Il disegno di legge n. 363 mira ad intervenire solo su specifiche disposizioni della l. n. 119/2017, in particolare equiparando il sistema sanzionatorio previsto per i minori di età compresa tra gli 0 e i 6 anni a quello valido per i minori tra i 6 e i 16 anni, optando per l’eliminazione del divieto di accesso e frequenza alle scuole dell’infanzia in caso di inadempimento degli obblighi vaccinali⁸³; il disegno di legge n. 770 propone

⁸¹ Sul punto, la Corte accoglie la lettura della difesa statale che aveva affermato «che dal complessivo assetto normativo statale si ricava che i minori non in regola con gli obblighi di vaccinazione sono e restano iscritti ai servizi educativi per l’infanzia e alla scuola dell’infanzia, così potendo accedere e frequentare l’istituzione scolastica non appena i genitori abbiano comprovato l’avvenuta regolarizzazione della loro posizione vaccinale. A conferma, la parte ricorrente richiama l’art. 3 bis, comma 5, del d.l. n. 73 del 2017 secondo cui, solo a decorrere dall’anno scolastico 2019-2020, la mancata presentazione della documentazione nei termini previsti comporta la decadenza dall’iscrizione – che si presuppone comunque avvenuta – ai servizi educativi per l’infanzia e alle scuole dell’infanzia», par. 4.

⁸² L’art. 3, comma 1, del d.l. n. 73 del 2017, poi confermato nella legge, impone, ai fini dell’accesso alle strutture scolastiche, di «presentare la documentazione comprovante l’effettuazione, l’esonero, l’omissione o il differimento delle vaccinazioni obbligatorie secondo la scheda vaccinale prevista in relazione all’età oppure, per le vaccinazioni non ancora eseguite, la richiesta di vaccinazione – e, quindi, la prenotazione – all’Azienda sanitaria locale territorialmente competente; o, in sostituzione, la dichiarazione di cui al d.P.R. n. 445/2000». Un obbligo quindi ben più oneroso rispetto alla disciplina della Regione Molise, ritenuta infatti dalla Corte costituzionale come più permissiva e meno rigida di quella nazionale.

⁸³ Come si è già anticipato, infatti, la previsione del divieto di accesso alle scuole dell’infanzia (asilo nido e materna) in caso di inadempimento degli obblighi vaccinali (mentre per gli altri gradi di istruzione è prevista la sola sanzione amministrativa), è sin dall’inizio stata oggetto di critiche tanto dal mondo della politica quanto dalla dottrina. Se la motivazione alla base di tale differenziazione sanzionatoria è stata rinvenuta dal legislatore nazionale nella necessità di trovare un corretto punto di equilibrio tra diritto all’istruzione e diritto alla salute, in modo che ai minori non vaccinati – per scelta e non per impedimenti derivanti dallo specifico stato di salute – non sia

invece una revisione totale della disciplina e una vera e propria inversione del rapporto obbligo-raccomandazione. Viene infatti prevista un'abrogazione della normativa vigente e un ritorno all'approccio di *nudge*, con il quale viene superato il regime di obbligatorietà e delle sanzioni ad esso connesse, mentre del tutto eventuale e subordinata alla sussistenza di determinate condizioni – quali la rilevazione di una diminuzione della copertura vaccinale rispetto a quanto fissato nel Piano Nazionale e passibile di inficiare il raggiungimento dell'immunità di gregge – è l'adozione di piani straordinari di intervento che stabiliscano l'obbligatorietà di specifiche vaccinazioni. Si comprende chiaramente come l'intervento eventuale che è, ad oggi, rappresentato da un possibile superamento della "regola generale" dell'obbligatorietà, sarebbe in tale proposta di legge ribaltato, divenendo l'obbligatorietà la disciplina eccezionale rispetto al generale regime di raccomandazione. Questo ritorno all'approccio precedente al 2017 è motivato, a parere dei promotori, dell'esigenza già sottolineata di superare la diffidenza – o esitazione – verso il trattamento vaccinale che sarebbe stata acuita dal più recente intervento normativo "coercitivo"⁸⁴. Anche in questa proposta, in ogni caso, è pur vero che la previsione di misure rein-

precluso il godimento del diritto all'istruzione primaria, è da rilevarsi però come questo ragionamento apra a diversi profili problematici. Vi è chi in dottrina (B. LIBERALI, *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate tra scienza, diritto e sindacato costituzionale*, op. cit., 123; M. PLUTINO, *Le vaccinazioni*, op. cit.) ha sottolineato come la sola sanzione amministrativa per i minori dai 6 ai 16 anni non vaccinati abbia un impatto potenzialmente negativo per i minori non sottoponibili a trattamento vaccinale per comprovati motivi clinici e che si troverebbero così ad essere sottoposti a rischi per la propria salute nelle scuole primarie e secondarie. Il diritto all'istruzione di questi soggetti risulterebbe quindi lesa o quantomeno compresso dal diritto all'istruzione di coloro che, per ragioni diverse da quelle cliniche, non hanno adempiuto all'obbligo vaccinale. Diverso aspetto critico viene invece messo in evidenza dai promotori del disegno di legge in esame, che affermano: «È di tutta evidenza che tale previsione (quella che distingue l'apparato sanzionatorio a seconda della fascia d'età, n.d.r.) crea una disparità di trattamento [...]. Il provvedimento sanzionatorio è ingiustificato e irrazionale in quanto penalizza i minori di età compresa tra 0 e 6 anni, impedendo agli stessi di frequentare i servizi educativi per l'infanzia e le scuole dell'infanzia, ovvero le formazioni sociali ove si svolge la loro personalità, per scelte imputabili ai genitori. [...] Il decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 65, prevede la progressiva istituzione, in relazione all'effettiva disponibilità di risorse finanziarie, umane e strumentali, di un sistema integrato di educazione e di istruzione per le bambine e per i bambini in età compresa dalla nascita fino ai sei anni. Il sistema integrato di educazione e di istruzione promuove la continuità del percorso educativo e scolastico, con particolare riferimento al primo ciclo di istruzione, sostenendo lo sviluppo delle bambine e dei bambini in un processo unitario, in cui le diverse articolazioni del sistema integrato di educazione e di istruzione collaborano attraverso attività di progettazione, di coordinamento e di formazione comuni; inoltre concorre a ridurre gli svantaggi culturali, sociali e relazionali e favorisce l'inclusione di tutte le bambine e di tutti i bambini attraverso interventi personalizzati e un'adeguata organizzazione degli spazi e delle attività; rispetta e accoglie le diversità ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione». Per questo motivo il disegno di legge richiamato propone l'abrogazione di tale distinzione e la previsione di un'unica ed identica sanzione in caso di inadempimento, da rilevarsi appunto nella sanzione amministrativa e non nella preclusione all'accesso e alla frequenza scolastica. Per un'analisi più approfondita delle modifiche proposte nel ddl 363 del 2018, si rimanda al già richiamato Dossier n. 61, Centro Studi del Senato (a cura di M. Bracco), *Disegni di legge in materia di prevenzione vaccinale (A.S. n. 363 e A.S. n. 770) - Schede di lettura ed elementi di documentazione*, 2018.

⁸⁴ Così si legge nella scheda della discussione in sede di Commissione Igiene e Sanità, con riferimento ai disegni di legge in materia di prevenzione vaccinale attualmente al vaglio (doc. G/770/1/12). Il già richiamato Dossier n. 61 rileva però sul punto alcune problematiche applicative, soprattutto con riferimento alla fonte deputata a disporre il piano straordinario di intervento che, secondo il testo del ddl proposto, dovrebbe assumere la forma di un decreto del Presidente della Repubblica, adottato su proposta del Ministro della Salute, previa deliberazione

roducenti l'obbligatorietà e il relativo apparato sanzionatorio resta comunque possibile e sembra altrettanto necessitare ancor più di una chiara regolamentazione che ne fissi le condizioni specifiche di adozione, al fine di evitare che tale decisione sia rimessa a mere valutazioni politiche o "discrezionali" da parte del potere esecutivo.

Quel che è certo, comunque, è che questi disegni di legge testimoniano un dibattito politico e legislativo tutt'altro che concluso e che, è bene sottolinearlo per quanto brevemente, non caratterizza solo l'Italia. Di fronte a quanto rilevato anche dall'OMS, che ha inserito l'esitazione vaccinale tra le dieci sfide più importanti per la tutela della salute nel 2019⁸⁵, anche altri Stati europei – e non – si sono dotati di un regime obbligatorio o hanno esteso l'elenco dei trattamenti obbligatori, segnando un passaggio dalla mera raccomandazione alla imposizione: si pensi all'esempio della Francia che con la Loi n. 2017-1836 (art. 49) ha ampliato ad undici il catalogo dei vaccini necessari per i minori nati dopo il 1 gennaio 2018 – mentre per coloro che sono nati prima di tale data restano obbligatorie le sole tre vaccinazioni previste dalla previa normativa –, subordinando all'adempimento di tali disposizioni la possibilità di accesso e frequenza scolastica. Nel caso di inadempimento viene stabilita una ammissione provvisoria all'asilo nido o alle scuole per un periodo di tre mesi, termine concesso ai genitori per regolarizzare la situazione del minore e scaduto il quale la frequenza verrà impedita⁸⁶. Un passaggio, quello che caratterizza la Francia, che è solo per certi versi simile a quello italiano col quale condivide, sotto il profilo sanzionatorio, la non ammissione ai locali scolastici in caso di mancato adempimento, ma che è tuttavia valido solo per i bambini nati dal 2018 in avanti, creando quindi un 'percorso vaccinale' difforme a seconda della data di nascita.

La Germania, invece, ha recentemente⁸⁷ introdotto l'obbligatorietà della sola vaccinazione per il morbillo, prevedendo, accanto ad una sanzione amministrativa di valore non trascurabile, potendo arrivare

del Consiglio dei Ministri, sentiti l'Istituto superiore di sanità e la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome; ci si chiede infatti se «la riserva di cui all'articolo 32, secondo comma, della Costituzione, secondo cui nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, richiede che la fonte legislativa determini in via diretta l'obbligo o se quest'ultima possa limitarsi a contemplare ipotesi eventuali, successivamente attuabili con fonti secondarie» (p. 11). Gli emendamenti promossi in sede di Commissione stanno intervenendo anche su questi punti e sarà dunque di interesse vedere se e come il testo originario del ddl verrà modificato.

⁸⁵ Il catalogo è disponibile all'indirizzo <https://www.who.int/news-room/feature-stories/ten-threats-to-global-health-in-2019> (consultato il 25 gennaio 2020).

⁸⁶ «*The legislation stipulates that non-vaccinated children cannot attend any kind of collective institutions, such as nurseries, kindergartens or schools, and no reasons for refusal other than medical exemptions are possible. Regardless of initial debates and concerns regarding whether this compulsory mode of action would foster anti-vaccination stances, already 1 year after implementation the vaccination coverages increased for the mandatory vaccines*», così si legge in uno studio presentato in Eurosurveillance Journal, rivista dell'European Centre for Disease Prevention and Control, da H. HOLZMANN, U. WIEDERMANN, *Mandatory vaccination: suited to enhance vaccination coverage in Europe?*, 27 giugno 2019. Sulla stessa rivista si legga anche D. LEVY-BRUHL et al., *Extension of French vaccination mandates: from the recommendation of the Steering Committee of the Citizen Consultation on Vaccination to the law*, 26 aprile 2018.

⁸⁷ Si fa riferimento alla legge federale *Gesetz für den Schutz vor Masern und zur Stärkung der Impfprävention*, abbreviato *Masernschutzgesetz*, approvata il 14 novembre 2019, che sarà in vigore dal 1 marzo del 2020. Per maggiori approfondimenti su questa recente disposizione, frutto di un lungo dibattito politico, si rimanda a I. DOMENICI, *Germania – Parlamento approva l'introduzione dell'obbligo di vaccinazione contro il morbillo*,

ad un massimo di 2.500€ , anche il divieto di ammissione alla frequenza delle scuole dell'infanzia per i minori inadempienti, mentre tale misura è esclusa, similmente a quanto previsto in Italia, per le scuole dell'obbligo. Per quanto tale normativa preveda l'obbligatorietà di un solo vaccino, essa risulta nondimeno particolarmente rilevante se la si inserisce nello specifico contesto tedesco nel quale non è disposta la vincolatività di alcun trattamento vaccinale⁸⁸.

3.3. Osservazioni conclusive su una questione complessa

I cenni di attualità sopra riportati permettono di comprendere la complessità delle scelte che il legislatore – ed eventualmente, a seguire, il giudice – è chiamato ad affrontare relativamente alla questione vaccinale, soprattutto nel momento attuale, caratterizzato da un calo della copertura e da un aumento della diffidenza da parte di alcuni consociati verso questi trattamenti⁸⁹. Sulla base anche di queste considerazioni, nonché del ricostruito dibattito parlamentare in corso, si vuole ora procedere a delineare alcune considerazioni conclusive sulla situazione italiana, ripartendo dalla sentenza n. 5/2018. In materia di profilassi vaccinale è indubbio che «l'introduzione di una forma di “dovere alla salute” ha toccato inevitabilmente le corde più profonde di un ordinamento di ispirazione liberale»⁹⁰, ponendo questioni delicate nell'ambito del tradizionale bilanciamento tra diritti ed interessi contrapposti. Que-

disponibile sul sito di BioLaw, all'indirizzo <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Normativa/Germania-Parlamento-approva-l-introduzione-dell-obbligo-di-vaccinazione-contro-il-morbillo>, consultato il 25 gennaio 2020.

⁸⁸ Per un'analisi comparata della disciplina del trattamento vaccinale si rimanda a S. PENASA, *Obblighi vaccinali: un itinerario nella giurisprudenza costituzionale comparata*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2018; L. PEDULLA, *Profili costituzionalistici in materia di vaccinazioni: uno sguardo comparatistico*, in *Federalismi.it-Osservatorio di Diritto Sanitario*, 25 luglio 2018. Un ulteriore spunto di riflessione può essere fornito dall'adozione, nello Stato di Washington (USA), di una legge in materia di vaccinazioni obbligatorie (HB 1638-2019-20, entrata in vigore il 28 luglio 2019). In questo testo normativo, fortemente discusso, è stata limitata la possibilità dei genitori di non sottoporre il proprio figlio alle vaccinazioni obbligatorie per parotite, rosolia, morbillo (requisito necessario per la frequenza scolastica) per meri motivi di “*personal belief*”. Nello Stato richiamato, così come in molti Stati americani, è ancora però possibile eccepire ragioni religiose, oltre che mediche, per sottrarsi agli obblighi vaccinali che vengono così di fatto estremamente ridimensionati nella loro portata. La decisione dello Stato di Washington di restringere l'ambito delle eccezioni rappresenta dunque un trend nella direzione di una maggiore effettiva obbligatorietà del trattamento vaccinale: nello stesso senso infatti devono leggersi le normative adottate negli Stati del Maine (*House Bill 586* del 2019) e di New York (*Senate Bill 2994* del 2019), che hanno rispettivamente rimosso l'eccezione per “*personal belief*” e religiosa e quella solamente religiosa. Anche lo Stato della California aveva già approvato nel 2015 una simile normativa (*Senate Bill 277*) che eliminava il “*personal belief*” come motivo di astensione dall'obbligo vaccinale. Sul punto si legga: S. AWANYAI, *In defense of California's mandatory child vaccination law: California Courts should not depart from established precedent*, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, 50, 2018, 392-420. Per una più generale ricostruzione delle normative vaccinali negli Stati Uniti d'America che, in assenza di una legge federale, conoscono una frammentaria disciplina statale, si veda: M. TOMASI, *Uniformità della giurisprudenza e unitarietà della scienza: la misura di sostenibilità del pluralismo*, op. cit.; della stessa autrice si rimanda anche a: *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, op. cit., 463 ss.

⁸⁹ Oltre a quanto già sottolineato nel paragrafo 2.2. con riferimento alla c.d. esitazione vaccinale, per una panoramica diffusa e globale circa la fiducia della società nel trattamento di profilassi, si rimanda anche allo studio di H. LARSON et al., *The state of vaccine confidence 2016: global insights through a 67 Country survey*, in *EBioMedicine*, 12, 2016, 295-301.

⁹⁰ M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica*, op. cit., 480.

sto si connota oggi di ulteriori elementi problematici derivanti dalla preponderante incisività del progresso scientifico sulla vita quotidiana dei consociati e dunque anche sulle scelte del legislatore, che si confronta con la necessità di adottare normative sempre più *science based*. La funzione del dato tecnico-scientifico quale elemento ormai imprescindibile per le valutazioni del legislatore in ambiti fortemente tecnicizzati, quali le discipline nel campo biomedico o delle biotecnologie, ha infatti messo in luce tutte le difficoltà legate al non facile rapporto tra scienza e diritto. Ed è proprio a tale relazione e convivenza che sono riconducibili le diverse problematiche emerse nella sentenza n. 5/2018: anche quelle che presentano profili maggiormente “formali” sono in realtà alla loro base determinate dalla valutazione di questioni e dati scientifici. Si pensi, ad esempio, al carattere necessariamente preventivo e «programmatico» del trattamento vaccinale e di quanto questo abbia indotto ad una riflessione – ed in certo senso “rilettura” – sul concetto “classico” di urgenza dell’intervento normativo del governo, che ha assunto in tale ambito un significato del tutto peculiare. La necessità di agire “legislativamente” per evitare una sola potenziale o probabile fase emergenziale ed epidemica successiva è dettata dalla natura stessa del trattamento sanitario in esame, sulla base del quale un intervento a posteriori, adottato cioè dopo il manifestarsi dell’emergenza, renderebbe inutile una politica vaccinale tardiva. È quindi sul terreno della considerazione di concetti quali l’immunità di gregge e sulla lettura di dati scientifici e statistici che poggia l’argomentazione a sostegno della sussistenza dei caratteri di “straordinarietà” dell’urgenza⁹¹, intesa nel senso di imprevedibilità del calo vaccinale e del diffondersi di focolai di malattie quali il morbillo.

Anche sul fronte “formale” della individuazione del riparto delle competenze legislative in materia non è possibile prescindere dal dato scientifico e, ancora una volta, dal significato di immunità di gregge: la decisione di Governo, prima, e Parlamento, poi, di affrontare, con un approccio centralista, una situazione normativa che si era rivelata estremamente frammentaria e caratterizzata da un alto livello di disomogeneità – frutto talvolta, come si è visto, di un reinserimento a livello regionale o locale delle sanzioni volte a rafforzare il carattere obbligatorio delle vaccinazioni, o in altri casi a sospenderne gli obblighi e le conseguenze sanzionatorie – ha visto le proprie ragioni anche nell’esigenza di garantire una copertura vaccinale in modo eguale su tutto il territorio nazionale quale condizione di efficacia⁹². Del resto, questa posizione del legislatore statale, convalidata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 5/2018 viene anche chiaramente confermata nelle successive sentenze n. 137/2019 e n. 186/2019, esaminate al par. 3.1., nelle quali viene ribadito come non possa essere accettata una disciplina regionale né più rigida e neppure più flessibile rispetto a quella prevista a livello statale⁹³.

⁹¹ Come si è avuto modo di sottolineare, coloro che invece negano o ritengono quanto meno dubbia la sussistenza di una reale urgenza improrogabile, ravvisano nel procedimento legislativo ordinario la garanzia di un più ampio dibattito e di una scelta maggiormente condivisa, vista la tematica di estrema rilevanza. Sul punto si rimanda alle posizioni di F. PIZZETTI, *Intervista*, in AA VV, *Forum. Vaccini obbligatori: le questioni aperte*, in *BioLaw Journal*, 2, 2017; M. TOMASI, *Politiche vaccinali, decretazione d’urgenza e rapporti fra Stato e Regioni*, op. cit.

⁹² Sul punto si rimanda a quanto già affermato in occasione della ricostruzione della situazione normativa precedente alla l. n. 119/2017, che aveva portato, in modo piuttosto singolare anche sul fronte delle fonti del diritto, ad una disciplina “a macchia di leopardo” in materia di trattamento vaccinale.

⁹³ Si pensi, in questo senso, alla normativa adottata dalla regione Molise. Viene dunque messo in rilievo, sin dalla l. n. 119/2017 e dalla sentenza n. 5/2018 della Corte costituzionale, un “indietreggiamento” delle competenze regionali rispetto a quella statale in materia di trattamento vaccinale. Plutino afferma infatti: «Allo stato attuale della legislazione e giurisprudenza costituzionale non sarebbe consentito alle Regioni con propria legislazione di

Il ruolo della scienza e il suo rapporto con il diritto, in particolare nelle scelte del legislatore, si riverbera fortemente anche nelle decisioni più “sostanziali”, quelle aventi ad oggetto il bilanciamento tra diritti e interessi costituzionali: nel caso del trattamento vaccinale e della valutazione del legislatore circa la necessità di (re)inserire una disciplina di obbligatorietà, è la considerazione del dato scientifico e statistico – ed il relativo allarme sanitario – che ha portato a ritenere il diritto all’autodeterminazione e alla libertà individuale in materia di trattamenti sanitari (in questo caso esercitata dal genitore per il figlio minore) “recessivo” – sebbene con tutti gli accorgimenti e i rimedi analizzati⁹⁴ – rispetto alla tutela del diritto alla salute della società.

Da ciò emerge lo spunto per una riflessione di grande rilievo: se è vero infatti, come riaffermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 5/2018, che le operazioni di bilanciamento dei «molteplici valori costituzionali»⁹⁵ che la questione vaccinale vede coinvolti sono prerogativa del legislatore e della sua discrezionalità politica⁹⁶, è altrettanto vero che tale discrezionalità non può essere considerata assoluta (“pura”, per usare le parole del Giudice delle leggi) ed anzi vede dei precisi limiti; questi ultimi sanciscono e chiariscono i confini di quel complesso rapporto e tra valutazioni scientifiche e scelte legislative in ambiti biomedici o comunque ‘tecnici’. Richiamando quanto espresso nell’importante pronuncia della Corte costituzionale n. 282 del 2002, la decisione del legislatore dovrebbe infatti fondarsi sulla verifica delle conoscenze scientifiche così come fornite da istituzioni e organismi nazionali e sovranazionale⁹⁷. E anche questo specifico aspetto di non poco conto del “rilievo e diffusione nazionale” delle informazioni e dei dati forniti è stato oggetto di grande dibattito, nel quale è intervenuto

prevedere misure per far fronte a situazioni epidemiologiche locali (emergenziali o meno) in modo da raggiungere una migliore copertura vaccinale. Ciò deve dirsi in particolare per le annunciate iniziative legislative regionali che intenderebbero irrigidire il sistema degli obblighi vaccinali nella prospettiva di un’eventuale “flessibilizzazione” prodotta dalla legge statale, con un ritorno alla scelta di base della tecnica delle raccomandazioni», *Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di diritto costituzionale su un tema dominato dalle evidenze scientifiche*, op. cit., 559. Sul punto si richiama anche C. PINELLI, *L’obbligo di vaccinazioni tra Stato e Regioni*, op. cit.

⁹⁴ Come si è già sottolineato nel par. 1.1., richiama la sentenza n. 307/1990, ma anche, nello stesso senso, n. 118/1996.

⁹⁵ In questi termini si esprime la Corte costituzionale nella sentenza n. 5/2018.

⁹⁶ Sul punto si legga anche la già richiamata pronuncia della Corte costituzionale n. 258/1994 nella quale viene affermato che: «Proprio la necessità di realizzare un corretto bilanciamento tra la tutela della salute del singolo e la concorrente tutela della salute collettiva, entrambe costituzionalmente garantite, si renderebbe necessario porre in essere una complessa e articolata normativa di carattere tecnico - a livello primario attesa la riserva relativa di legge, ed eventualmente a livello secondario integrativo - che, alla luce delle conoscenze scientifiche acquisite, individuasse con la maggiore precisione possibile le complicità potenzialmente derivabili dalla vaccinazione, e determinasse se e quali strumenti diagnostici idonei a prevederne la concreta verificabilità fossero praticabili su un piano di effettiva fattibilità. Ed al tempo stesso - per evitare che la prescrizione indiscriminata e generalizzata di tutti gli accertamenti preventivi possibili, per tutte le complicità ipotizzabili e nei confronti di tutte le persone da assoggettare a tutte le vaccinazioni oggi obbligatorie rendesse di fatto praticamente impossibile o estremamente complicata e difficoltosa la concreta realizzabilità dei corrispondenti trattamenti sanitari - si dovrebbero fissare standards di fattibilità che nella discrezionale valutazione del legislatore potrebbero dover tenere anche conto del rapporto tra costi e benefici, eventualmente stabilendo criteri selettivi in ordine alla utilità - apprezzata anche in termini statistici - di eseguire gli accertamenti in questione», giungendo infine la Corte ad attribuire tale potere unicamente al legislatore.

⁹⁷ Già prima di tale nota pronuncia, alcuni autori ritenevano che «è compito della scienza, nel suo continuo e incessante divenire, indicare di volta in volta al diritto [...] la mera opportunità del trattamento sanitario [...] ovvero la sua necessità, che indurrebbe il legislatore ordinario a prescriberne invece l’obbligatorietà” (così L.

più volte il Giudice costituzionale: con sentenza n. 338 del 2003 viene stabilito che il legislatore regionale non può motivare le proprie decisioni sulla base di quanto affermato dalla comunità scientifica a livello meramente territoriale bensì deve fondarsi su acquisizioni tecnico-scientifiche che abbiano carattere nazionale o sovranazionale⁹⁸.

Quanto affermato dalla Corte costituzionale nonché le scelte normative che vedono i «dati scientifici ed epidemiologici assunti all'interno del procedimento legislativo»⁹⁹ quale base dell'esercizio del potere discrezionale del legislatore, non sono tuttavia prive di potenziali insidie: alcuni autori evidenziano infatti l'importanza di considerare con grande attenzione il ruolo e l'apporto delle conoscenze scientifiche nel processo di formazione delle leggi – e più ampiamente anche nel processo giudiziario stesso¹⁰⁰

CHIEFFI, *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, in *Politica del diritto*, 4, 1997, 592, citato da S. PENASA, *Obblighi vaccinali: un itinerario nella giurisprudenza costituzionale comparata*, op. cit., 57).

⁹⁸ In questa decisione, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni delle leggi regionali del Piemonte e della Toscana in materia di terapia elettroconvulsivante, lobotomia prefrontale e transorbitale, si legge: «il riferimento limitativo ad una non meglio precisata “comunità scientifica toscana” come base tecnica per l'elaborazione delle linee guida si pone in contraddizione con il carattere, di norma nazionale o sovranazionale, delle acquisizioni e delle valutazioni tecnico-scientifiche sul cui fondamento i sanitari sono chiamati ad operare, non potendosi certo ammettere, per la stessa ragione per cui è precluso un intervento legislativo regionale sul merito delle scelte terapeutiche, un vincolo, in una sola Regione, a rispettare indicazioni provenienti da un solo settore, territorialmente circoscritto, della comunità scientifica», par. 6.

⁹⁹ S. PENASA, *Obblighi vaccinali: un itinerario nella giurisprudenza costituzionale comparata*, op. cit., 57.

¹⁰⁰ Pur non volendo affrontare in questa sede il tema dei cambiamenti provocati dall'inserimento della scienza e di circostanze tecniche ed esterne a quelle prettamente giuridiche nel tradizionale controllo del giudice – in particolare, per il caso in esame, del giudice costituzionale –, si reputa tuttavia opportuno sottolinearne la complessità e rilevanza. Se il giudice infatti «non può più trincerarsi dietro al famoso brocardo *iudex peritus peritorum* per fare a meno dell'apporto degli esperti» (M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in AA VV, *Forum. Le responsabilità nei confronti della scienza*, in *BioLaw Journal*, 1, 2017, 11), è però legittimo chiedersi «sino a che punto il giudice può deresponsabilizzarsi ed affidarsi a dati esterni, facendo dipendere la decisione di sua competenza da soggetti che non hanno la legittimazione che è conferita al giudice dalla sua peculiare posizione» (R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bioteologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 1-22). Ecco quindi che se da un lato è quanto mai necessario un superamento dell'idea totalizzante di un giudice che può fare a meno dell'apporto e delle conoscenze extra-giuridiche (L. SCAFFARDI, *Iudex peritus peritorum? L'utilizzo del DNA nel processo penale ed il ruolo del giudice*, in C. D'ALESSANDRO, C. MARCHESE (a cura di), *Ius dicere in a globalized world*, Roma, vol. 2, 2018, 781), dall'altro ciò non può tradursi in un disconoscimento della tradizionale funzione del magistrato stesso. Diviene dunque evidente come al giudice, similmente a quanto detto con riferimento alla discrezionalità del legislatore, non venga richiesto né di escludere il linguaggio scientifico dalle proprie decisioni né di imparare o pretendere di padroneggiare tali conoscenze da solo, bensì di saper dialogare con la scienza, che non deve tuttavia essere l'unica dimensione da considerare, anche e soprattutto nella valutazione della legittimità o meno di una disposizione normativa effettuata dal giudice costituzionale. Certamente questo porta a riflettere anche su di una connessa problematica, di grande attualità, quale quella dell'uso dei poteri istruttori da parte dei giudici: se si guarda in particolare alla Corte costituzionale, come confermato anche dalla pronuncia in materia vaccinale, fino ad ora il Giudice delle leggi è stato parsimonioso nel ricorrere ad interventi di esperti, anche per la difficoltà di individuare da un lato soggetti – o studi – imparziali, privi di affiliazioni o condizionamenti, dall'altro di formulare correttamente nella maniera più specifica e utile possibile quesiti agli esperti interrogati, domande che spesso necessitano esse stesse di conoscenze preliminari già in sé piuttosto dettagliate (M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, op. cit.). Non è un caso che proprio tali aspetti siano ormai da tempo oggetto di riflessione da parte dei giudici costituzionali e che recentemente si sia provveduto ad una modifica delle «Norme

– affinché tale intersecarsi di scelte giuridiche e dati tecnici «non ridondi in una inversione del rapporto tra scienza e diritto di cui abbiamo forse un po' troppo in fretta dimenticato la pericolosità, se alla prima si lascia un primato indiscusso rispetto al secondo»¹⁰¹. Da qui emerge la difficoltà di definire confini e limiti di un rapporto complesso, che si estrinseca anche nello sforzo di coordinare il linguaggio scientifico con quello del diritto e di valutare il se e il come tradurre dati scientifici in obblighi giuridici. Una sfida aperta, complessa e dibattuta, che emerge con chiarezza anche nella disciplina in materia di trattamento vaccinale sin qui analizzata e nelle parole usate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 5/2018. Il Giudice delle leggi in tale contesto dichiara che «nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quelle che separa i due concetti nei rapporti giuridici (par. 8.2.4.)». Ebbene, in questa affermazione da un lato potrebbe ravvedersi il tentativo della Corte di rispondere alle problematiche derivanti dalla diversità dei due linguaggi scientifico e giuridico e di affievolirne in qualche modo le differenze, particolarmente evidenti quando si parla di obbligo e di raccomandazione; del resto, «si tratta di due ordini diversi, posti da scienze diverse, ma che devono interagire, e dove l'evidenza scientifica, la statistica, la scelta politico-legislativa sono chiamate a trovare un equilibrio credibile e coerente con il quadro costituzionale»¹⁰². Dall'altro lato, però, non manca chi riscontra in tale dichiarazione l'attribuzione alla scienza medica di «un ruolo eccessivo che finisce per determinare un'ibridazione di concetti giuridici (raccomandazione e obbligo) per effetto del contatto con la tecnica»¹⁰³.

integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale» (Delibera 08.01.2020 Corte Costituzionale, Modifiche alle «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale», in Gazzetta Ufficiale n. 17 del 22.01.2020), nel segno di una maggiore apertura e trasparenza del processo, introducendo, tra le altre, la possibilità in capo al Giudice delle leggi di «convocare esperti di chiara fama, qualora ritenga necessario acquisire informazioni su specifiche discipline» (UFFICIO STAMPA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, Comunicato stampa: La Corte si apre all'ascolto della società civile, 11 gennaio 2020 e sul punto anche A.M. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale*, in *Diritti Comparati*, 23 gennaio 2020).

¹⁰¹ L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio AIC*, luglio 2014; ma anche della stessa autrice *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, 2, 2002, 1450 ss. Sul punto si legga anche A. D'ALOIA che afferma: «Il cammino congiunto del diritto e dello sviluppo scientifico [...] appare talmente intrecciato che non è facile capire quando siamo di fronte a situazioni di «regolazione giuridica della scienza», in cui il diritto svolge una funzione preponderante di legittimazione del sapere scientifico, di definizione dei suoi limiti di azione e del contesto amministrativo e burocratico; ovvero a casi in cui è la scienza a «dettare il tempo», ad imporre direttamente o indirettamente determinate soluzioni normative o giurisprudenziali, in cui – in altri termini – è «il diritto ad essere regolato scientificamente»» (A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, op. cit., XIII).

¹⁰² M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di diritto costituzionale su un tema dominato dalle evidenze scientifiche*, op. cit., 561.

¹⁰³ A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *ConsultaOnline*, 1, 2018. L'autore sul punto procede affermando: «Non è in dubbio l'idea che il ricorso sempre più frequente a valutazioni di carattere tecnico-scientifico determini trasformazioni profonde nei riguardi di alcune categorie e di talune garanzie del costituzionalismo democratico ed è altrettanto indubitabile che nell'ambito medico il confine tra raccomandazione e obbligo risulti assai sottile, tuttavia il decreto-legge si muove pienamente nel perimetro dell'ordinamento giuridico, assumendo il concetto di obbligo, come modo deontico, nell'accezione giuridica ordinaria» p. 93. Dello stesso

Le medesime problematiche di tradurre e considerare complessi concetti scientifici in previsioni giuridiche vengono riscontrate anche nello strumento di “flessibilizzazione” volto a consentire un ritorno al regime di raccomandazione laddove venisse a cessare la situazione di calo vaccinale e di mancato raggiungimento della soglia di immunità di gregge; mentre tale previsione è stata positivamente considerata dalla Corte costituzionale, alcuni autori ne sottolineano la criticità: la soglia del 95% non dovrebbe essere l’unico dato scientifico da valutare bensì anche i «dati epidemiologici e quelli che riguardano le eventuali reazioni avverse» dovrebbero essere tenuti in debita considerazione, permettendo una analisi “scientifica” completa del contesto e dunque della reale necessità di passare dall’obbligatorietà alla mera raccomandazione¹⁰⁴.

Conclusivamente, tutte queste riflessioni aiutano a comprendere come la disciplina del trattamento vaccinale sia paradigmatica non solo della difficoltà di individuare un corretto equilibrio tra interesse collettivo e diritto dell’individuo nonché tra le diverse competenze dello Stato e delle Regioni, bensì anche del complesso rapporto tra scienza e diritto, tra progresso scientifico e linguaggio giuridico, tra valutazione dei dati tecnico-scientifici e discrezionalità legislativa. Ed è in questo peculiare contesto e di fronte alla “rigorosità” del sapere scientifico, che mostra però nei suoi dibattiti interni e nei suoi cambiamenti, anche repentini, un elemento di difficoltà per il legislatore, che quest’ultimo è chiamato ad affrontare con sempre maggiore attenzione la delicata sfida di regolare ambiti fortemente tecnicizzati.

parere anche A. NEGRONI, *L’obbligatorietà delle vaccinazioni (decreto legge n. 73/2017) è questione eminentemente di diritto costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2017, che ribadisce la “sovranità” del diritto e non della medicina nella scelta del legislatore e nel linguaggio adottato.

¹⁰⁴ Sul punto si rimanda a quanto già più ampiamente riportato nella nota n. 74, nella quale sono stati richiamati B. LIBERALI, *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate tra scienza, diritto e sindacato costituzionale*, op. cit., e V. CIACCIO, *I vaccini obbligatori al vaglio di costituzionalità. Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 5 del 2018*, op. cit.

Mental integrity protection in the neuro-era. Legal challenges and philosophical background

Stefano Fuselli*

ABSTRACT: Several neurotechnological devices that are in use today can both collect signals from the brain electro activity and send impulses to the brain. Thus, it is possible to intervene on brain activity in order to modify it and to transform it into usable and reproducible signals. This new kind of man-machine connection is going to have a deep impact on legal categories. This paper focuses on the notion of mental integrity and the consequent changes within its semantic field. What provides the guiding thread is the current debate on personal identity and autonomy of Deep Brain Stimulation patients. The conclusion outlines the possible philosophical background of the issues at stake.

KEYWORDS: Law and Neuroscience; mental Integrity; DBS and Identity; DBS and autonomy; individuality

SOMMARIO: 1. Introduction – 2. Deep Brain Stimulation – 3. Identity and autonomy: the two topics of discussion – 3.1. DBS and personal identity – 3.1.1. The conceptual frame – 3.1.2. Deflating perspectives – 3.1.3. Some legal profiles – 3.2. DBS and autonomy – 3.2.1. Self-control and capacity to decide – 3.2.2. New fronts – 3.2.3. Dystopias? – 4. Integrity and individuality – 4.1. Protecting mental integrity in the neurotechnological era – 4.2. Devices and “dividual” – 4.3. Rethinking individuality – 4.4. At the source of an ambivalence

1. Introduction

The neurotechnological devices that are in use today are no longer only directed to monitoring brain activity. They are used both to intervene on brain activity in order to modify it, or to decode it in order to transform it into usable and reproducible signals. Accordingly, a new kind of man-machine connection has been created, based on electro brain activity.

These devices can be both intrusive – as in the case of surgical implantation of electrodes in the brain – and nonintrusive – as long as they use the electro brain activity detectable on the scalp. Generally speaking, the intrusive ones are devices for neuro-modulation and, presently, they are used for treatment of some neurological diseases (like Parkinson’s Disease) or also for treatment of severe psychical disorders (like some kinds of depression). The non-intrusive ones are a kind of prosthesis, which can be used both for computer games and to control objects, like steering a wheelchair.

Putting it somewhat roughly, one can classify the brainware devices into two main categories. The first one embraces those devices that are used to collect signals coming *from* the brain, like in the

* Professor of Philosophy of Law, Department of Private Law and Critique of Law, University of Padua. Mail: stefano.fuselli@unipd.it. The article was subject to a double-blind peer review process.



Brain Computer Interface system (BCI).¹ The second one embraces those devices that send signals to the brain, like in *Deep Brain Stimulation (DBS)* or in *Transcranial Magnetic Stimulation (TDM)*.²

The development of research – astonishingly rapid, indeed – has produced at least two main outcomes. On the one hand, it has implemented production and commercialization of devices that are less invasive and more precise and performant. On the other hand, it has brought about a hybridization of the technologies in which the devices used to send signals and stimuli to the brain can also, simultaneously, collect and forward as data the signals coming from the brain.

Of course, it is not surprising at all if the different issues arising from these brainware devices have become subject of a longtime debate among physicians, engineers, IT specialists, on the one hand, and bioethicists, on the other hand.³ Nevertheless, the technological implementation of the new outcomes have shed light on new issues, which are interesting also from a legal point of view. Indeed, the uses of the new devices seem to affect personal identity and individual autonomy in a no trivial way.

In this paper, I will firstly outline how bioethicists, in particular, discuss these two topics in the debate about *DBS* technologies and their developments.⁴ Secondly, I will try to show that the different issues at stake pertain to the fundamental right to mental integrity as connected to both human health and moral freedom. At the end, I will come to what I believe to be the philosophical issues at stake.

2. Deep Brain Stimulation

Deep Brain Stimulation (DBS) is a treatment for specific movement disorders and neurological disease. It consists in continuously giving electrical impulses into a small brain area via electrodes implanted into the target location.⁵

Typically, it is used for *PD* patients who are not responsive to drug treatments anymore. In the last decade, this method has been used or experimented in the treatment of other neurological diseases,

¹ That is signal acquisition and digitalization, and signal processing by means of features acquisition and algorithmic translation; J. WOLPAW, E. W. WOLPAW (eds.), *Brain–Computer Interfaces: Principles and Practice*, Oxford, 2012; B. CUSACK, K. SUNDARARAJAN, R. KHALEGHPARAST, *Neurosecurity for Brainware Devices*, in C. VALLI (ed.), *The Proceedings of 15th Australian Information Security Management Conference, 5-6 December, 2017*, Perth, 2017, 49–56.

² P. FOLEY, *Deep Brain Stimulation for Parkinson’s Disease: Historical and Neuroethical Aspects*, in J. CLAUSEN, N. LEVY (eds.), *Handbook of Neuroethics*, Dordrecht, 2015, 561–587; M. CHRISTEN, S. MÜLLER, *Editorial: The Clinical and Ethical Practice of Neuromodulation – Deep Brain Stimulation and Beyond*, in *Frontiers in Integrative Neuroscience* 11, 2017, article 32; J.-P. LEFAUCHER et al., *Evidence-based guidelines on the therapeutic use of repetitive transcranial magnetic stimulation (rTMS)*, in *Clinical Neurophysiology*, 125, 2014, 2150–2206.

³ C. INEICHEN, M. CHRISTEN, *Analyzing 7000 texts on deep brain stimulation: what do they tell us?*, in *Frontiers in Integrative Neuroscience*, 9, 2015, article 52, point out that papers on the topic were more than 7000 already in 2014.

⁴ I will focus only on therapeutical or auxiliary use of those devices. Therefore, I will not examine the widely discussed topic of their uses for enhancement.

⁵ B. SCHMITZ-LUHN, C. KATZENMEIER, C. WOOPEN, *Law and ethics of deep brain stimulation*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 35, 2012, 130–136.

like epilepsy,⁶ for psychiatric disorders, like Tourette Syndrome or Major Depression,⁷ for disorders like Anorexia⁸ or for some kinds of addiction.⁹ Of course, it could be also used for mental enhancement or mood modulation.¹⁰

The neurosurgical implant of electrodes is combined with the subcutaneous implant of an impulse generator, usually placed in the chest. In the traditional *open-loop DBS* implants, the patients themselves control the release of impulses and the degree of the stimulation.¹¹ In the new *closed-loop DBS* implants, an algorithm controls the impulses.¹²

Even if its functioning mechanism is not completely clear yet,¹³ *DBS* seems not to cause collateral effects, other than drug treatments usually do, and the range of its applications is going to widen more and more and so will the issues at stake, as two well-known leading-cases can testify to.¹⁴

A sixty-two-year-old Dutch *PD* patient provides the first example.¹⁵ In order to recover his motility control, he underwent a *DBS* implant operation. The treatment was successful, because the patient did not suffer from motor impairments anymore. Nevertheless, he began to develop manic disorder and serious personality changes that caused his becoming mentally incompetent and unable to live

⁶ J. AMADIO, N.M. BOULIS, *Brain Implants as Closed-Loop Systems: Risks and Opportunities*, in *AJOB Neuroscience*, 6, 2015, 14–15.

⁷ M. SYNOFZIK, *Deep Brain Stimulation Research Ethics: The Ethical Need for Standardized Reporting, Adequate Trial Designs, and Study Registrations*, in J. CLAUSEN, N. LEVY (eds.), *Handbook of Neuroethics*, Dordrecht, 2015, 621–633; T. BEEKER, T.E. SCHLAEPFER, V.A. COENEN, *Autonomy in Depressive Patients Undergoing DBS-Treatment: Informed Consent, Freedom of Will and DBS' Potential to Restore It*, in *Frontiers in Integrative Neuroscience*, 11, 2017, article 11; M. FIGEE, D. DENYS, I. GRAAT, *The application of deep brain stimulation in the treatment of psychiatric disorders*, in *International Review of Psychiatry*, 29, 2017, 178–190.

⁸ H. MASLEN, J. PUGH, J. SAVULESCU, *The Ethics of Deep Brain Stimulation for the Treatment of Anorexia Nervosa*, in *Neuroethics*, 8, 2015, 215–230.

⁹ B. SCHMITZ-LUHN, C. KATZENMEIER, C. WOOPEN, *Law and ethics of deep brain stimulation*, cit., *passim*.

¹⁰ M. SYNOFZIK, T. E. SCHLAEPFER, J. J. FINS, *How Happy Is Too Happy? Euphoria, Neuroethics, and Deep Brain Stimulation of the Nucleus Accumbens*, in *AJOB Neuroscience*, 3, 2012, 30–36. It is worth mentioning that *DBS* devices controlled by an algorithm are increasingly used for psychiatric patients S. GOERING et al., *Staying in the Loop: Relational Agency and Identity in Next-Generation DBS for Psychiatry*, in *AJOB Neuroscience*, 8, 2017, 59–70.

¹¹ P. FOLEY, *Deep Brain Stimulation for Parkinson's Disease: Historical and Neuroethical Aspects*, cit., *passim*.

¹² J. AMADIO, N. M. BOULIS, *Brain Implants as Closed-Loop Systems: Risks and Opportunities* answer the question raised by F. GILBERT, *A Threat to Autonomy? The Intrusion of Predictive Brain Implants*, in *AJOB Neuroscience*, 6, 2015, 4–11, whether automated predictive implants (*PDI*) are a threat for personal autonomy, by proposing an analogy with other closed-loop medical devices, such as insulin pumps. However, the analogy holds only to a certain extent, because the physiological production of insulin seems not to be connected with brain activities that underpin autonomous decision-making. On this topic, see also A. LAVAZZA, *Freedom of Thought and Mental Integrity: The Moral Requirements for Any Neural Prosthesis*, in *Frontiers in neuroscience*, 12, 2018, article 82.

¹³ P. FOLEY, *Deep Brain Stimulation for Parkinson's Disease: Historical and Neuroethical Aspects*, cit., 564.

¹⁴ M. CHRISTEN, S. MÜLLER, *Editorial: The Clinical and Ethical Practice of Neuromodulation – Deep Brain Stimulation and Beyond*, cit., *passim*.

¹⁵ L. KLAMING, P. HASELAGER, *Did My Brain Implant Make Me Do It? Questions Raised by DBS Regarding Psychological Continuity, Responsibility for Action and Mental Competence*, in *Neuroethics*, 6, 2013, 527–539: 534. cite the case reported by A.F.G. LEENTJES et al., *Manipuleerbare wilsbekwaamheid: een ethisch probleem bij elektrostimulatie van de nucleus subthalamicus voor ernstige ziekte van Parkinson*. *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde*, in *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde*, 148, 2004, 1394–97. The same case is mentioned also by T. GALERT, *Impact of Brain Interventions on Personal Identity*, in J. CLAUSEN, N. LEVY (eds.), *Handbook of Neuroethics*, cit., 407–422.

on his own anymore. When *DBS* was turned off, he recovered his insight and his mental competence, but his motor impairments became worse. Since the psychiatric symptoms caused by *DBS* were not treatable by means of drugs, the two options were either to disable *DBS* and to admit the patient in a nursing house or to continue *DBS* and to admit him in a psychiatric institution. While the *DBS* implant was turned off, the patient decided to continue the *DBS* treatment and to be admitted in a psychiatric institution.¹⁶

The second example is provided by the effects of a *DBS* treatment on a patient suffering from Tourette Syndrome. A year after having received the implant, he developed a dissociative response when the amplitude of stimulation was increased. During an experimental setting, in consequence of increased amplitude he crouched in a corner, covering his face with the hands, and spoke with a childish voice repeatedly insisting that he was not to blame. He kicked his feet if any equip member tried to approach him, because he was afraid of being thrown into the basement. After the signal amplitude was decreased, he recovered his insight again, but was unable to recall what had happened. He only reported to have been overwhelmed by bad childhood memories.¹⁷

3. Identity and autonomy: the two topics of discussion

Neither these cases nor many others challenge the efficacy of *DBS* treatment in its several therapeutic uses.¹⁸ Rather, they shed light on the reasons why connecting directly and continuatively the brain with an external controlled device has raised a wide debate on possible issues concerning personal identity and autonomy.

It is worth noting that the conceptual tools used in the frame of the current discussion about vegetative states or Alzheimer's Disease have been adapted to cope with these new challenges. Differently from what happens in a neurodegenerative disease, the changes caused by implanting a device can be sudden instead of gradual and with a considerable range of reversibility.¹⁹

First, I will shortly analyze the issues concerning personal identity and then the ones concerning autonomy. Although they are intertwined, different contributions focus on them separately in many cases.

¹⁶ «According to Dutch health law, judicial authorization in a psychiatric hospital is only possible if the harm cannot be averted by interference of a person or institution. Additionally, a treatment plan focusing on removing the harm that is responsible for the patient's hospitalization is required by law. The harm, i.e. the patient's altered personality and the behavior resulting from this alteration, could have been averted or removed by turning off the *DBS*. Hence, none of these legal requirements was fulfilled» L. KLAMING, P. HASELAGER, *Did My Brain Implant Make Me Do It? Questions Raised by DBS Regarding Psychological Continuity, Responsibility for Action and Mental Competence*, cit., 534–35.

¹⁷ I. GOETHALS et al., *Brain Activation Associated with Deep Brain Stimulation Causing Dissociation in a Patient with Tourette's Syndrome*, in *Journal of Trauma & Dissociation*, 9, 2008, 543–49.

¹⁸ Cfr. ad es. F. BAYLIS, "I Am Who I Am": *On the Perceived Threats to Personal Identity from Deep Brain Stimulation*, in *Neuroethics*, 6, 2013, 513–526.

¹⁹ L. KLAMING, P. HASELAGER, *Did My Brain Implant Make Me Do It? Questions Raised by DBS Regarding Psychological Continuity, Responsibility for Action and Mental Competence*, cit., *passim*. On the reversibility topic, A. PACHOLCZYK, *Ethical Objections to Deep Brain Stimulation for Neuropsychiatric Disorders and Enhancement: A Critical Review*, in J. CLAUSEN, N. LEVY (eds.), *Handbook of Neuroethics*, cit., 635–655.

3.1. DBS and personal identity

3.1.1. The conceptual frame

Without going back too far in the past, a special issue of *Neuroethics* 2013 focusing on brain-implants is worth mentioning. In their articles, several authors proposed and outlined different notions of personal identity in order to answer the question whether *DBS* causes alterations in personal identity.²⁰

On the one hand, it has been claimed that the effects reported by *DBS* patients could be evaluated as causing an altered personal identity so long as personal identity is seen as an experienced psychological continuity persisting in time. From a legal point of view, the Dutch patient provides a paradigmatic example for an interruption of the psychological continuity that is supposed to underpin the capacity of consent for treatment.²¹

On the other hand, some authors have criticized this notion of personal identity as inadequate to face the issues at stake. They compare the static psychological continuity with the notion of a dynamic intersubjective narrative identity, where the self-narrative is integrated by the narratives provided by the people one is living with. From this point of view, the only possible threat against patients' personal identity is when they cease to experience themselves as co-authors of their own life narrative.²²

A couple of years later, the *Handbook of Neuroethics* dedicated a whole section to discussing the topic of personal identity in the *DBS* debate. For example, in their contribution, Mackenzie and Walker aimed to determine which paradigm could better provide an account for both the sensations reported by *DBS* patients, who claim not to recognize themselves anymore or to feel self-estranged, and the possibility that they continue weaving into the larger whole of their identity the threads of their life.²³ They analyzed three notions of personal identity, which are *numerical identity* – like psychological or biological continuity – *practical identity* – where the reasons of our decisions and choices de-

²⁰ J. CLAUSEN, *Bonding Brains to Machines: Ethical Implications of Electroceuticals for the Human Brain*, in *Neuroethics*, 6, 2013, 429–434.

²¹ L. KLAMING, P. HASELAGER, *Did My Brain Implant Make Me Do It? Questions Raised by DBS Regarding Psychological Continuity, Responsibility for Action and Mental Competence*, cit., *passim*. According to some scholars, the notion of identity as psycho-physical continuity underpins the notion of *forensic personal identity*, that is the idea of personal identity, which is used by the law and in legal contexts M. SCHECHTMAN, *Getting our stories straight: Self-narrative and personal identity*, in D.J.H. MATHEWS, H. BOK, P.V. RABINS (eds.), *Personal identity and fractured selves: Perspectives from philosophy, ethics, and neuroscience*, Baltimore, 2009, 65–92; T. GALERT, *Impact of Brain Interventions on Personal Identity*, *icit.*, *passim*; J. CHANDLER, *Mind, Brain, and Law: Issues at the Intersection of Neuroscience, Personal Identity, and the Legal System*, in J. CLAUSEN, N. LEVY (eds.), *Handbook of Neuroethics*, cit., 441–458.

²² F. BAYLIS, *"I Am Who I Am": On the Perceived Threats to Personal Identity from Deep Brain Stimulation*, cit., *passim*.

²³ C. MACKENZIE, M. WALKER, *Neurotechnologies, Personal Identity, and the Ethics of Authenticity*, in J. CLAUSEN, N. LEVY (eds.), *Handbook of Neuroethics*, cit., 373–392. Their thesis is shared also by E. GODDARD, *Deep Brain Stimulation Through the "Lens of Agency": Clarifying Threats to Personal Identity from Neurological Intervention*, in *Neuroethics*, 10, 2017, 325–335.

termine *who we existentially are* – and *narrative identity* – which they consider to be the best when coping with a diachronic building and re-constructing of personal identity.²⁴

3.1.2. Deflating perspectives

Many scholars have raised objections if not to deny the issue altogether, at least to seriously limit its relevance. Their claim is that, even if medicine should not be subdued to technology, it cannot be deviated from its goals by pure speculations. Therefore, bioethics issues about identity changes should not be overstated and, in any case, they are not more justified than the issues connected to the side effects of drug therapies.

Françoise Baylis has claimed that what patients experience is not an identity change, but an adaptation to their new condition, which could imply a change in their personality rather than in their personal identity.²⁵ From this point of view, discussions about identity or self are irrelevant for *DBS*.²⁶ Other scholars have made a distinction between debating on what personal identity is in general terms and presuming that the theoretical notions provided in the debate are immediately applicable on a practical level. Indeed, an alteration of personal identity – whatever that means – can be caused not only by a therapeutic treatment, but also by the disease itself.²⁷

In order to try and provide a more complete picture of the issues involved, there is clinical data worth mentioning. For example, an increasing ratio of suicides of *DBS* patients suffering from drug therapy resistant depression has been reported.²⁸ Moreover, some neurosurgeons who regularly implant *DBS* devices warn not to diminish the significance of patients' reports about the changes that they experience.²⁹

Nevertheless, there are scholars who warn against the risk that the identity debate may become a threat for the development of this kind of therapy.³⁰ Some of them, without denying the cases of *DBS* patients declaring not to feel to be themselves anymore after the implant, promote the idea of deflating the «*DBS* causes personality changes» bubble.³¹

²⁴ It is my view that this variety of possible paradigms is a reason not to introduce a new human right to psychological continuity as proposed by M. IENCA, R. ANDORNO, *Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*, in *Life Sciences, Society and Policy*, 13, 2017, article 5.

²⁵ F. BAYLIS, *"I Am Who I Am": On the Perceived Threats to Personal Identity from Deep Brain Stimulation*, cit., *passim*.

²⁶ F. BAYLIS, *"I Am Who I Am": On the Perceived Threats to Personal Identity from Deep Brain Stimulation*, cit., *passim*.

²⁷ A. PACHOLCZYK, *Ethical Objections to Deep Brain Stimulation for Neuropsychiatric Disorders and Enhancement: A Critical Review*, cit., *passim*.

²⁸ S. GOERING et al., *Staying in the Loop: Relational Agency and Identity in Next-Generation DBS for Psychiatry*, cit., *passim*.

²⁹ D. CYRON, *Mental Side Effects of Deep Brain Stimulation (DBS) for Movement Disorders: The Futility of Denial*, in *Frontiers in Integrative Neuroscience*, 10, 2016, article 17; S. EICH, O. MÜLLER, A. SCHULZE-BONHAGE, *Changes in self-perception in patients treated with neurostimulating devices*, in *Epilepsy & Behavior*, 90, 2019, 25–30.

³⁰ S. MÜLLER, M. BITTLINGER, H. WALTER, *Threats to Neurosurgical Patients Posed by the Personal Identity Debate*, in *Neuroethics*, 10, 2017, 299–310.

³¹ F. GILBERT – J.N.M. VIAÑA – C. INEICHEN, *Deflating the "DBS causes personality changes" bubble*, in «*Neuroethics*», 2018, <https://doi.org/10.1007/s12152-018-9373-8> (last visited 09.12.2019).

Additionally, Paul Foley noticed that, even if changes are possible, they should not necessarily be negative. Side effects, like euphoria, increased vitality, sense of power – which are often reported and which could be produced by the patients themselves by increasing the stimuli – seem to be more negative for other people than for the patients themselves.³² For example, this was the case of a *PD* patient who, after an eighteen months' stimulation, not only had improved his motor control, but had also recovered his vitality and experienced a more general desire of changing his life style. On the other hand, his wife, whose whole life revolved around the care given to her husband for seven years, went into depression.³³

3.1.3. Some legal profiles

The notions of identity used to outline the conceptual frame of the cases discussed above and the kind of transformations or changes, which can follow a *DBS* treatment, do not directly correspond to the meaning that identity acquires, in our legal system, as a *right*, that is the right to personal identity.

As the Italian philosopher of law Giorgio Pino has clearly pointed out, the right to personal identity is the right to be oneself both with regard to the one's own life choices and projects and with regard to an appropriate correct external representation of one's own personality. Therefore, as a *right*, personal identity is a particular determination of the more general inviolable right to personal freedom and is connected to the values of personal dignity, equality, free development of one's own personality and personal autonomy.³⁴

The cases and the issues reported above seem to be more connected with the mental balance of the *DBS* patients. Therefore, from a legal point of view, if a fundamental right is affected or challenged by those treatments and their consequences, it seems to be the right to *mental integrity* rather than the right to personal identity. As is well known, according to the 3rd article of the *Charter of Fundamental Rights of The European Union*, «Everyone has the right to respect for his or her physical and mental integrity». Also the Italian Constitutional Court has ruled that mental integrity, on a par with physical integrity, is a constitutional protected interest connected with the right to health, as set out in art. 32nd of the Italian Constitution.³⁵ Additionally, in the current debate, it has also been claimed that «mental integrity rights stand to prevent from harm, absolutely conceived, but to prevent to a disproportionate relative harm compared to the potential therapeutic benefit».³⁶

Nevertheless, some problems remain. Indeed, even if the laws and jurisprudence concerning biological damage could cover the reported phenomena,³⁷ understanding whether a court of law can rule

³² P. FOLEY, *Deep Brain Stimulation for Parkinson's Disease: Historical and Neuroethical Aspects*, cit., *passim*.

³³ F. KRAEMER, *Me, Myself and My Brain Implant: Deep Brain Stimulation Raises Questions of Personal Authenticity and Alienation*, in *Neuroethics*, 6, 2013, 483–497.

³⁴ G. PINO, *L'identità personale*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (eds.), *Ambito e fonti del biodiritto*, vol. I, Milano, 2010, 297–321: 316.

³⁵ Corte Cost. – 11/07/2003, n 233.

³⁶ M. IENCA, R. ANDORNO, *Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*, cit., *passim*.

³⁷ According to Italian jurisprudence, harm to psycho-physical integrity affects the whole relational life of an individual. See, f.i., Tribunale sez. XIII – Roma, 13/04/2017, n. 7454; Tribunale sez. XII – Roma, 06/09/2017, n.

that they represent a mental harm for a *DBS* patient or not is no easy task. According to the Italian State Council, a mental harm is a pathological alteration of somebody's physiological balance based on scientific evidence.³⁸ Without mentioning anything else, scientific evidence of alterations or disturbances reported by *DBS* patients is precisely what is at stake. Of course, this does not lead necessarily to deny the existence of these changes, but it suggests more prudently that the measuring criteria have not been properly established yet.³⁹ The difficulty of implementing empirical measurements may be actually alimeted by the complexity of the theoretical issues.

3.2. DBS and autonomy

3.2.1. Self-control and capacity to decide

As we have seen, in *DBS* patients, the issues related to personal identity are strictly intertwined with the sphere of personal autonomy.⁴⁰ In the current debate, this notion seems to imply at least three profiles. They are the control of one's own movements, actions or behavior, the capacity of self-determining in acting, pursuing one's own interests in accordance with one's own values, the capacity to make relevant decisions such as consenting to initiate or to continue a therapy.

On the one hand, *DBS* treatments seem to have less side effects on the autonomy of patients than on their identity. The therapy allows *PD* patients to recover control both over their movements and their behavior and choices to a certain degree. For example, in patients suffering from drug resistant depression, but capable to consent, *DBS* can reduce symptoms like anhedonia or decrease of energy and allows them to recover their ability to act according to their own interests.⁴¹

On the other hand, as the case of the Dutch patient shows, the possibility that *DBS* affects one's capacity to take relevant decisions on the basis of one's own ability to understand and remember relevant information cannot be excluded.⁴² Even without necessarily reaching such a dramatic level, some doubts about the real preservation of personal autonomy in deciding can arise from the possible *DBS* side effects.

The case of a *DBS* patient suffering from obsessive-compulsive disorders provides a concrete example.⁴³ Because the inefficacy of the treatment, the doctor decided to interrupt the electrostimulation, although the patient asked to continue it because it gave her a feeling of happiness and

16618; Corte appello sez. III – Roma, 08/08/2017, n. 5342; Cassazione civile sez. III – 28/02/2017, n. 5010; Cassazione civile sez. III – 24/10/2017, n. 25109.

³⁸ Consiglio di Stato sez. IV – 15/05/2018, n. 2888.

³⁹ D. CYRON, *Mental Side Effects of Deep Brain Stimulation (DBS) for Movement Disorders: The Futility of Denial*, cit., *passim*. About the criteria needed to detect changes in *DBS* patients' self-perception, see S. EICH, O. MÜLLER, A. SCHULZE-BONHAGE, *Changes in self-perception in patients treated with neurostimulating devices*, in *Epilepsy & Behaviour*, 90, 2019, 25–30.

⁴⁰ S. GALLAGHER, *Deep Brain Stimulation, Self and Relational Autonomy*, in *Neuroethics*, 2018, <https://doi.org/10.1007/s12152-018-9355-x> (last visited 09.12.2019).

⁴¹ T. BEEKER, T.E. SCHLAEPFER, V. A. COENEN, *Autonomy in Depressive Patients Undergoing DBS-Treatment: Informed Consent, Freedom of Will and DBS' Potential to Restore It*, cit., *passim*.

⁴² L. KLAMING, P. HASELAGER, *Did My Brain Implant Make Me Do It? Questions Raised by DBS Regarding Psychological Continuity, Responsibility for Action and Mental Competence*, cit., *passim*.

⁴³ M. SCHERMER, *Health, Happiness and Human Enhancement—Dealing with Unexpected Effects of Deep Brain Stimulation*, in *Neuroethics*, 6, 2013, 435–445.

made her feeling better. Without considering the vanishing of any clear cut between therapy and enhancement, one could think that the patient's capacity to make a sound decision about continuing the therapy has been altered.⁴⁴ If «Being autonomous means leading one's life in accordance with one's own choices, that is, choices that are based on the values and goals we endorse after deliberation», the space for rational deliberation seems to have failed in this case.⁴⁵

3.2.2. New fronts

The deepest concerns about the possibility of preserving personal autonomy arise as a consequence of the progressive development and diffusion of a new *DBS* device generation, the so-called *closed loop* devices. In the traditional *open loop* devices, stimulation is provided by an impulse generator powered by a battery and the signal goes only from the device to the brain. *Closed loop* devices are bidirectional, because they give impulses to brain areas and at the same time detect and collect the signals produced by brain activity. Therefore, the stimulation can be varied and adapted to the present physiological condition of the interested brain areas. The regulation of this complex of interactions seems to be very close to the natural mind-body regulation complex and is provided by an algorithm, which automatically releases the impulse that is suitable for the patient's physiological condition.⁴⁶

This technology uses the advances made in the field of Brain Computer Interface (*BCI*). Generally speaking, the research in this branch aims to develop devices that use electro brain activity to control objects, like prosthetic limbs, or to perform activities, like playing video games.⁴⁷

The kind of technology that assists the second generation devices, on the one hand, and the fact that they can work in a completely automated way, on the other hand, have raised the greatest concerns and the most burning issues.⁴⁸ Scholars have already debated on the possibility of brain-hacking in case of *BCI*.⁴⁹ Nowadays, the debate is about the possibility to program the devices for other goals or

⁴⁴ On the relationship between *DBS* and mental integrity with regard to enhancement, see also A. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, 2012, 138–149. On the relationship between *mental integrity* and *moral enhancement*, see F. FOCQUAERT, M. SCHERMER, *Moral Enhancement: Do Means Matter Morally?*, in *Neuroethics*, 8, 2015, 139–151.

⁴⁵ F. FOCQUAERT, M. SCHERMER, *Moral Enhancement: Do Means Matter Morally?*, cit., 145. For a discussion of their thesis, H. MASLEN, J. PUGH, J. SAVULESCU, *The Ethics of Deep Brain Stimulation for the Treatment of Anorexia Nervosa*, in *Neuroethics*, 8, 2015, 215–230.

⁴⁶ S. GOERING et al., *Staying in the Loop: Relational Agency and Identity in Next-Generation DBS for Psychiatry*, cit., *passim*, rightly point out both that our conscious activities are underpinned by several unconscious activities of bodily self-regulation and that our sense of agency includes also our trusting other people.

⁴⁷ J. WOLPAW, E.W. WOLPAW (eds.), *Brain-Computer Interfaces: Principles and Practice*, cit.; A.E. HASSANIEN, A.T. AZAR (eds.), *Brain-Computer Interfaces Current Trends and Applications*, Switzerland, 2015; C. GUGER, B. ALLISON, J. USHIBA (eds.), *Brain-Computer Interface Research A State-of-the-Art Summary 5*, Switzerland, 2017; D.J. MCFARLAND, J.R. WOLPAW, *Brain-computer interface use is a skill that user and system acquire together*, in *PLOS Biology*, 16, 2018, e2006719.

⁴⁸ Cfr. ad es. E. KLEIN, C.S. NAM, *Neuroethics and brain-computer interfaces (BCIs)*, in *Brain-Computer Interfaces*, 3, 2016, 123–125.

⁴⁹ M. IENCA, *Neuroprivacy, neurosecurity and brain-hacking: Emerging issues in neural engineering*, in *Bioethica Forum*, 8, 2015, 51–53; M. IENCA, P. HASELAGER, *Hacking the brain: brain-computer interfacing technology and the ethics of neurosecurity*, in *Ethics and Informatic Technologies*, 18, 2018, 117–29.

functions than the ones for which the patients have given their informed consent. According to some scholars, this would be a violation of one's cognitive liberty, which could be seen as the updated version of freedom of thought.⁵⁰

In order to limit the risks of being manipulated as much as possible, and to preserve the right to autonomy and to privacy also in this new field, an Italian author, Andrea Lavazza, has claimed that devices should incorporate, by design, systems that «(a) can find and signal the unauthorized detection, alteration, and diffusion of brain data; (b) be able to stop any unauthorized detection, alteration, and diffusion of brain data». It is his view that this is the only possible way to preserve *mental integrity*, that is «the individual's mastery of his mental states and his brain data so that, without his consent, no one can read, spread, or alter such states and data in order to condition the individual in any way».⁵¹ Other scholars, like Ienca and Andorno, have suggested including the right to mental privacy and cognitive liberty among a new set of human rights, which may stand up to the neurotechnology challenge.⁵² It is worth mentioning that in this context, the meaning of mental integrity is starting to overlap the one of unaltered mental state, so that one's interest in mental integrity is the «interest in not having at least some of his mental states intentionally altered by others in certain ways».⁵³

3.2.3. Dystopias?

Another link between the use of neurotechnological devices and personal autonomy, which is meaningful for the legal system, is provided by the possibility of using those devices to treat criminal offenders, as a means of voluntary diversion to avoid incarceration.⁵⁴ Clearly, the theoretical back-

⁵⁰ «Cognitive liberty is a term that updates notions of 'freedom of thought' for the 21st century by taking into account the power we now have [...] to monitor and manipulate cognitive function. Cognitive liberty is every person's fundamental right to think independently, to use the full spectrum of his or her mind, and to have autonomy over his or her own brain chemistry» W. SENTENTIA, *Neuroethical Considerations: Cognitive Liberty and Converging Technologies for Improving Human Cognition*, in *Annals of the New York Academy of Sciences*, 1013, 2004, 221–228: 222–23.

⁵¹ A. LAVAZZA, *Freedom of Thought and Mental Integrity: The Moral Requirements for Any Neural Prosthesis*, cit., 4.

⁵² M. IENCA, R. ANDORNO, *Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*, cit., *passim*. On the topic, with regard to the criminal law, see also J.K. BUBLITZ, R. MERKEL, *Crimes Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and a Human Right to Mental Self-Determination in Criminal Law*, in *Philosophy*, 8, 2014, 51–77; J.C. BUBLITZ, *Cognitive Liberty or the International Human Right to Freedom of Thought*, in J. CLAUSEN, N. LEVY (eds.), *Handbook of Neuroethics*, cit., 1309–1333; J.N. CRAIG, *Incarceration, Direct Brain Intervention, and the Right to Mental Integrity – a Reply to Thomas Douglas*, in *Neuroethics*, 9, 2016, 107–118; J.C. BUBLITZ, «The Soul is the Prison of the Body» – *Mandatory Moral Enhancement, Punishment & Rights Against Neuro-Rehabilitation*, in D. BIRKS, T. DOUGLAS (eds.), *Treatment for Crime: Philosophical Essays on Neurointerventions in Criminal Justice*, Oxford, 2018, pp. 289–320.

⁵³ D. BIRKS, A. BUYX, *Punishing Intentions and Neurointerventions*, in *AJOB Neuroscience*, 9, 2018, 133–143: 133.

⁵⁴ Specifically on this topic, see J. RYBERG, *Predictive Brain Devices, Therapeutic Activation Systems, and Aggression*, in *AJOB Neuroscience*, 6, 2015, 36–38; D. HÜBNER, L. WHITE, *Neurosurgery for psychopaths? An ethical analysis*, in *AJOB Neuroscience*, 7, 2016, 140–149; R. MACKENZIE, *Deep Brain Stimulation for Psychopaths—A No Brainer*, in *AJOB Neuroscience* 7, 2016, 137–139; J. RYBERG, *Deep Brain Stimulation, Psychopaths, and Punishment*, in *AJOB Neuroscience* 7, 2016, 168–169. On the more general topic of brain interventions on criminal offenders, see D. BIRKS, T. DOUGLAS (eds.), *Treatment for crime: Philosophical essays on neurointerventions in criminal justice*, cit. *passim*; D. BIRKS, A. BUYX, *Punishing Intentions and Neurointerventions*, cit., *passim*; A. LAVAZZA, *If*

ground for this kind of use is a special prevention theory of punishment. Therefore, the notion of personal autonomy is already limited if not totally compromised by the aim to pursue social defense or rehabilitation by means of biological interventions.

On the one hand, one could relegate this kind of intervention to a distant dystopian future, both because of legal reasons, at least in connection with our legal system, and because of technical reasons, given the complexity of applying and tuning the devices.⁵⁵ On the other hand, neither are insurmountable obstacles. Further advance in research could provide less invasive, more manageable and more efficient devices. Moreover, some scholars have already proposed – along the same lines as in chemical castration – the use of tools for brain stimulation in order to inhibit certain impulses or to recondition certain neurological patterns.⁵⁶

4. Integrity and individuality

There is no doubt that the issues raised by using neurodevices, more or less stably connected with the brain, are going to increase. Even from the limited point of view provided by the use of devices for *DBS*, it is easy to foresee that the uninterrupted technological development is going to disrupt the banks provided by mere therapeutic aims and to affect those notions that are synthesized by the concept of integrity.

The idea of integrity shapes the properly constitutive feature of individuality, because only what is integral – what is not fragmented, not divided, not disjointed, not dispersed – can be properly called individual. Only what is not disjointed because of its individuality can have its own identity and autonomy in relating to itself and to somebody else or something else.

Mental integrity protection raises a crucial issue in a context, in which the use of neurotechnology is an irreversible achievement that is going to get more solid and increase further. What comes into question is the proper constitution of individuality, its way of being-something and of being-that in the era in which technique does not only reproduce reality, but produces a virtual one that has concrete effects, very real indeed, on individuals and society.

This is not an ethical or legal issue anymore, but an ontological one, or better, it is an ethical or legal issue *because* it is an ontological one: what else is the target of law if not what “really” is?

To sum up, concerns are distributed on three levels at least. The following pages aim to briefly outline the issues at stake in these different levels. The first level (4.1.) is provided by the urge of a legal protection of mental integrity, the second one (4.2-4.3) is generated by the way in which neurodevices affect the constitution of individuality, the third one (4.4.) is given by the relationship between natural and technical processes.

Criminal Intentions Are Nonvoluntary, Mandatory Neurointerventions Might Be Permissible, in *AJOB Neuroscience*, 9, 2018, 154–156.

⁵⁵ A. PACHOLCZYK, *Ethical Objections to Deep Brain Stimulation for Neuropsychiatric Disorders and Enhancement: A Critical Review*, in J. CLAUSEN, N. LEVY (eds.), *Handbook of Neuroethics*, cit., 635–655.

⁵⁶ T. DOUGLAS, *Nonconsensual Neurocorrectives and Bodily Integrity: a Reply to Shaw and Barn*, in *Neuroethics*, 12, 2019, 107–118.

4.1. Protecting mental integrity in the neurotechnological era

Recently, Ienca and Andorno have claimed that the notion of mental integrity needs to be reconceptualized. In the neurotechnological era, its meaning can not be restrained to the original care for mental health.⁵⁷

As we have seen, this notion is articulated and complex.

Mental integrity is an articulated notion because it involves different aspects. On the one hand, when personal identity comes into question, the main issues concern the determination of those psychological borders that allow each individual to be recognizable by herself or by other people throughout his or her life. On the other hand, when personal autonomy comes into question, the problematic trait is provided by cognitive liberty and the possibility of conditioning both the will-forming process and the execution of one's own intents.

Mental integrity is also a complex notion because the above mentioned aspects are always intertwined, although not always in a clear way. On the one hand, the notion of agency, that is the feeling of being the author of one's own choices, decisions and acts, is used in order to provide some contents for the notion of personal identity. On the other hand, the notion of cognitive liberty implies the existence of an inviolable identity core of the subject, in relation to which something can be said to be external or extraneous to the subject's own will.

Because of the articulation and complexity of mental integrity, this notion calls for at least three levels of protection.

Where *DBS* or *BCI* technologies are used to treat or to assist people suffering from diseases or bodily handicapped, the possible issues connected with informed consent are twofold. On the one hand, they concern the contents of the informed consent. As we have seen, the side effects or consequences of a treatment are not always predictable enough. Therefore, it is not sufficiently clear what one is giving consent to. The personality changes that are reported in some cases have a significant bearing on the patients' personal and relational life. However, these changes seem neither to be comprehensible into a sufficiently stable and shared theoretical frame nor to be connected to any objective parameter. On the other hand, simply assuming that a treatment does not affect (in a positive or negative way) the capacity to consent and personal autonomy of the patient seems to be highly questionable because of the possible changes in personality induced by the treatment itself.

On another level, concerns also arise regarding privacy and personal data protection. It has to be granted that the devices do not detect or collect or transmit data without the patient knowing it. However, the data flow occurs constantly, in real time and cannot be monitored by the patients themselves. Consequently, new devices are controlled by software, often connected to a network. Clearly, the need of privacy and data protection becomes more and more pressing, provided that collecting, analyzing and selling big data is a worldwide business.⁵⁸ If personal data of one's brain activity is collected for scientific research, anonymity has to be granted.

⁵⁷ M. IENCA, R. ANDORNO, *Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*, cit., *passim*.

⁵⁸ P. KELLMEYER, *Big Brain Data: On the Responsible Use of Brain Data from Clinical and Consumer-Directed Neurotechnological Devices*, in *Neuroethics*, 2018, <https://doi.org/10.1007/s12152-018-9371-x> (last visited 09.12.2019).

The mental privacy issue is likely to emerge in manifold, significant ways in the near future. Advances in *BCI* technology are going to make possible the transformation of electro brain activity signals into words on a computer screen.⁵⁹ This technology has been developed to help people who cannot communicate anymore, like patients suffering from locked-in syndrome. Yet, one cannot exclude its application in other contexts, like a job interview. Mindreading seems not to be a dream anymore, but is becoming reality, which is likely to turn into a nightmare.⁶⁰

The third level of mental integrity protection concerns individual's will both in the development of volitions and in their fulfillment. The possibility of an external interference, perhaps via remote-controlled interconnected devices, cannot be excluded.

As concerns the first kind of process, some scholars propose or foresee the use of brain activity controlling devices in treatment of criminal offenders, whereas others warn about the risk of *brain-hacking*. Presently, they seem to be projections out of a dystopian future, but nobody knows it for sure. It is worth mentioning that the debate about treatment of criminal offenders via neurointerventions is getting more and more intense.⁶¹

Possible interventions on the second kind of process are by far more concrete via *BCI* technology. Only ten years ago, it was possible to claim that neurosecurity was not an issue at that time, but it would be an important concern in the future.⁶² According to recent research, the data packets that allow the remote control of objects, tools or machineries via *BCI* devices can be intercepted and manipulated.⁶³ Users could face the critical situation of being requested to prove that a possible damage or harm caused by some object or machinery was not an effect of an impulse generated (willingly or not) by their brain.⁶⁴

⁵⁹ O. IJINA et al., *Neurolinguistic and machine-learning perspectives on direct speech BCIs for restoration of naturalistic communication*, in *Brain-Computer Interfaces*, 4, 2017, 186–199; H. AKBARI et al., *Towards reconstructing intelligible speech from the human auditory cortex*, in *Scientific Reports*, 9, 2019, 874.

⁶⁰ S. SAMUEL, *Facebook is building tech to read your mind. The ethical implications are staggering*, in *Vox*, <https://www.vox.com/future-perfect/2019/8/5/20750259/facebook-ai-mind-reading-brain-computer-interface> (last visited 17.09.2019).

⁶¹ D. BIRKS, A. BUYX, *Punishing Intentions and Neurointerventions*, cit., *passim*; D. BIRKS, T. DOUGLAS (eds.), *Treatment for crime: Philosophical essays on neurointerventions in criminal justice*, cit., *passim*; G.G. ENCK, A.L. SAUNDERS, *Mental Integrity and Intentional Side Effects*, in *AJOB Neuroscience*, 9, 2018, 166–168; S. LING, A. RAINE, *Neurointerventions in Offenders: Ethical Considerations*, in *AJOB Neuroscience*, 9, 2018, 146–148; N. MARTINEZ-MARTIN, *Punishment and Rehabilitation in the Use of Neurointerventions for Criminals*, in *AJOB Neuroscience*, 9, 2018, 152–53; A.C. PALK, *Mandatory Neurointerventions Could Enhance the Mental Integrity of Certain Criminal Offenders*, in *AJOB Neuroscience*, 9, 2018, 150–52; A.B. SHNIDERMAN, L.B. SOLBERG, *Mandatory Neurointervention: A Lesser Evil Than Incarceration?*, in *AJOB Neuroscience*, 9, 2018, 148–49; P. VALLENTYNE, *Neurointerventions: Punishment, Mental Integrity, and Intentions*, in *AJOB Neuroscience*, 9, 2018, 131–32; T. DOUGLAS, *Nonconsensual Neurocorrectives and Bodily Integrity: a Reply to Shaw and Barn*, cit., *passim*; L. KIRCHMAIR, *Objections to Coercive Neurocorrectives for Criminal Offenders – Why Offenders' Human Rights Should Fundamentally Come First*, in *Criminal Justice Ethics*, 38, 2019, 19–40; E. SHAW, *The Right to Bodily Integrity and the Rehabilitation of Offenders Through Medical Interventions: A Reply to Thomas Douglas*, in *Neuroethics*, 12, 2019, 97–106.

⁶² T. DENNING, Y. MATSUOKA, T. KOHNO, *Neurosecurity: security and privacy for neural devices*, in *Neurosurgical Focus FOC*, 27, 2009, E7.

⁶³ B. CUSACK, K. SUNDARARAJAN, R. KHALEGHPARAST, *Neurosecurity for Brainware Devices*, cit., *passim*.

⁶⁴ R. YUSTE et al., *Four ethical priorities for neurotechnologies and AI*, in *Nature News*, 551, 2017, 159.

4.2. Devices and “dividual”

Beyond the undeniable usefulness of neuro-devices such as neuro-modulators and neuro-prostheses, something deeper seems to be at work below the surface of the phenomena we have analyzed. To put it in a few words, what is at work here is a growing split between the ideation center and the fulfillment medium whose entanglement substantiates the agent’s individuality.

When a certain brain activity can be transformed into an impulse that can activate machinery via computer, the psychophysical unity of the subject, seen as the entity to which certain acts are ascribed, vanishes. The same happens, when *PD* patients recover control over their bodily motility, but do not feel to be themselves anymore, they feel being acted on rather than being the agent.

Automatic regulation of stimulation or data flow relieves patients and allows them not to think about the therapy while doing everyday things. On the other hand, it prevents them from maintaining and exercising even that (very little) amount of control, which consists in having to decide each time whether to take the prescribed dose of medicine or not. Although some scholars claim that our behavior is for the most part steered by automatic processes, which we are unaware of, those automatisms are not induced by an external intervention, they are not something different from the individual entity that each of us is.

Because of this being “dividual”, one is always subject to a possible or actual intervention performed by somebody else or something else, to the extent that one may think that somebody or something detects or takes over one’s own thoughts. Of course, one can object that the diseases or impairments themselves, for which the neuro-devices are being developed, consist precisely in a split between the systems for ideation and action, for control and execution. In addition, one can claim that these devices allow for recovering the unity broken by the pathology. Nevertheless, the way in which any medium works in order to recover unity is to put together a compound of elements that remain distinct rather than become an integrated individuality.

Research should not be interrupted nor researchers mistrusted. It is possible and desirable that technological advance should reduce more and more the gaps in the connection areas between organism and machine, between mind and algorithm. However, it is worth considering that what an individual properly owns will always be transferred to something else than the individual herself. In fact, as long as we are dealing with artifacts, the unity is provided by using a medium (i.e., something which is in-between), by something that maintains separated the elements it connects, because it is put *between* them.

4.3. Rethinking individuality

Considering that the gaps may never be bridged, another perspective is worth being taken into account. No artificial reconstruction of the connections that pathology or trauma have interrupted would ever be possible if a certain capacity of individuals were not already at work. This is the individuals’ capacity to relate to themselves or to the world *also* via something else, such as a medium.

However trivial this may sound, the suitability of a medium for a given goal is not the effect of the medium itself, but it is already predisposed, preformed and prefigured in what the medium is employed for. Conversely, possible dysfunctions of the medium are clues that it does not perfectly suit that prefiguration and a hiatus persists between the medium and that predisposition. This property

of the medium plays a central role in enquiring into the ontological constitution of the individual whose mental integrity is established as a right. Indeed, what appears to be questionable is a certain idea of the acting individual that sometimes emerges from the theory and practice of law. It is the idea according to which relationships and connections are something into which an individual goes as an active or passive subject.

Relationships and connections seem to pertain to an additional frame external to what an individual is in herself or on her own. One can go into relationships and connections precisely because of their structural exteriority. Therefore, those aspects, in regard to which one goes into relationships and which are condensed in the idea of subjective capacity, are assumed to be already given and formed before and independently of any relationships with something “other”, an individual or a thing.

In using neurodevices, relationships with something that is “other” than the person herself are re-constitutive precisely of the capacity to have relationships in its manifold aspects. However, this would not be possible, if this predisposition to be capable of establishing relationships were not already at work on both sides of individuality, the one of identity and that of autonomy.

Ironically, the development of *neurodevices* seems to put into light the essential features of individuality. The individual is neither the entity who is isolated and indifferent to any relationship nor the one who is not affected by a split, but the one who does not lose her relationship capacity even in the case of the deepest and hardest splits because the “otherness” is not something she goes into relationship with but is constitutive of her own self.

Preserving and protecting mental integrity is the same as preserving and protecting this structural being-in-relationship-with of each individual. This could be the criterion for evaluating neurodevices and for establishing possible constraints to their use.

4.4. At the source of an ambivalence

To sum up, neurodevices have a twofold effect. On the one hand, they seem to yield individuals to something, which is as external as possible from themselves. On the other hand, they can bring to light the most essential feature of individuality itself. The source of this ambivalence can be brought into light thanks to one of Aristotle’s intuitions about the relationship between nature and technique.

In the second book of his *Physics*, Aristotle writes that «generally art (*techne*) in some cases completes (*epitelein*) what nature (*physis*) cannot bring to a finish, and in others imitates (*mimēsthai*) nature». ⁶⁵ The two operating ways of art – to complete (*epitelein*) and to imitate (*mimēsthai*) – are very different both in their presuppositions and in their effects.

In order to complete what nature cannot do by itself, it must be admitted that the space in which the *techne* sets out and develops its activity is not an effect of its operating and of its planning.

If the activity of the *techne* is bringing to a finish, what art encounters as something unfinished precedes the art itself in at least a twofold way. On the one hand, the operations of the *techne* are obviously preceded by the things on which they are implemented. The objects of the art intervention

⁶⁵ ARISTOT., *Phys.*, II, 8, 199 a 15–16, in W.D. ROSS (ed.), *Aristotle’s Physics*, Oxford, 1936; ARISTOTLE, *The Complete Works of Aristotle. The Revised Oxford Translation*, ed. by J. BARNES, Princeton, Digital Edition 2014. On this topic, F. CHIEREGHIN, *Dall’antropologia all’etica. All’origine della domanda sull’uomo*, Milano, 1997.

need to be already “given”. On the other hand, these things, these “givens” have prefigured in themselves – in their revealing themselves as unfinished, as to-be-completed – also the direction towards which they tend to overcome their incompleteness.

In order to effectively help nature, the *techne* should embrace also ends that it has not established by itself and that it cannot dispose of or master. Art cannot perform this task without being able to pay attention to something that cannot be reduced to a mere effect of both its operating and its planning capacity.

Through *mimēsthai*, the *techne* performs something completely different. In order to understand this distinction, it is worth clarifying the way in which art imitates nature by taking it as a model. When *techne* acts like nature, it does not restrict its operating only to reproduce the different natural processes according to its own modalities. Moreover, what the *techne* imitates is the “self-normativity” of nature, according to which nature is not previously subject to ends and goals established and imposed by something else than nature itself. Thus, art imitates nature in its not having to account for its processes to nothing else than itself, in its not having to ascribe them to anything else than itself.

The mimetic act performed by the *techne* is making itself and its specific “normativity” the only possible model of knowing and doing. Therefore, no other ends and processes are possible than the technical ones. Everything is seen as a possible material that can be modified and manipulated to pursue and fulfill ends, which can be always varied, none of them being in itself more or less relevant, preferable or necessary than the others.

Nature itself becomes something that art can totally master. The more art manages to figure out and reproduce fragments of those natural processes it makes use of, the more it substitutes the reality it is imitating, to the extent that nature itself is seen as an “artifact”, as something regulated by the same schemes that are specific for art.

By mentioning this distinction outlined by Aristotle, one cannot ignore the conceptual distance between the Greek notions of *physis* and *techne*, on the one hand, and the contemporary notions of nature and technique, on the other hand⁶⁶. Nevertheless, Aristotle’s remark could play a heuristic role in order to cope with the theoretical and practical issues at stake in the debate about the use of neurodevices.

The distinction shows the conceptual roots of the above mentioned issues. On the one hand, neurodevices are useful tools in helping where “natural” equipment is lacking or not available anymore. They complete nature. Thus, they have as condition, end and limit something that is not reducible to the potential or actual effects of their employment. On the other hand, by means of their more and more efficient mimetic performances, they can provide by themselves a measure and a “normativity” of the processes they imitate, which go beyond any “natural” standard. In addition, by transforming

⁶⁶ «*Techne*, does not mean “technique” in the sense of methods and acts of production, nor does it mean “art” in the wider sense of an ability to produce something. Rather, *techne* is a form of knowledge; it means: know-how in, i.e., familiarity with, what grounds every act of making and producing. It means knowing what the production of, e.g., a bedstead, must come to, where it must achieve its end and be completed» M. HEIDEGGER, *On the essence and concept of φύσις in Aristotle’s Physics B, I*, in W. MCNEILL (ed.), *Pathmarks*, Cambridge, 1998, 183–230: 192. On this topic T. GLAZEBROOK, *From φύσις to Nature, τέχνη to Technology: Heidegger on Aristotle, Galileo, and Newton*, in *The Southern Journal of Philosophy*, 38, 2000, 95–118.

those processes into a codified “artifact”, they make them manipulable and usable for the most disparate goals.

This two-sponged potentiality of neurodevices opens up the space in which law is pushed to provide suitable protection tools for the different interests that are at stake each time. Being aware of it does not provide any evaluation criteria nor any decision guidelines. However, it allows us to realize that any employed legal tool or any provided legal solution will necessarily reflect a clear stance regarding those two possibilities, and that they will have to take on the burden of this responsibility.

Essays



Emozioni e teoria del giudizio: una prima ricostruzione

Alessia Farano*

EMOTIONS AND ADJUDICATION THEORY: A FIRST UNDERSTANDING

ABSTRACT: The paper focuses on the effects of recent psychological findings on the theory of adjudication – putting emphasis on the role played by emotions in the decision-making process.

Two different philosophical claims will be analysed, starting from the very famous *topos* of digestive justice: the idea that the decision-making process is completely predictable (determinism) versus the irrationality of the decision claimed by the realists. In the conclusion a non-naturalistic perspective will be sketched, aiming at including the novel knowledge arising from psychology – i.e. emotions are part of physiological process of decision-making.

KEYWORDS: Law and Emotions; decision-making; digestive justice; Neurolaw

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Psicologia cognitiva e processi decisionali – 3. La “giustizia digestiva” tra determinismo e irrazionalità – 4. Oltre il naturalismo

1. Introduzione

La spiegazione scientifica del comportamento umano, che nelle ultime decadi ha prodotto risultati di grande impatto per il mondo del diritto¹, ha di recente investito anche i processi decisionali del giudice.

*Assegnista di ricerca Luiss Guido Carli - Roma. Mail: afarano@luiss.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Nell'ultimo ventennio, in particolare, la scienza giuridica è stata costretta a fare i conti con la descrizione scientifica del comportamento umano fornita dalle neuroscienze, originando un fervido dibattito, in area angloamericana ma non solo, relativo alla potenziale trasformazione delle categorie giuridiche tradizionali. La letteratura sul punto è davvero sterminata: un primo significativo momento di raccolta delle posizioni interne al dibattito statunitense è stato senz'altro la pubblicazione del numero monografico *Law and the Brain* delle *Philosophical Transactions* della Royal Society (*Philosophical Transactions of the Royal Society B*, 359, 2004, a cura di S. ZEKI e O. GOODENOUGH) dedicato al tema, in cui si veda il contributo di J. GREENE e J. COHEN, *For the Law Neuroscience changes Nothing and Everything, 1775-1785*. Sempre in area angloamericana, si vedano poi, *ex multis*: B. GARLAND (a cura di), *Neuroscience and the Law*, Washington, 2004; M. FREEMAN (a cura di), *Law and Neuroscience*, Oxford, 2011; T.M. SPRANGER (a cura di), *International Neurolaw. A Comparative Analysis*, Berlin-Heidelberg, 2012; S.J. MORSE, A. ROSKIES, *A Primer on Criminal Law and Neuroscience*, Oxford, 2013; M.S. PARDO, D. PATTERSON, *Minds, Brains and Law. The Conceptual Foundation of Law and Neuroscience*, Oxford, 2013. In lingua italiana si segnalano almeno i seguenti contributi: A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Le neuroscienze e il diritto*, Como-Pavia, 2008; O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009; L. SAMMICHELLI, G. SARTORI, *Neuroscienze giuridiche: i diversi livelli di interazione tra diritto e neuroscienze*, in A. BIANCHI, G. GULOTTA, G. SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano 2009, 15-36; F.G. PIZZETTI, *Neuroscienze forensi e diritti*

Al modello di decisore razionale, sotteso alle norme di rito, la psicologia cognitiva e le neuroscienze hanno infatti contrapposto una descrizione alternativa², in cui il ruolo rivestito dalle emozioni, del tutto assenti – come noto – dal lessico giuridico contemporaneo, all’interno del processo decisionale ha condotto a riconsiderare il significato della razionalità nel giudizio.

Il “giudice emotivo”³ parrebbe costituirsi, oggi, come modello alternativo, tanto al giudice-macchina, oggi tornato in auge nella sua versione algoritmica⁴, quanto all’interpretazionismo radicale delle teorie scettiche dell’interpretazione⁵. Entrambe le posizioni, infatti, condividono l’assunto dell’incidenza negativa delle emozioni sul giudizio: il primo opponendo a queste un modello normativo di “razionalità olimpica”⁶, quella del giudice, che non deve lasciarsi trarre nel gorgo irrazionale delle emozioni; il secondo ritenendo le emozioni inscindibili dalla decisione, la quale sarà sempre incontrollabile e del tutto imprevedibile, giacché irrazionale⁷.

Rispetto a questi due modelli contrapposti, allora, il riconoscimento di una componente emotiva nella fisiologia del processo decisionale costringe a fare i conti anzitutto con la teoria del giudizio, riarticola il problema della prevedibilità della decisione. Ma, prima ancora, a rilevare è il modo con cui il diritto incorpora i contenuti della psicologia e delle neuroscienze cognitive. Assumere i risultati di tali esperimenti come dato a partire dal quale ripensare il problema della decisione giudiziaria significa, infatti, già accedere ad una certa posizione filosofica, quella naturalistica, che tuttavia mostra dei limiti. Questo contributo, dunque, intende offrire una prima ricostruzione dei problemi filosofici che gli esperimenti sul ruolo delle emozioni nel processo decisionale presentano per il diritto. Più in particolare, si prospetteranno dapprima due diversi modi di intendere l’antropologia filosofica sottesa a tali esperimenti. In secondo luogo, si individueranno i valori e gli scopi cui le diverse immagini, più o meno consapevolmente, rimandano.

fondamentali, Torino, 2012; S. FUSELLI, *Diritto, neuroscienze, filosofia. Un itinerario*, Milano, 2014; V. MARZOCCO, *Causalità senza necessità. Neuroscienze, azione, senso comune*, in *Studi filosofici*, vol. XXXVII, 2014, 235-249.

² Su cui si veda A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017.

³ A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit.

⁴ Su cui si veda, da ultimo, A. PUNZI, *Judge in the machine. E se fossero le macchine a restituirci l’umanità del giudicare?*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 305-316. Il volume raccoglie gli atti del Convegno “Decisione robotica” tenutosi il 5 luglio 2018 presso l’Accademia dei Lincei, con contributi di: A. CARCATERA, A. CARLEO, M.R. COVELLI, M. DE FELICE, D. DE KERCKHOVE, L. DE RENZIS, F. DE STEFANO, A. DI PORTO, G. GITTI, N. IRTI, G. LEGNINI, M. LUCIANI, G. MAMMONE, M. MAUGERI, C. MOTTURA, E. PALMERINI, F. PATRONI GRIFFI, A. PUNZI, E. VINCENTI.

⁵ Quest’ultima posizione è notoriamente sostenuta da R. GUASTINI, di cui, *ex multis*, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004; ID., *Lo scetticismo interpretativo rivisitato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2006, 227-236; ID., *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011.

⁶ Di “razionalità olimpica” come ideale normativo, contrapposta alla “razionalità limitata” effettivamente in possesso degli individui, ha parlato Herbert Simon nel corso delle sue numerose ricerche sulla razionalità economica, che gli valsero il Nobel in Economia nel 1978: H.A. SIMON, *A Behavioural Model of Rational Choice*, in *Quarterly Journal of Economics*, 69, 1955, 99-118; ID., *Models of Bounded Rationality*, Cambridge, MA, 1982, trad. it. *Scienza economica e comportamento umano*, Torino, 2000.

⁷ Sulle diverse strategie argomentative, utilizzate dalla filosofia del diritto per espungere le emozioni dalla teoria del giudizio, si veda P. MINDUS, *The Wrath of Reason and The Grace of Sentiment: Vindicating Emotion in Law*, in M. SELLERS (a cura di), *Law, Reason, and Emotion*, Cambridge, 2017, 202-237.

2. Psicologia cognitiva e processi decisionali

La scoperta dell'incidenza delle emozioni nel processo decisionale umano costituisce uno dei momenti più noti – anche perché più efficacemente divulgati – della storia recente delle neuroscienze⁸. Il resoconto di tali scoperte, infatti, è contenuto nell'ormai classico "Errore di Cartesio"⁹, scritto dal neuroscienziato portoghese Antonio Damasio, il quale, non senza un pregevole talento narrativo, ha reso famose le vicende del suo paziente Elliot, definito giustamente novello "Phineas Gage"¹⁰.

Elliot era un uomo sulla trentina quando, a seguito di un tumore al cervello, riportò delle lesioni alla corteccia prefrontale. Da quel momento qualcosa cambiò irrimediabilmente nella sua vita: familiari e conoscenti, infatti, furono concordi nell'affermare che "Elliot non era più Elliot". E questo perché, pur avendo conservato intatte le sue facoltà razionali – aveva un quoziente intellettivo superiore alla media nonostante la presenza del tumore, e continuava a totalizzare un punteggio molto alto in tutti i test psicologici cui veniva sottoposto – Elliot era diventato freddo, insensibile, incapace di provare emozioni. A ciò si accompagnava, sorprendentemente, una insormontabile difficoltà ad assumere decisioni¹¹.

Damasio fu dunque chiamato dalla famiglia di Elliot per risolvere, tramite perizia, una questione legata alla titolarità del sussidio di disoccupazione, giacché l'incapacità di Elliot di assumere decisioni non gli consentiva di svolgere correttamente le sue funzioni lavorative e dunque di conservare il posto. Fu così che, in virtù delle evidenze raccolte osservando il comportamento di Elliot, Damasio formulò la celebre "teoria del marcatore somatico", in base alla quale le emozioni determinerebbero la corretta presa della decisione. L'incapacità di provare emozioni, dunque, aveva generato una incapacità di assumere decisioni, di decidersi tra alternative astrattamente valide.

A muovere dagli esperimenti condotti su Elliot, il gruppo di ricerca legato a Damasio arrivò ad altre importanti scoperte sul tema, interagendo con gli studi, condotti da Kahneman e Tversky, sull'avversione alle perdite¹².

⁸ Per neuroscienze si intende una disciplina ibrida che comprende neurologia, psicologia, neuropsicologia e neuropsicobiologia. Le neuroscienze promettono di identificare i correlati neurali di ogni attività mentale (neuroscienze cognitive) e comportamentale (neuroscienze comportamentali), nella convinzione che ad ogni funzione e contenuto mentale corrisponda l'attivazione di un'area cerebrale specifica. Per una prima introduzione al progetto neuroscientifico si veda A. OLIVERIO, *Prima lezione di neuroscienze*, Roma-Bari, 2011.

⁹ A.R. DAMASIO, *Descartes's Error. Emotion, Reason, and the Human Brain*, New York, 1994, trad. it. *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano* (1994), Milano, 2001.

¹⁰ Phineas Gage era un minatore del Vermont, che, durante la costruzione di una rete ferroviaria, subì un grave infortunio: una lastra metallica gli perforò il cranio, ledendo permanentemente i lobi frontali. Gage riuscì miracolosamente a sopravvivere, e tuttavia quanti lo conobbero affermarono che "non era più lui", avendo subito un rilevante cambio di personalità. Negli anni Novanta da Hanna e Antonio Damasio, nel corso delle loro ricerche, ricostruirono virtualmente la dinamica dell'incidente, e, anche grazie all'esame delle testimonianze dell'epoca, stabilirono una correlazione tra scelta razionale ed emozioni (vedi *infra*). H. DAMASIO, T. GRABOWSKI, A. GALABURDA, A.R. DAMASIO, *The Return of Phineas Gage: Clues about the Brain from the Skull of famous Patient*, in *Science*, 1994, 1102.

¹¹ A.R. DAMASIO, *Descartes's Error*, cit., 34 e ss.

¹² D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, in *Econometrica*, 47, 1979, 111-132.

Se, tuttavia, solo il fisiologico funzionamento del sistema emotivo garantisce la presa della decisione, le neuroscienze e la psicologia sperimentale hanno dimostrato come alcuni tipi di emozioni incidano, nello specifico, sull'assunzione della decisione giudiziaria, anche producendo distorsioni cognitive¹³. Com'è ampiamente noto, ad esempio, la somministrazione di materiale fotografico cruento determina nelle giurie una maggiore propensione ad emettere un verdetto di colpevolezza¹⁴, ed è, per tale ragione, da lungo tempo al centro di un dibattito di politica del diritto assai intenso¹⁵. Ciò rappresenterebbe, del resto, una conferma del luogo comune che vuole l'autentica decisione come un prodotto puramente razionale, rispetto al quale le emozioni rappresenterebbero un'indebita influenza. Tuttavia, le emozioni intervengono anche a favorire o diminuire l'attitudine, propria di ogni decisore, a ricorrere alle cd. euristiche. Le euristiche sono delle scorciatoie che la mente umana predispone per minimizzare lo sforzo decisionale, mobilitando, in luogo del più dispendioso sistema mentale 2 (quello analitico), il sistema 1 (quello intuitivo)¹⁶. Ebbene i risultati, per certi aspetti sorprendenti, di alcuni esperimenti, hanno dimostrato che un mood negativo¹⁷ incide positivamente sulla decisione, immunizzando il giudice dagli effetti distortivi prodotti dalle euristiche. Nello specifico, si è osservata una minore incidenza degli stereotipi nella decisione di un giudice "triste", che avrebbe la tendenza ad assumere una decisione più lenta e più analitica, rispetto a un giudice "felice", che deciderebbe in modo superficiale e veloce¹⁸. Lo stesso mood negativo, peraltro, è stato ritenuto responsabile di una maggiore disposizione all'euristica dell'ancoraggio e aggiustamento¹⁹. Tale euristica consiste nel formulare una prima valutazione "ancorandola" a dei dati immediatamente disponibili, anche del tutto irrilevanti per la decisione²⁰. Nel caso del giudizio, sono stati condotti degli esperimenti del seguente tenore: divisi i decisori in due gruppi, ad entrambi veniva sottoposto un caso di quantificazione dell'assegno di mantenimento (o semplicemente di liquidazione

¹³ A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit.; R. RUMIATI, C. BONA, *Dalla testimonianza alla sentenza. Il giudizio tra mente e cervello*, Bologna, 2019.

¹⁴ E. OLIVER, W. GRIFFITH, *Emotional arousal and "objective" judgment*, in *Bullettin of Psychonomic Society*, 8, 1976, 399-400; D.H. WHALEN, F.A. BLANCHARD, *Effects of photographic evidence on mock juror judgment*, in *Journal of Applied Social Psychology*, 12, 1982, 30-41; K.S. DOUGLAS, D.R. LYON, J.R.P. OGLOFF, *The Impact of Graphic Photographic Evidence on Mock Jurors' Decisions in a Murder Trial: Probative or Prejudicial?*, in *Law and Human Behavior*, 21, 1997, 485-501.

¹⁵ La n. 403 delle Federal Rules of Evidence del resto esclude la sottoposizione di prove alla giuria che determinino un «unfair prejudice», intendendosi come tale «an undue tendency to suggest a decision on an improper basis, commonly, though not necessarily, an emotional one». Alcune riflessioni critiche sulle implicazioni di tale *Exclusionary rule*, con particolare riferimento all'impatto delle foto cruente, si trovano in S.A. BANDES, J.M. SALERNO, *Emotion, Proof and Prejudice: The Cognitive Science of Gruesome Photos and Victim Impact Statements*, in *Arizona State Law Journal*, 46, 4, 2014, 1003-1056.

¹⁶ R. RUMIATI, C. BONA, *Dalla testimonianza alla sentenza*, cit., 137 ss.

¹⁷ Per mood si intendono quei «background states that raise or lower our susceptibility to emotional stimuli». Così D. EVANS, *Emotion. A Very Short Introduction*, Oxford, 2001, p. 47. Per un resoconto dell'incidenza delle diverse euristiche sulla decisione del giudice si veda, da ultimo, R. RUMIATI, C. BONA, *Dalla testimonianza alla sentenza*, cit., spec. 133-171.

¹⁸ J.P. FORGAS, *Affective Influences on Self-disclosure: Mood Effects on the Intimacy and Reciprocity of Disclosing Personal Information*, in *Personality and Social Psychology Bulletin*, 3, 2011, 449-461.

¹⁹ A.L. ALTER, J.P. FORGAS, *On Being Happy but Fearing Failure: The Effects of Mood on Self-Handicapping Strategies*, in *Journal of Experimental Social Psychology*, 43, 2007, 947-954.

²⁰ R. RUMIATI, C. BONA, *Dalla testimonianza alla sentenza*, cit., 138-145.

del risarcimento del danno). A fronte delle medesime circostanze (nel caso dell'assegno di mantenimento: stesso reddito e stesso patrimonio del coniuge, stessa inabilità a lavorare della parte attrice, stesso ammontare della somma che il convenuto si dichiarava disponibile a versare), a un gruppo veniva prospettata una richiesta di parte più alta, ad un altro più bassa. Ebbene la somma che i decisori hanno inteso liquidare è risultata fermamente ancorata al valore richiesto: il gruppo al quale era stata prospettata la richiesta alta si era deciso per una quantificazione dell'assegno alta, il gruppo al quale era stata prospettata la richiesta più bassa per una quantificazione sensibilmente inferiore.

La tristezza inciderebbe dunque sulla propensione ad ancorare la decisione ad elementi estranei al percorso argomentativo tipizzato dal legislatore, anche del tutto accidentali (come il lancio dei dadi²¹). Fortemente suggestivi – anche, come si vedrà, per i precedenti teorici evocati – sono poi quegli esperimenti che hanno monitorato l'andamento delle decisioni rese dai giudici nel corso di una stessa giornata, mettendone in relazione l'esito con le pause ristoro.

Alcuni ricercatori della Columbia, in collaborazione con l'università di Tel Aviv, hanno infatti analizzato 1100 sentenze emesse in sequela dai giudici di due distinti tribunali israeliani, chiamati a esaminare le richieste di concessione della libertà provvisoria presentate dai detenuti. I risultati di tale esperimento, pubblicato nel 2011, hanno mostrato che la frequenza delle decisioni di accoglimento, favorevoli ai detenuti, fosse molto più alta a seguito della "pausa ristoro"²², per poi diminuire progressivamente via via che ci si allontanava da tale momento della giornata.

Pur non insistendo sul medesimo modello teorico – il fenomeno descritto è riconducibile alla "ego depletion"²³, e non propriamente all'incidenza delle emozioni sulla decisione – tali esperimenti nutrono, nei termini che verranno illustrati, il medesimo scetticismo nei confronti del modello di decisione giudiziaria consegnatoci dalla modernità giuridica. Tanto osservando la concreta incidenza delle emozioni nel processo decisionale, quanto le oscillazioni del giudizio determinate dalla maggiore o minore prossimità alla pausa ristoro, ci si trova di fronte, infatti, ad un tipo di decisione fortemente soggettiva, in cui le ragioni del diritto cedono di fronte all'incidenza di fattori estranei alla teoria normativa della decisione giudiziaria.

3. La giustizia digestiva tra determinismo e irrazionalità

Non è difficile a questo punto individuare l'illustre riferimento teorico degli ultimi esperimenti indicati: "la giustizia è ciò che il giudice mangia a colazione" è la proverbiale sentenza con la quale si identifica spesso, semplificandolo, il realismo giuridico americano²⁴.

²¹ *Ivi*, 139-140.

²² S. DANZIGER, J. LEVAV, L. AVINAM-PESSO, *Extraneous Factors in Judicial Decisions*, in *PNAS*, 108, 2011, 6889-6892.

²³ D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2018, 53 e ss. L'*ego depletion* è una teoria, invero messa in discussione da recenti esperimenti (M. VADILLO, *Ego depletion may disappear by 2020*, in *Social Psychology*, 2019, 282-291), secondo cui uno sforzo di volontà genera stanchezza, e dunque un calo di glucosio nel sangue.

²⁴ In questi termini, ad esempio, R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (MA), 1986, trad. it., *L'impero del diritto*, Milano, 1989, 40 e 147. Sull'origine e la fortuna di questa espressione si veda V. MARZOCCO, *Nella mente del giudice. Il contributo di Jerome Frank al realismo giuridico americano*, Torino, 2018, spec. 27-59.

L'origine della metafora della "giurisprudenza digestiva" risale, tuttavia, almeno al La Mettrie autore di *L'homme machine*²⁵, il quale indicava in un giudice svizzero, tale Ms. Steiguer de Wittighofen, un esempio di come la macchina umana risentisse di *inputs*, a questi adeguando il proprio funzionamento, finanche nel momento della decisione giudiziaria. Il sig. Steiguer, altrimenti noto per la sua grande clemenza, era, a detta del filosofo di Saint-Malo, capace di impiccare un innocente a seguito di una cena particolarmente abbondante²⁶.

L'aneddoto raccontato da La Mettrie consente anzitutto di individuare il primo dei punti filosoficamente rilevanti nella lettura di tali esperimenti: la possibilità, cioè, che del comportamento umano sia possibile offrire una descrizione in termini esclusivamente causali, che ogni azione – anche la decisione del giudice – possa essere compresa e sussunta unicamente sotto le leggi scientifiche che la governano. Ad essere in questione, in altri termini, è primariamente l'antropologia filosofica – di tipo deterministico – cui più o meno consapevolmente alcuni di tali esperimenti rimandano. L'uomo sarebbe osservabile scientificamente e di esso non sarebbe possibile offrire altra descrizione che non sia quella prodotta da una scienza declinata in senso solo deterministico. Le premesse ontologiche di tale antropologia sono rappresentate, evidentemente, dal naturalismo, che si propone di sostituire l'indagine filosofica del mondo con la descrizione che di questo forniscono le scienze naturali²⁷.

Il naturalismo è del resto esplicitamente invocato da Brian Leiter, non a caso studioso di Nietzsche, proprio per dar conto del processo di *adjudication*²⁸. Ad avviso di Leiter la teoria del diritto avrebbe colpevolmente trascurato il *naturalistic turn* verificatosi negli ultimi decenni in filosofia, tramandando così una serie di metodi e teorie del tutto disancorate dalla "realtà" dei fatti²⁹.

Valorizzando l'eredità asseritamente naturalistica del realismo giuridico americano³⁰, che avrebbe, invece, correttamente individuato le premesse teoriche di una "*jurisprudence* naturalizzata"³¹, Leiter propone di sostituire la teoria normativa della decisione giudiziaria con la descrizione del processo decisionale fornita dalle scienze naturali. L'analogia con il programma di naturalizzazione dell'epistemologia quineano è evidente: come Quine intendeva sostituire la teoria normativa della conoscenza – *i.e.* l'epistemologia – con la descrizione psicologica del processo conoscitivo, *naturalizzando* l'epistemologia³², così Leiter intende sostituire la teoria dell'*adjudication* con i risultati delle scienze empiriche

²⁵ La figura del Giudice Steiguer è rievocata da G. TUZET, *A Short Note on Digestive Realism*, in *Revus*, 2015, 25, 2; P. MINDUS, *op. cit.*

²⁶ LA METTRIE, *Oeuvres philosophiques*, tomo III, Amsterdam, 1774, 13-14. I diversi piani su cui la riflessione di La Mettrie rileva per il diritto sono indagati da A. PUNZI, *L'ordine giuridico delle macchine. La Mettrie, Helvétius, D'Holbach: L'uomo macchina verso l'intelligenza collettiva*, Torino, 2003, spec. 47-54, dove si mostra la continuità tra il materialismo settecentesco e l'odierno "post-naturalismo"; e 55-84. Vale la pena ricordare, peraltro, che La Mettrie morì, curiosamente, proprio a seguito di una cena pantagruelica, per una cattiva digestione.

²⁷ Per una ricostruzione dei recenti sviluppi del naturalismo si veda M. DE CARO, D. MACARTHUR (a cura di), *Normativity and Naturalism*, New York, 2010.

²⁸ B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, 2007.

²⁹ *Ivi*, spec. 31-32.

³⁰ *Ivi*, 30 ss.

³¹ Su quest'aspetto G.B. RATTI, *Verso una teoria del diritto naturalizzata. Note a margine di Naturalizing Jurisprudence di Brian Leiter*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2012, 535-550.

³² «Epistemology, or something like it, simply falls into place as a chapter of psychology and hence of natural science. It studies a natural phenomenon, viz., a physical human subject. This human subject is accorded a certain

sul processo decisionale. Le ragioni filosofiche di questo programma non si esauriscono, peraltro, al solo naturalismo, giacché Leiter mutua dal realismo giuridico anche la matrice pragmatista³³, in base alla quale una teoria si misura sulla sua capacità di intervenire sulla realtà³⁴, sulla sua funzionalità rispetto agli scopi che si intendono perseguire.

Orientando il pragmatismo alla teoria del diritto, una teoria della decisione giudiziaria sarà dunque tanto più convincente quanto più in grado di prevedere le decisioni dei giudici³⁵.

È, questo, un punto decisivo, giacché il racconto descrittivista si inquina, rendendo subito palese il vero scopo – normativo – del realismo di Leiter: la spiegazione scientifica del processo decisionale è funzionale a un obiettivo ben preciso, che è quello di prevedere il comportamento dei giudici, nella convinzione che il valore della certezza del diritto si identifichi con il tasso di prevedibilità delle decisioni giudiziarie.

Tuttavia, è ancora dall'utilizzo – assai differente – che della metafora della “giustizia digestiva” è stato fatto che è possibile avanzare una ulteriore lettura di tali esperimenti.

Il contesto originario in cui l'immagine della giurisprudenza digestiva inaugura la sua fortuna risale, in effetti, alle pagine di Roscoe Pound sull'equità³⁶, dove il padre della giurisprudenza sociologica individuava nella giustizia del Cadì – che decideva a seconda dello stato della sua digestione³⁷ – il modello antitetico rispetto a quello ipostatizzato nella formula “giurisprudenza meccanica”³⁸. Entrambi i poli dialettici sarebbero, ad avviso di Pound, normativamente inadatti a fornire una teoria della decisione giudiziaria: il primo, la giustizia del Cadì, perché fondato su ragioni del tutto a-giuridiche (“pre-giuridiche” come definite dallo stesso Pound); il secondo, la giurisprudenza meccanica, perché non in grado di adeguarsi alle mutevoli circostanze del caso, in cui gli interessi in gioco necessitano di una flessibile compensazione³⁹.

experimentally controlled input-certain patterns of irradiation in assorted frequencies, for instance-and in the fullness of time the subject delivers as output a description of the three-dimensional external world and its history. The relation between the meager input and the torrential output is a relation that we are prompted to study for somewhat the same reasons that always prompted epistemology; namely, in order to see how evidence relates to theory, and in what ways one's theory of nature transcends any available evidence». W.V. QUINE, *Epistemology Naturalized*, in ID. (ed.), *Ontological relativity and other essays*, New York, 1969, 82-83.

³³ B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence*, cit., 46 e ss.

³⁴ «The pragmatic view of theory-construction is essentially the view expressed most famously by Marx in the “Theses on Feuerbach”: “Man must prove the truth, that is, the reality and power, the this-sidedness of his thinking in practice. The dispute over the reality or non-reality of thinking which is isolated from practice is a purely *scholastic* question” (Thesis II, emphasis added). Theorizing, in other words, should make a difference to practice (or experience)». *Ivi*, 48.

³⁵ B. LEITER, *Rethinking legal realism. Towards a naturalized jurisprudence*, in *Texas Law Review*, 2, 1997, 267-315, 286.

³⁶ R. POUND, *The Decadence of Equity*, in *California Law Review*, 1, 1905, 20-35.

³⁷ «The oriental cadì administering justice at the city gate by the light of nature tempered by the state of his digestion for the time being». *Ivi*, 21.

³⁸ *Ivi*, 20.

³⁹ Diversamente si pone l'equità, che Pound definisce «the idea of wider discretion, greater freedom of application, more elasticity in view of particular cases, or, to quote once more from Clark, of 'reasonable view of the circumstances'». *Ivi*, 22.

Pound, facendo ricorso alla figura esemplare del Cadi orientale, intendeva dunque prospettare una tesi normativa, squalificando come “pre-giuridiche” o “non giuridiche” le componenti irrazionali – la digestione – del processo decisionale⁴⁰.

È evidente, in questo caso, che l'utilizzo del *topos* della giurisprudenza digestiva è assai distante da quello prospettato da La Mettrie. Se, infatti, per il modello deterministico la digestione è metafora di un processo regolare, *macchinico* appunto, in cui gli alimenti determinano causalmente la decisione del giudice, per Pound il senso della metafora è esattamente opposto, rappresentando la digestione la componente non razionalizzabile, e dunque non intelligibile, del processo decisionale umano. Nel volgere di qualche decennio, peraltro, la giurisprudenza “digestiva” diventerà epiteto dispregiativo con cui le tesi radicali di Jerome Frank saranno additate⁴¹. Per Frank, com'è noto, la componente irrazionale della decisione del giudice non rappresenterà più un modello negativo, rispetto al quale la decisione secondo equità si porrebbe in superamento dialettico, bensì l'essenza stessa di ogni decisione, imprevedibile perché del tutto irrazionale.

I modelli di razionalità giuridica cui l'ambigua metafora rimanda sono dunque assai distanti, come distanti le possibili letture degli esperimenti prima descritti.

4. Oltre il naturalismo

Il primo livello interpretativo attiene, dunque, alla diversa concezione della razionalità che emerge da tali esperimenti: se Damasio avrebbe mostrato che le emozioni intervengono nella fisiologia del processo decisionale, gli esperimenti condotti sui giudici israeliani si prestano ad essere interpretati in una direzione alternativa. E, tuttavia, si sbaglierebbe a ritenere le due letture come espressione di confliggenti modelli di teoria della mente, giacché entrambe contribuiscono ad arricchire la comprensione dei processi decisionali e del ruolo che le emozioni rivestono all'interno degli stessi.

In effetti, non si tratta tanto di stabilire i contorni precisi del modello scientifico di decisione. Aver richiamato – sebbene sinteticamente – i precedenti teorici dell'immagine della “giurisprudenza digestiva” consente, infatti, di ripensare il rapporto tra teoria della mente e teoria del giudizio, rendendo rilevante il problema dei principi ai quali ciascun modello rimanda.

Questo perché, al di là della condivisione più o meno elevata di una certa teoria del ragionamento giuridico, e dell'antropologia filosofica che la sottende, a rilevare è soprattutto l'uso che la teoria del diritto intende normativamente farne ai fini dell'enucleazione di scopi e valori della funzione giudicante.

⁴⁰ È su questo aspetto che si appunteranno le critiche di Frank, il quale, al contrario, rilevava come le decisioni rese in base “alla natura temperata della digestione” fossero senz'altro giuridiche. Rievocando l'immagine della giustizia del Cadi, Frank si chiedeva, infatti, se sarebbe stato mai possibile superare quel modello di giustizia. J. FRANK, *Are Judges Human? Part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 17, 1931, 27. Su questo aspetto, e più in generale sulla teoria del giudizio di Jerome Frank, si veda V. MARZOCCO, *op. cit.*, spec. 54 ss.

⁴¹ A ciò contribuì senz'altro la critica che Dickinson, allievo di Pound, mosse a Frank all'indomani della pubblicazione di *Law and the Modern Mind*: se il giudizio non è altro che decisione irrazionale, come sembrava affermare Frank, l'obbedienza dei consociati non sarebbe altro che un atto di deferenza superstiziosa, alla stregua di quanto accade con il Cadi orientale. J. DICKINSON, *Legal rules: Their functions in the process of Decision*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 7, 1931, 844 ss.

Se scopo della teoria dell'*adjudication* è la predizione del comportamento dei giudici – giacché la certezza del diritto si attegga esattamente a prevedibilità della risposta – sarà più efficace mobilitare un'immagine deterministica dell'uomo, oltre che un modello di razionalità *more geometrico*. Diventa a questo punto essenziale porre in discussione il valore della certezza del diritto così intesa⁴², in nome della quale tale idea di razionalità è chiamata in causa.

Diversamente, la valorizzazione delle emozioni nella fisiologia del processo decisionale rimanda a un differente apprezzamento della certezza del diritto, in cui è piuttosto la capacità adattiva della risposta giuridica alle circostanze concrete, che il buon uso delle emozioni renderebbe possibile, ad assurgere a valore⁴³.

Del resto, la riflessione filosofica più recente sulle emozioni ne valorizza – a partire dal riconoscimento della loro peculiare razionalità – l'attitudine informativa, la capacità, cioè, di veicolare più rapidamente un'informazione utile all'esercizio della deliberazione⁴⁴. Il contributo della teoria di Damasio alla filosofia della decisione si presta, dunque, ad essere letto come parte di quel processo di riabilitazione della razionalità pratica che diventa luogo elettivo di esercizio della ragione giuridica.

Il che non esclude la necessità di un *caveat*. Se il naturalismo impone di considerare tal quali gli asserti delle scienze naturali, informando i concetti normativi del loro contenuto, un approccio ermeneutico, per converso, consente di individuare un percorso argomentativo alternativo. Come la tradizione ermeneutica ci ha insegnato, infatti, una più accurata *spiegazione* da parte delle scienze naturali è utile ad una migliore *comprensione* delle istituzioni e più in generale dei concetti normativamente rilevanti, nella consapevolezza tuttavia della irriducibilità del piano normativo delle istituzioni a quello empirico delle scienze dure⁴⁵. Il dialogo inevitabile con le scienze cognitive produrrà, dunque, nuove "ragioni

⁴² Di recente Natalino Irti ha riproposto la tesi weberiana della derivazione della certezza del diritto, intesa come "calcolabilità", dalle esigenze dello sviluppo capitalistico. Da ultimo si veda N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, 21 ss. Come ricorda POUND (*The Decadence of Equity*, cit., 24), peraltro, tale tesi era già stata sostenuta da MONTESQUIEU, in *L'Esprit des lois*, 20, 18. *Contra*, di recente, P. GROSSI, *Storicità versus prevedibilità. Sui caratteri di un diritto pos-moderno*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2-3, 2018, 251-266.

⁴³ Discute questa posizione, con consapevolezza dei rischi di un approccio cognitivista, Patricia MINDUS, *op. cit.* Il movimento *Law and Emotions*, peraltro, non si limita ad analizzare il giudizio come luogo di rilevanza di tale interazione, proponendosi di analizzare il ruolo dell'intero spettro di emozioni sul diritto. Su ciò *amplius* T.A. MARONEY, *Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field*, in *Law and Human Behaviour*, 2006, 30, 119-142; K. ABRAMST, H. KERENTT, *Who's Afraid of Law and Emotions?*, in *Minnesota Law Review*, 94, 2010, 1999-2063.

⁴⁴ D. WALTON, *The Place of Emotion in Argument*, University Park Pa., 1992.

⁴⁵ "Spiegare di più per comprendere meglio" era una massima ricorrente nella ricca riflessione filosofica di Paul Ricoeur. Con particolare riferimento alle neuroscienze, il suo approccio ermeneutico-riflessivo si fa apprezzare nel lavoro a quattro mani scritto in dialogo con il neuroscienziato Changeux: P. RICOEUR, J.-P. CHANGEUX, *Ce qui nous fait penser. La nature et la règle*, Paris, 1998, trad. it. a cura di M. BASILE, *La natura e la regola*, Milano, 1999. In quella sede Ricoeur mostrò senz'altro profonda sensibilità e apertura nei confronti dei risultati delle neuroscienze, affermando tuttavia, con grande chiarezza, l'alterità delle scienze dello spirito: «Ciò che chiamo *etica* più che *morale*, con le sue leggi e i suoi divieti, è per me molto radicato nella vita, anche se non posso evitare il momento del passaggio alla norma. Perché questo passaggio obbligato? Ebbene, perché la vita nella sua evoluzione ci ha in qualche modo piantato in asso; voglio dire che l'organizzazione biologica mi conduce, forse, a certe disposizioni all'associazione, alla benevolenza, ma c'è la violenza, c'è la guerra, e allora bisogna scontrarsi con il divieto, quello dell'omicidio, dell'incesto, cosicché ci troviamo in un rapporto di continuità-discontinuità», *ivi*, 21.

epistemiche”⁴⁶, che non potranno sottrarsi ad una valutazione pratica alla luce di principi e valori del giudizio.

⁴⁶ Il sintagma “epistemic reason” è usato da Raz, che le definisce «reasons for believing in a proposition through being facts that are part of a case for (belief in) its truth». Tali ragioni integrano il cd. “normative-explanatory nexus”, giacché l’esercizio della razionalità pratica deve necessariamente fondarsi su credenze che abbiano un certo valore di verità: «since an unknowable fact cannot guide us, it cannot feature in the (normative-reason based) explanation of conduct and therefore it cannot be a reason». J. RAZ, *From Normativity to Responsibility*, Oxford, 2011, 110. Su questo punto della teoria raziana si veda U. HEUER, *The Reasons that Can’t be Followed: Comment on Joseph Raz’s From Normativity to Responsibility*, in *Jerusalem Review of Legal Studies*, 1, 2013, 185-198, spec. 187-188.

Gli orizzonti della teoria del *nudging* sulla normatività: verso un diritto senza sanzioni?

Michele Miravalle*

THE IMPACT OF NUDGE THEORY ON THE NORMATIVITY: TOWARD A LAW WITHOUT SANCTIONS?

ABSTRACT: The article underlines the most significant aspects of the Nudge Theory, introduced by Richard Thaler and Cass Sunstein. Analysed from the point of view of philosophy of law and social theory, the so called “libertarian paternalism” rises critics about the compatibility with individual autonomy and liberty. Especially if we consider the possible evolution of the Nudge Theory - the Boosting Approach and the Bio-Moral Enhancement – on specific field, such as criminal law and crime-prevention strategies. It could become the theoretical framework used to discipline the contemporary society, through new “technologies of power” able to promote control without traditional sanctions.

KEYWORDS: *Nudge* theory; paternalism; limited rationality; sanctions; prevention

SOMMARIO: 1. Introduzione. *Nudge* come «terza via» – 2. L'apprendimento della norma e le scelte normative. La razionalità limitata dell'uomo – 3. Giustificazioni e tipi di paternalismo. Non tutto è *nudge* – 4. Il *nudge* biopolitico. La questione della trasparenza e della neutralità morale – 5. Rischi e derive del *nudge*. Verso il potenziamento cognitivo – 6. La norma ha ancora bisogno del rafforzamento sanzionatorio? La Teoria del *Nudging* nel dibattito contemporaneo su devianza e criminalità

1. Introduzione. *Nudge* come «terza via»

L'impatto che le nuove scoperte delle scienze comportamentali e cognitive hanno sulle scienze sociali¹ – ed in particolare sul diritto – è da osservare con crescente attenzione, poiché promette di provocare radicali trasformazioni sia delle classiche cornici teoriche entro le quali siamo soliti interpretare ruoli e significati delle norme giuridiche e sociali, sia dell'effettività dei rapporti giuridici privati e pubblici.

* *Assegnista di ricerca, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Torino. Mail: michele.miravalle@unito.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

¹ Visto dal punto di vista del diritto, quello tra scienza sociale e scienza naturale è storicamente un approccio reciprocamente escludente, che potremmo far risalire al noto dualismo cartesiano tra *res cogitans* e *res extensa*. Nell'interpretare l'agire umano, l'arroccamento, da una parte, delle scienze sociali nel “culturalismo” e nell’ “ambientalismo” e, dall'altra, delle scienze naturali nel “biologismo” hanno contribuito a produrre quella dicotomia “biologico vs sociale” apparentemente irrisolvibile. Tuttavia sono oggi crescenti le posizioni c.d “compatibiliste”. Sono paradigmatiche in questo senso, le tesi del neurobiologo evoluzionista di Harvard, Robert Sapolsky, che dopo una puntualissima analisi delle varie posizioni e delle ricerche condotte sul comportamento dell'uomo, arriva a concludere che cultura, ambiente e biologia contribuiscono in egual misura a determinare il comportamento umano (cfr. R. SAPOLSKY, *Behave: The Biology of Humans at Our Best and Worst*, New York, 2018).

Con tali premesse, all'alba degli anni Duemila, l'economista comportamentale Richard Thaler insieme al giurista Cass Sunstein hanno delineato la dirompente Teoria del *Nudging*².

Tale teoria si basa sull'ossimorica promozione di strumenti di *paternalismo libertario* - su cui torneremo ampiamente più avanti - capaci di rendere le scelte individuali maggiormente razionali, consapevoli, informate delle conseguenze, preservando però il potere di *agency* e l'autonomia dei singoli.

La forza innovatrice (per certi aspetti, rivoluzionaria) della Teoria del *Nudging* risiede nel cercare una «terza via»³ nei rapporti tra Stato e consociati, che si ponga tra la totale *deregolamentazione*, tipica del paradigma liberale, e la coercizione basata sul *command and control*⁴. È bene sottolineare fin d'ora che i sostenitori della Teoria del *Nudging* non pensano che il *nudge* possa sostituire del tutto l'attuale modo di regolamentare i rapporti tra autorità pubblica e privati, ma promuovono piuttosto una necessaria «complementarietà»⁵ tra *nudge* e apparato normativo tradizionale.

Il *nudge* dunque «guida» le decisioni dei cittadini, attraverso *spinte gentili*⁶ finalizzate a promuovere i loro interessi, lasciando comunque la libertà di comportarsi diversamente.

Ma perché dovremmo aver bisogno di *spinte gentili* per decidere i nostri comportamenti? La risposta di Sunstein è *tranchant*, perché «le persone fanno un mucchio di errori, alcuni dei quali possono rilevarsi estremamente dannosi [...]. Gli esseri umani possono essere miopi e impulsivi, possono dare un peso eccessivo al breve termine, [...] tendono a procrastinare e la conseguenza talvolta è negativa. Gli individui possono essere irrealisticamente ottimisti e per questa ragione compiere scelte infauste e anche pericolose»⁷.

In poche righe, si mette in crisi il *principio del danno* (anche conosciuto come *principio di libertà*) teorizzato da John Stuart Mill nel 1859 e presto divenuto architrave del pensiero liberale. Proprio la critica

² I capisaldi di questa teoria sono introdotti inizialmente in R.H THALER, C.R. SUNSTEIN, *Libertarian Paternalism*, in *The American Economic Review*, 93, 2, 2003, 175 e ss.

Tuttavia la sua formulazione compiuta va fatta risalire al successivo lavoro monografico R.H THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, Londra, 2009. Il testo è tradotto in italiano, R.H THALER, C.R. SUNSTEIN, *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute e felicità*, Milano, 2009. Anche grazie agli studi sul *nudge*, Richard Thaler è stato insignito del premio Nobel per l'economia nel 2017.

Gli aspetti più propriamente giuridici e politici della Teoria del *Nudging* sono sviluppati dal solo Sunstein in *ex multis* C.R. SUNSTEIN, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, New Haven, 2014 (trad. it. C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, Milano, 2015) e da A. ALEMANNI, A.L. SIBONY (eds.), *Nudge and The Law. A European Perspective*, Oxford e Portland, 2015.

Per un inquadramento del *nudging* nella più ampia riflessione giusfilosofica e sociogiuridica sul cognitivismo, cfr. L. COMINELLI, *Cognition of the Law. Toward a Cognitive Sociology of Law and Behavior*, New York, 2018.

³ Cfr. A. GIDDENS, *The Third Way. The Renewal of Social Democracy*, Cambridge, 1998.

⁴ «Il *command and control* è una strategia regolatoria la cui essenza è collegata all'influenza che si ottiene con l'imposizione di standard associati alla presenza di meccanismi sanzionatori». Il proibizionismo ne è il tipico e più diffuso esempio. R. VANNINI, *Dizionario di Economia e finanza*, Roma, 2012.

⁵ L. COMINELLI, *Framing Choices to Influence Behaviors: A Debate on the Pros and Cons of Nudging*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, XVIII, 1, 2018, 296.

⁶ È questa la più comune, ma non necessariamente la più efficace, traduzione italiana del termine *nudge*. Per evitare incomprensioni, in questo contributo, si preferirà l'utilizzo del termine originale, senza traduzioni.

⁷ C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, cit., 6-7.

a Mill e il superamento delle teorie liberali neoclassiche sono uno degli obiettivi manifesti della Teoria del *Nudging*, nonostante alcuni autori intravedano una possibile compatibilità tra i due modelli⁸.

Secondo l'ideale liberale neoclassico, l'uomo è "sovrano" di sé stesso, libero persino di auto-danneggiarsi⁹ e l'unico scopo per cui l'Autorità può legittimamente esercitare il suo potere normativo e coercitivo è per evitare danno agli altri. Ogni intervento sull'individuo, sebbene finalizzato al suo bene o alla sua felicità, sfocerebbe nella sfera della morale individuale non sindacabile e dunque sarebbe illegittimo.

Ma un secolo di scoperte e risultanze empiriche raccolte dagli studiosi comportamentali hanno messo in dubbio quel modello di *homo oeconomicus* capace di scelte perfettamente razionali, trasformandolo piuttosto in *homo euristicus fallax*¹⁰, cioè «il modello di un attore che, utilizzando scorciatoie, "regole del pollice", decisione su base intuitive, tende a commettere spesso *biases* ed errori di giudizio e decisione rispetto ai canoni della razionalità economica neoclassica».

Si nota dunque come le valutazioni della realtà fenomenica da cui conseguono le scelte comportali siano sistematicamente influenzate da *bias* ed euristiche, ma anche, più semplicemente, da asimmetrie informative o da inerzia.

Le scienze cognitive hanno individuato oltre duecento tipologie di *bias* cognitivi che influenzano le nostre azioni¹¹, catalogate in un vero e proprio *Codice dei bias cognitivi*¹², che, attraverso una puntuale tassonomia, riassume molti dei criteri che adottiamo nel quotidiano, quasi sempre inconsapevolmente¹³. Questo articolato apparato di meccanismi inconsci è sintetizzabile in quattro categorie principali, che corrispondono ad altrettanti *status* cognitivi in cui l'individuo può trovarsi quando deve assumere una decisione: la necessità di "decidere in fretta" (il tempo è risorsa tipicamente limitata e la razionalità di una scelta può dipendere dalla quantità di tempo disponibile); la "mancanza di sufficienti informazioni" (rientrano in questa categoria alcuni *bias* estremamente rilevanti sul piano giuridico, quali le stereotipizzazioni o generalizzazioni, cioè la riconducibilità di una situazione o di una persona al contesto o al gruppo di appartenenza, traendo conclusioni incuranti delle caratteristiche individuali); l'"eccesso di informazioni" (speculare rispetto alla precedente categoria, riguarda la confidenza o l'eccessiva conoscenza di un contesto o di una persona, che porta, ad esempio, a porre in essere comportamenti ripetitivi o seriali, abbassando il livello di attenzione) ed infine, le "distorsioni mnemoniche"

⁸ In questo senso si sottolinea, come avremo modo di analizzare nella seconda parte di questo contributo, la strenua difesa della libertà d'azione dell'uomo e il rifiuto di forme di controllo di tipo coercitivo, che accomuna sia gli antipaternalisti à la Mill, sia i sostenitori del *nudge*, cfr. G. TUZET, *Nudge, paternalismi e principio del danno. Nota su un libro di Cass Sunstein*, in *Ragion pratica*, 2, 2019, 637-657.

⁹ «Il solo aspetto della propria condotta di cui ciascuno deve rendere conto alla società è quello riguardante gli altri: per l'aspetto che riguarda soltanto lui, la sua indipendenza, è, di diritto, assoluta. Su sé stesso, sulla sua mente e sul suo corpo, l'individuo è sovrano» J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, Milano, 1993 (1859), 22.

¹⁰ L'efficace definizione è di Riccardo Viale, così come la citazione successiva in R. VIALE, *Oltre il nudge. Libertà di scelta, felicità e comportamento*, Bologna, 2018, 51.

¹¹ Vedremo nel prossimo paragrafo quali tra questi, secondo la Teoria del *Nudging*, hanno un maggior impatto sui rapporti giuridici pubblici e privati.

¹² Una efficace rappresentazione grafica del *Cognitive Bias Codex* è disponibile in *creative commons* all'indirizzo https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Cognitive_bias_codex_en.svg (ultima visita in data 8.1.2020).

¹³ I più influenti studi su *bias* ed euristiche sono condotti dagli economisti comportamentali Kahneman e Tversky. Cfr. *ex multis*, D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 185, 1974, 1124 e ss.; D. KAHNEMAN, *Thinking. Fast and Slow*, New York, 2011.

(vi rientrano le suggestioni, le amnesie, le associazioni mentali con cui “interpretiamo” la realtà al momento della decisione).

2. L'apprendimento della norma e le scelte normative. La razionalità limitata dell'uomo.

Quello che suggeriscono gli studi sulle euristiche e i *bias* può essere ricondotto alla nota *Teoria della razionalità limitata*, secondo cui «la razionalità umana ha la forma di un paio di forbici le cui lame sono una la struttura dell'ambiente e l'altra le capacità computazionali dell'attore»¹⁴.

La razionalità dunque non è - non può essere - assoluta, come vorrebbe l'approccio utilitarista neoclassico e di conseguenza le decisioni degli individui¹⁵ non sono ispirate alla massima utilità. Ma sono quelle relativamente più soddisfacenti tra le alternative conosciute, tenuto conto dei valori, delle credenze, degli ideali, dei desideri dell'individuo che, in quel preciso contesto spazio-temporale, effettua le sue scelte comportamentali.

In questo approccio delle scienze cognitive e comportamentali, soprattutto quando si interfaccia con la questione della normatività cara ai giuristi, rileviamo tuttavia una generale sottovalutazione del ruolo che il contesto sociale e ambientale ha sui comportamenti umani. Occorrerebbe certamente un'analisi più puntuale, ma qui si sottolinea l'enfasi posta dai comportamentisti su una lama della forbice della razionalità limitata di Simon (le capacità computazionali dell'individuo), mentre l'altra (la struttura dell'ambiente) rimane sistematicamente in secondo piano.

Eppure gli studi sulla socializzazione delle norme, pur dandone spiegazioni differenti, suggeriscono come i due aspetti (ambientale/sociale e personale/individuale) debbano essere considerati in egual misura. In altre parole, la “coscienza collettiva” condivisa e interiorizzata descritta da Durkheim influenza i nostri comportamenti tanto quanto la nostra individualità.

Vista dal punto di vista del regolatore pubblico, l'influenza ambientale sui comportamenti individuali è anzi fondamentale e va preservata, poiché garantisce stabilità e continuità nel tempo alla società, assicurando la trasmissione intergenerazionale di valori, modi di agire o pensare e la costruzione dell'«identità sociale»¹⁶.

Alcuni cognitivisti, come il già citato Kahneman, per esemplificare meglio i meccanismi cognitivi del comportamento, ricorrono all'espedito della dualità del sistema cognitivo, formato da un *Sistema 1* veloce, automatico, emozionale, empatico, istintivo e da un *Sistema 2* riflessivo, calcolatore, analitico, razionale. Entrambi i sistemi (o processi cognitivi¹⁷) si attivano in misura maggiore o minore negli individui, quando occorre assumere decisioni.

¹⁴ H.A. SIMON, *Models of man: social and rational. Mathematical essays on rational human behavior in society setting*, New York, 1957.

¹⁵ Qui il riferimento è alla razionalità individuale, ma, come nota Weber a proposito di razionalizzazione e burocratizzazione, lo stesso può valere per spiegare i processi decisionali e i modelli organizzativi delle pubbliche amministrazioni (e, in generale, delle organizzazioni sociali complesse).

¹⁶ Per un'analisi approfondita sul punto, cfr. C. DUBAR, *La socializzazione. Come si costruisce l'identità sociale*, Bologna, 2004.

¹⁷ Vale preferisce questa terminologia, parlando di processo cognitivo di Tipo 1 e 2, anziché di Sistemi, per sottolineare l'immaterialità della distinzione – anche se le neuroscienze insegnano che, a seconda delle scelte da

È esattamente in questa architettura cognitiva che agisce il *nudge*, intervenendo – e vedremo come – quando «l’istintivo Sistema 1 prevale sul razionale Sistema 2»¹⁸.

La Teoria del *Nudging* mostra dunque un’avversione verso tutto ciò che è riconducibile al Sistema 1 (istintività) e intende “spingere” l’individuo a comportarsi seguendo il Sistema 2 (razionalità). Tale avversione sarebbe giustificata dal fatto che, seguendo il Sistema 1 «le persone commettono errori e le loro scelte smettono di promuovere i loro stessi fini»¹⁹. È questo un passaggio fondamentale della teoria, su cui è bene soffermarsi, poiché è proprio l’errore istintivo commesso dall’individuo a giustificare l’intervento paternalista, che potrà essere *forte* (coercitivo) o *debole* (libertario) a seconda del tipo di errore da evitare.

Anzitutto occorre meglio comprendere quali siano gli “errori” istintivamente compiuti dagli individui secondo i sostenitori del *nudge*.

Sunstein in particolare individua quattro categorie di errori ricorrenti dell’agire giuridico dell’individuo, quando agisce in modo istintivo (Sistema 1):

- a) La *preferenza per il presente* e l’*incoerenza temporale* (il Sistema 1 è miope, considera solo i vantaggi nel breve periodo, predilige *l’hic et nunc*, il Sistema 2 considera invece il lungo periodo);
- b) Le *difficoltà di autocontrollo* (il Sistema 1 è incapace di considerare l’impatto delle proprie decisioni nel futuro, mentre il Sistema 2 ne è consapevole e per questo preferisce autocontrollarsi nel presente. Le Costituzioni sono tipicamente un sistema di autocontrollo o di c.d. *precommitment*²⁰ poiché pongono rimedi e soluzioni pro-futuro, quando si prevede possano essere commessi errori. Sono regole che la società si dà da sobria, a valersi per quando sarà ubriaca. Sul piano dei rapporti privatistici, sono strumenti di *precommitment* tutti i sistemi previdenziali e pensionistici);
- c) L’*ottimismo irrealistico* (gli individui sarebbero troppo fiduciosi nel futuro e propensi a non considerare i possibili rischi, nonostante le probabilità che questi si verifichino siano elevate. Sul piano regolatorio, da qui nasce la difficoltà di costruire campagne di prevenzione dei rischi davvero efficaci, dove potrebbe rivelarsi non sufficiente ricorrere alla paura e all’esposizione del pericolo, si pensi alle campagne anti-fumo o anti-obesità);
- d) I *problemi con la probabilità* (l’istinto del Sistema 1 non è abituato a calcolare le probabilità che avvenga o non avvenga un certo fatto, paura o eccessiva confidenza sono sentimenti che poco o nulla hanno a che fare con la statistica. È, ad esempio, ben noto l’impatto di questo tipo di *bias* sulle politiche criminali, costantemente influenzate, soprattutto in tempi di populismo penale, da campagne di *panico morale*²¹ che basandosi su percezioni distorte della realtà giustificano l’esigenza di interventi di criminalizzazione).

compiere, si attivano regioni diverse del cervello, cfr. R. VIALE, *Oltre il nudge. Libertà di scelta, felicità e comportamento*, cit., 159.

¹⁸ L. COMINELLI, *Framing Choices to Influence Behaviors: A Debate on the Pros and Cons of Nudging*, cit., 293.

¹⁹ C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, cit., 28.

²⁰ I. AYRES, *Carrots and Sticks*, New York, 2010, 47.

²¹ L’efficace definizione è di Stanley Cohen, cfr. S. COHEN, *Folk, Devils and Moral Panics: The Creation of the Mods and Rockers*, Londra, 1972.

3. Giustificazioni e tipi di paternalismo. Non tutto è *nudge*

Muoviamo ora dalla parte *descrittiva* della Teoria del *Nudging* (il presupposto della fallacia e dell'irrazionalità del comportamento umano) a quella *prescrittiva*. Occorre organizzare l'analisi individuando due questioni salienti. La prima: quale intervento paternalista è giustificabile o auspicabile per "correggere" l'irrazionalità?

La seconda: quale deve essere il fine perseguito dell'intervento paternalista?

In altri termini, quali sono i *mezzi* e quali i *fini* del *nudge*.

Quello dei *mezzi* è tema cruciale per valutare l'impatto del *nudge* sul campo giuridico. In linea generale, va chiarito che la Teoria del *Nudging* giustifica l'intervento paternalista, ma solo entro certi limiti. Per comprenderli occorre esplorare la distinzione tra *paternalismo forte* e *paternalismo debole* (o *libertario*). Solo se gli interventi statuali rimangono negli angusti confini del *paternalismo debole*, sono considerabili *nudge*.

Abbiamo già accennato a questo aspetto, quando si è sostenuto che il *nudge* sia la "terza via" tra la deregolamentazione e l'intervento coercitivo.

Ma la distinzione tra paternalismo forte e debole necessita di alcune chiarificazioni sia sul piano teorico sia nei suoi risvolti applicativi. Gli stessi sostenitori del *nudging* tendono a considerare i due tipi di paternalismo non come categorie reciprocamente escludenti, ma piuttosto come due estremi di un *continuum*, che può dunque presentare diverse gradazioni d'intensità. La definizione fornita da Sunstein è tuttavia più utile agli economisti che ai giuristi, infatti si basa sulla presenza o l'assenza di *costi materiali* imposti dall'Autorità sull'individuo.

In questo senso per *paternalismo forte* si intendono «le azioni di governo che cercano di migliorare il benessere delle persone imponendo costi materiali sulle loro scelte», al contrario, per *paternalismo debole* (o *libertario*) si intendono «le azioni dello Stato che tentano di migliorare il benessere delle persone senza imporre costi materiali sulle loro scelte»²². Se applicata in concreto, questa definizione rischia tuttavia di condurre a palesi contraddizioni, poniamo infatti l'esempio delle campagne antifumo per migliorare la salute pubblica, l'aumento del costo delle sigarette di un solo centesimo a pacchetto sarebbe considerato uno strumento di *paternalismo forte* poiché implica costi materiali e dunque non auspicabile, mentre l'obbligo di stampare sui pacchetti di sigarette le foto anche molto cruente di malati terminali, non producendo costi materiali sul cittadino-consumatore, rientrerebbe dunque tra gli strumenti di *paternalismo debole* o *libertario*. Ma i costi materiali non possono essere gli unici presi in considerazione, lo stesso Sunstein riconosce l'esistenza anche di costi immateriali²³, che debbono essere considerati.

Nell'esempio siffatto è vero che i costi materiali dell'esposizione di foto di malati terminali sono nulli, ma i costi immateriali (in termini ad esempio di violazione della privacy o della dignità del malato o di reazioni emotive da parte di chi vede quell'immagine e magari non è il fumatore destinatario del

²² Entrambe le citazioni sono tratte da C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, cit., 46.

²³ Vi rientrerebbero i c.d. *costi psichici* e i *costi sociali*, legati al significato sociale che il comportamento individuale ha nel contesto sociale.

messaggio, ma il figlio minore) sarebbero ingenti e dunque l'intervento statale dovrebbe essere comunque considerato *forte* e fuoriuscire dai confini del *nudge*.

Dal punto di vista giuridico-normativo, è più convincente differenziare il *paternalismo forte* e quello *libertario* secondo una *distinzione deontica*: «Dove ci sono obblighi e divieti il paternalismo è forte, altrimenti è debole»²⁴.

Queste difficoltà definitorie e la sua natura *flessibile* e non concettualmente rigida²⁵, hanno avuto come conseguenza un uso improprio ed eccessivo del *nudge*-concetto, includendo tipologie di intervento paternalistico statale che poco o nulla hanno a che fare con il *nudge*.

Ma spostiamoci ora momentaneamente dal quadro teorico, per proporre una tassonomia degli strumenti correntemente utilizzati in vari contesti e che possono rientrare nella definizione di *nudge*, delineando tre categorie (i *nudge salienti*, i *nudge informativi* e le *regole di default*).

Una prima categoria di *nudge* è quella che agisce sulla *saliienza*, cioè sulla “modalità” con cui le varie scelte comportamentali possibili sono presentate. I nostri *bias* cognitivi spesso ci inducono a scegliere l'opzione più facile o più evidente e meno dispendiosa (in termini di risorse economiche, di tempo, di possibilità di successo). Nascondere prodotti dannosi per la propria salute nei punti vendita per disincentivarne l'acquisto; semplificare la modulistica contrattuale, evidenziando solo certe clausole piuttosto che altre; presentare la bontà di una scelta mettendo in evidenza la percentuale di successo e nascondendo quella di insuccesso (l'individuo è più propenso a sottoporsi ad un'operazione chirurgica, sapendo che 90 pazienti su 100 sono sopravvissuti, piuttosto che 10 su 100 sono deceduti); raggruppare per categorie omogenee opzioni simili per facilitare la scelta (è il caso, ad esempio, delle banche d'investimento che propongono ai risparmiatori profili d'investimenti, ad esempio “aggressivi” o “prudenti”, senza preoccuparsi di dettagliare gli investimenti); mandare segnali sonori al guidatore per indurlo a fare una sosta dopo molte ore di guida oppure per consigliarli di allacciare le cinture di sicurezza. Si tratta in generale di strategie che fanno leva sul c.d. *framing* delle scelte, cioè su “come” un problema viene presentato.

Una seconda categoria sono i c.d. *nudge informativi*. Questioni quali la trasparenza della Pubblica Amministrazione, la normativa antitrust, il consenso informato in campo sanitario, la sicurezza sul lavoro e l'emersione del lavoro irregolare, la tutela dei soggetti vulnerabili da azioni pericolose o illecite di terzi, sono alcuni esempi di campi del diritto e della regolamentazione pubblica che hanno subito attenzione da parte degli esperti di scienze comportamentali e di *nudging* informativi. Sono *paternalistici libertari* in questo senso tutti quegli interventi dell'Autorità che mirano a incentivare o disincentivare un comportamento cercando di colmare lo scarto informativo tra “percezione” e “realtà” oppure a informare sulle conseguenze negative o positive dei propri comportamenti. Il presupposto è che più la scelta individuale è informata e più è razionale.

Al netto delle questioni legate alla neutralità delle informazioni, sono considerati quindi *nudge* informativi, ad esempio, le tecniche attuariali che mirano all'efficientamento dell'attività della Pubblica Amministrazione, attraverso la pubblicazione dei tassi “produttività” degli uffici giudiziari in termini di

²⁴ G. TUZET, *Nudge, paternalismi e principio del danno. Nota su un libro di Cass Sunstein*, cit., 646.

²⁵ «Nudging is therefore not a conceptually strict formula but a pliant tool, so much so that it has sometimes been stretched excessively, becoming a victim of its own success», L. COMINELLI, *Framing Choices to Influence Behaviors: A Debate on the Pros and Cons of Nudging*, cit., 302.

sentenze pronunciate, della “produttività” dei docenti in termini di numeri di studenti esaminati, della qualità degli Atenei in termini di numero di laureati e tassi di laureati occupati dopo la laurea. Oppure le campagne di informazione sui rischi dovuti alle mancate coperture vaccinali, sulle accortezze da utilizzare in caso di epidemie, sulla necessità di screening sanitari da effettuare a cadenza regolare, sul disincentivo all’uso del cellulare o del computer limitandosi a comunicare quante ore sono state trascorse davanti allo schermo, sulla necessità di fare attività fisica comunicando quanti passi sono stati fatti nell’arco della giornata. Oppure la classificazione di taluni beni per qualità dei consumi (si pensi alla certificazione energetica per la vendita o la locazione di immobili, introdotta in Italia ex d.lgs. 192/2005 o degli elettrodomestici. Solo il cittadino esperto conosce, sul piano tecnico i motivi per cui un prodotto è collocato in una classe energetica piuttosto che in un’altra, ma tutti i cittadini, anche i meno competenti e i più distratti, sanno che un prodotto classificato con la lettera A sarà in qualche modo “migliore” di un prodotto in classe energetica B e saranno orientati – ma non certamente obbligati – a preferire il primo). Sempre nel campo dei consumi energetici, in California si è misurata l’efficacia di due *nudge* informativi differenti ma progettati per lo stesso scopo: ridurre i consumi elettrici delle famiglie. Un certo numero di famiglie veniva informato dell’andamento dei propri consumi attraverso una specifica sezione della bolletta, un altro gruppo di famiglie invece veniva informato dei propri consumi attraverso un dispositivo (Ambient Orb), collegato al contatore, che si colorava di rosso se i consumi erano eccessivi. Nel primo caso non si è verificato nessun significativo calo dei consumi energetici, nel secondo caso i consumi si sono quasi dimezzati. Anche nel settore del diritto tributario sono stati sperimentati *nudge* che hanno aumentato il gettito fiscale, non attraverso un maggior numero di controlli e sanzioni, bensì limitandosi ad informare l’evasore di quale fosse la percentuale di persone del proprio quartiere in regola con i pagamenti delle imposte e quali opere e servizi pubblici si sarebbero potuti realizzare con il mancato versamento delle tasse, si è sfruttata cogni l’euristica cognitiva dell’emulazione e dell’imitazione.

Le c.d. *Regole di default* sono invece quelle tipologie di *nudge* che agiscono per limitare la naturale inerzia o passività dell’individuo, che, non solo a causa di *bias* cognitivi, evita in numerose occasioni di compiere scelte attive. Tale inerzia giustifica l’Autorità a scegliere per lui. Il meccanismo della *sostituzione* è il più invisibile dai sostenitori del paradigma liberale neoclassico, poiché è il grado più pervicace di intervento statale sull’individuo. Ma in questo caso, l’Autorità si limita ad essere *paternalista* solo in caso di inerzia dell’individuo, per evitare l’intrusione paternalistica al soggetto basterebbe scegliere. Esempi tipici di *Regole di default* riguardano anche tematiche eticamente sensibili, come la donazione degli organi in caso di decesso, emblematico, per capire l’impatto del *nudge* sulla società, è l’esempio di due Paesi, Austria e Germania, del tutto assimilabili dal punto di vista delle loro identità socio-culturali. In Austria, la legislazione prevede che la donazione degli organi avvenga di *default* salvo che l’individuo non espliciti il suo diniego (*opt out*), in Germania la legislazione prevede l’esatto opposto, l’espianto degli organi avverrà solo se l’individuo ha validamente dato il suo consenso (*opt in*). L’effetto delle due previsioni paternalistiche è che in Austria il 90% degli organi espiantabili vengono effettivamente donati, in Germania solo il 10%.

Tornando alle politiche fiscali, nel contesto italiano, l’introduzione avvenuta in via sperimentale a partire dal 2015 della c.d. “dichiarazione dei redditi precompilata”, modificabile solo attraverso



l'intervento attivo dell'individuo, è certamente una forma di paternalismo ascrivibile alla *regole di default*²⁶, così come le forme di rinnovo automatico dei rapporti contrattuali nel settore delle locazioni immobiliari, delle telecomunicazioni o dell'energia²⁷.

In diverse Pubbliche amministrazioni del mondo il ruolo degli esperti di scienze del comportamento è stato formalizzato, attraverso la creazione di uffici e dipartimenti chiamati proprio a studiare possibili interventi di *paternalismo libertario*²⁸, gli esempi più noti, sono il *Behavioral Insights Team* (BIT) nel Regno Unito e il *Social Behavioral Sciences Team* (SBST) fondato nel 2015 dall'amministrazione Obama negli Stati Uniti, ma che ha successivamente cessato le proprie attività sotto la presidenza di Donald Trump nel 2017.

Gli spazi di espansione dell'uso dei *nudge* sembrano dunque essere notevoli, soprattutto grazie allo sviluppo tecnologico e alle crescenti interazioni uomo-macchina capaci, per tornare alla forbice della razionalità limitata di Simon, di migliorare le capacità computazionali dell'individuo, aumentare la sua capacità di *de-bias* e dunque aggiungere razionalità, laddove l'umano è fallibile.

Di conseguenza il ruolo, ma potremmo foucaultianamente dire il *potere*, degli "architetti delle scelte" che progettano l'intervento paternalista merita di essere approfondito. Per farlo, occorre muovere l'analisi verso la seconda delle questioni poste all'inizio di questo paragrafo: quale deve essere il *fine* perseguito dell'intervento paternalista?

²⁶ Questo tipo di *nudge* è scivoloso sul piano giuridico: l'individuo potrebbe infatti essere "spinto" a rinunciare ad un proprio "interesse" (ad esempio chiedere uno sconto fiscale) o alla rivendicazione di un proprio diritto (ad esempio essere tassato con una aliquota più bassa di quella prevista dal *default* precompilato), perché ritiene più faticoso "attivarsi" per ottenerlo rispetto ad accettare quello che il decisore pubblico ha deciso per lui. Nell'esempio specifico: quanti sono gli "errori" nelle dichiarazioni dei redditi che gli individui rinunciano a rivendicare? A quanto ammonta il gettito fiscale "non dovuto", ma effettivamente incassato dallo Stato? Occorrerebbe basarsi su ricerche empiriche per giudicare la fondatezza di questi dubbi. Nel paragrafo successivo vedremo che queste domande potrebbero rientrare nella c.d. critica della "scelta pubblica subottimale", che gli stessi sostenitori del *nudge* riconoscono, ma non ritengono abbastanza forte per rinunciare all'intervento paternalista.

²⁷ Per alcuni studi dettagliati sull'utilizzo del *nudge* e per approfondimenti su alcuni degli esempi presentati nel testo, cfr. (sul diritto dei contratti) K. MAT, P.A. BURRI, *Nudging in Swiss Contract Law? An Analysis of Non-mandatory Default Rules from a Legal, Economic and Behavioral Perspective*, in K.MATHIS, A. TOR (eds.), *Nudging - Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Londra, 2016, 121 e ss.; (sul diritto dei consumatori) N. RANGONE, *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2012, 7 e ss.; (su diritto sanitario e donazione degli organi) G. DEN HARTOGH, *The Political Obligation To Donate Organs*, in *Ratio Juris*, 26, 3, 2013, 378 e ss.; (su diritto dei mercati finanziari) P. TERESZKIEWICZ, *Neutral Third-Party Counselling as Nudge Toward Safer Financial Products? The Case of Risky Mortgage Loan Contracts*, in K.MATHIS, A. TOR (eds.), *Nudging - Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, cit.; (su contenzioso e mediazione) D. WATKINS, *A Nudge to Mediate: How Adjustments in Choice Architecture Can Lead to Better Dispute Resolution Decisions*, in *The American Journal of Mediation*, 10, 2010, 1 e ss.

Numerosi esempi e risultati di applicazioni empiriche della Teoria del *Nudging* sono presentati anche in R.H THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, cit., 2009.

²⁸ Secondo alcuni stime sarebbero cinquanta le Pubbliche Amministrazioni del mondo dove sono impegnati esperti di *nudging*, cfr. L. COMINELLI, *Framing Choices to Influence Behaviors: A Debate on the Pros and Cons of Nudging*, cit., 295.

In altre parole, bisogna domandarsi se esistano limiti teorici ed empirici posti dalla Teoria del *Nudging* e quali siano i rischi di un loro travalicamento.

L'analisi sui fini e i limiti del *nudge* può interessare diversi piani. Proviamo a considerare, seppur sinteticamente, quelli più rilevanti dal punto di vista della riflessione giusfilosofica e sociogiuridica, consapevoli che diverse critiche alla Teoria del *Nudging* provengono anche da altre discipline, in particolare dalla psicologia²⁹, dalla filosofia morale e politica³⁰ e dalla stessa economia.

Il primo *fine* dell'uso del *nudge* è il perseguimento del *benessere* individuale.

Il termine *benessere* torna in maniera quasi ossessiva in tutta l'opera di Thaler e Sunstein, che lo assurgono a principio-guida dell'intera Teoria.

In questo senso «un provvedimento è “paternalistico” se cerca di influenzare le scelte in modo da migliorare il benessere di coloro che scelgono, secondo il giudizio di questi ultimi». Dunque, il *nudge* è giustificato se ha come obiettivo il benessere della persona verso cui si rivolge.

Questa definizione ha due punti focali, il primo è che cosa si intenda per *benessere*, il secondo è il significato dell'inciso, *secondo il giudizio di questi ultimi*.

Nell'esposizione della Teoria del *Nudge* non si ritrova una definizione convincente (e non tautologica) di che cosa sia il benessere. Si individuano soltanto alcuni limiti negativi al concetto, spiegando che cosa certamente *non* è benessere. In questo senso, *non* è benessere il danneggiare altri³¹, ma *non* è benessere neanche il mero edonismo, poiché si rischierebbe, in fin dei conti, di danneggiare terzi.

Da un'analisi sommaria dei vari esempi fattuali di *nudge*, sembra potersi ricavare una definizione di benessere che fondamentale si riduce alla sfera *psicofisica* (l'assenza di patologie, il godere il più a lungo possibile di buona salute) e a quella *economica* (spendere meno, o comunque meglio, i propri soldi ed avere vantaggi materiali – anche non necessariamente monetari - dai propri comportamenti nel breve o nel lungo periodo). Ma questa non è altro che una definizione grossolana e squisitamente empirica³².

Non potendo fornire una definizione convincente, Sunstein ammette che: «Sensatamente, e persino virtuosamente, le persone non scelgono le cose soltanto in base a un semplicistico “mi piace”. Per esempio, possono voler aiutare gli altri anche quando non c'è niente di divertente nel farlo. Possono voler fare ciò che si sentono moralmente obbligati a fare, anche se non ricavano alcun piacere. [...] Le scelte programmate degli individui sono *generalmente* basate su ciò che essi credono promuova il loro benessere soggettivo, ma che talvolta sono disposti a compiere scelte che sacrificerebbero la loro felicità a favore di un assortimento di altri obiettivi che comprendono: 1) promuovere la felicità della

²⁹ Cfr. G. GIGERENZER, *On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism*, in *Review of Philosophy and Psychology*, 3, 2015, 361 e ss.

³⁰ Cfr. D.M. HAUSMAN, B. WELCH, *Debate: To Nudge or Not To Nudge*, in *Journal of Political Philosophy*, 18, 2010, 123 e ss.

³¹ In questo caso, come abbiamo già ricordato nel primo paragrafo, è giustificato l'intervento coercitivo, di paternalismo forte. Questa impostazione è condivisa anche dal modello liberale neoclassico. Ma su questo torneremo quando discuteremo, il possibile contributo della Teoria del *Nudging* al diritto penale.

³² Anche se va notato come alcune ricerche empiriche metodologicamente solide siano giunte a questa conclusione, cfr. D.J. BENJAMIN ET AL., *What do you think would you make you happier? What do you think you would choose?*, in *American Economic Review*, 102, 2012, 2083 e ss.

propria famiglia; 2) accrescere il controllo sulla propria vita; 3) elevare la propria condizione sociale, o 4) rafforzare la sensazione di avere uno scopo nella vita»³³.

Di conseguenza, sarebbe giustificato ogni *nudge* con l'obiettivo di migliorare le scelte individuali verso uno tra i (molti) significati di benessere appena elencati da Sunstein.

Ma sul punto, come abbiamo già in parte notato, la critica liberale (o *epistemica*) si fa molto aspra: ogni individuo è il “miglior giudice” del proprio benessere. Quando le scelte sono prese da qualcun altro che non sia l'individuo stesso, quelle scelte saranno più esposte a errori, poiché prese sulla base di informazioni parziali e in numero ridotto rispetto a quelle a disposizione dell'individuo³⁴.

Insomma Mill risponderebbe ai *paternalisti libertari* sottolineando l'eterogeneità del concetto di *benessere* che se, nemmeno definibile oggettivamente, non può certo essere imposto (o anche solo suggerito) attraverso l'intervento paternalista.

Per conoscere le repliche dei teorici del *nudge* alle critiche liberali neoclassiche, occorre analizzare l'inciso *secondo il giudizio di questi ultimi* contenuto nella summenzionata citazione.

Con questa precisazione, la Teoria del *Nudging* trova una convergenza con Mill e la scuola liberale neoclassica, ammettendo che il benessere va inteso nella sola eccezione soggettiva³⁵ (valutare cosa sia benessere o malessere è prerogativa dell'individuo), altrimenti sarebbe facile scadere nel giudizio morale.

Ma a questo punto si apre un altro scivoloso dubbio: gli individui sono sempre e comunque nelle condizioni di conoscere che cosa sia il loro bene e che cosa vogliano davvero?

Si tratta probabilmente di uno dei quesiti-chiave e più dibattuti dell'etica e non si pretende certo di scioglierlo in poche righe.

Qui interessa analizzarlo limitatamente alla “giustificazione” dell'intervento paternalista. Anche l'anti-paternalista Mill si era posto il dubbio nel celebre *Dilemma del ponte pericolante* raccontato nel *saggio sulla libertà*: «Se qualcuno vede una persona che sta per attraversare un ponte che è stato dichiarato pericolante e non ha il tempo di avvertirla del pericolo, la può afferrare e bloccare, senza per ciò violarne la libertà, poiché la libertà consiste nel fare ciò che si vuole, e la persona in questione non vuole cadere nel fiume»³⁶.

Dunque anche Mill ammette la necessità di forme di intervento paternalista – per di più, nel caso di specie, di tipo *forte*, trattandosi di azione coercitiva e non certo di una semplice “spinta gentile” – ma solo se vengono soddisfatte tre condizioni: 1) il ponte è certamente pericolante – in termini giuridici

³³ C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, cit., 88. In questo passaggio Sunstein sembra suggerire alcune motivazioni che “giustificano” la scelta irrazionale individuale. O, in altre parole, alcune situazioni in cui la scelta apparentemente irrazionale, in realtà si rivela razionale. Sembra dunque voler considerare le influenze che l'organizzazione sociale ha sulle scelte individuali. Sul punto, occorre considerare gli approfonditi studi sulla scelta razionale di Jon Elster, cfr. per un'efficace sintesi dei suoi lavori, J. ELSTER, *La spiegazione del comportamento sociale*, Bologna, 2010. Per una riflessione sulla scelta razionale situata nella cornice degli studi sulla devianza e il crimine, cfr. D. CORNISH, R.V. CLARKE, *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspective on Offending*, New York, 1986.

³⁴ La razionalità limitata appartiene sia all'individuo sia al decisore pubblico.

³⁵ Se il *benessere* diventasse oggettivo diverrebbe mero controllo. Su questo torneremo, perché questo punto, se non correttamente interpretato, può diventare il viatico a indebiti abusi di poteri di tipo manipolatorio da parte del regolatore pubblico.

³⁶ J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, cit., 134.

diremmo, il pericolo è certo; 2) non c'è tempo per avvertire la persona del pericolo – in termini giuridici diremmo, il pericolo è attuale; 3) l'intervento paternalista è finalizzato a far ottenere ciò che il soggetto vuole o non vuole (in questo caso, il soggetto non vuole certamente cadere nel fiume).

Sunstein, riprendendo proprio il *Dilemma del ponte*, propone invece di “legittimare” l'intervento paternalista anche quando non sia soddisfatto il secondo requisito (l'attualità del pericolo), ma il pericolo sia comunque certo e non voluto. In altre parole, se so che il soggetto *ignora* un pericolo certo che gli produrrà un danno, perché debbo attendere che la persona si incammini sul ponte, quando potrei utilizzare *nudge* che potrebbero paternalisticamente “spingerlo” a percorrere una strada alternativa? Per dirla alla Sunstein, in questo caso, l'utilizzo di un *nudge* «fornirebbe i benefici del paternalismo forte senza i suoi costi»³⁷. Se l'architetto delle scelte sa che l'individuo non è in grado di sapere che cosa è bene per sé stesso in quel preciso contesto spazio-temporale³⁸ (tornando all'esempio, non cadere dal ponte), perché dovrebbe farsi remore ad applicare gli strumenti che meglio consentirebbero all'individuo di perseguire il suo benessere?

La risposta a questa domanda rende necessario considerare il secondo *limite* posto dalla Teoria del *Nudging*: il rispetto dell'autonomia e della libertà dell'individuo³⁹.

Esiste insomma un *diritto ad essere sciocchi*⁴⁰ e dunque a camminare su ponti pericolanti anche quando un *alert* di Google Maps (evidentemente considerabile un *nudge* informativo) indichi chiaramente sul navigatore GPS che si sta correndo un grave pericolo, consigliando un percorso alternativo?

Quello stesso algoritmo Google potrebbe, una volta scoperto grazie alla geolocalizzazione che l'*alert* è stato ignorato, chiamare automaticamente la polizia per richiedere un loro intervento coercitivo?

Ormai dovrebbe essere chiaro che la Teoria del *Nudging* non ha alcuna pretesa di imporre (ma semmai di “consigliare”) scelte razionali anche quando preferiamo essere irrazionali per molte buone -e legittime- ragioni. Sunstein, con la sua prosa efficace, lo dice anche meglio: «Non c'è alcuna pretesa che la vita debba essere arida, lunga e senza cioccolato»⁴¹.

Ma dal punto di vista del decisore pubblico e della regolamentazione, sapere quali sono i confini libertà e intervento paternalista libertario è fondamentale.

La Teoria del *Nudging* si muove su un terreno evidentemente scivoloso, dove questioni di carattere teorico si intrecciano a problematiche empiriche-applicative che rischiano di complicare il quadro. Il rischio di porgere il fianco agli antipaternalisti è concreto.

³⁷ C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, cit., 86. Per una disamina approfondita del *Dilemma del ponte pericolante*, dal punto di vista della Teoria del *Nudging*, cfr. M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, Roma, 2018, cap. 2, 63 e ss.

³⁸ Le ragioni di questa non conoscenza possono essere diverse, i comportamentisti, come sappiamo, parlerebbero di *bias cognitivi* legati al c.d Sistema 1, ma il giurista potrebbe parlare di imprudenza, negligenza o imperizia, lo scienziato sociale di scarsa adattabilità al contesto sociale, il matematico di errore di calcolo delle probabilità.

³⁹ Più ancora della precedente questione del benessere, è proprio la compatibilità del *nudge* con l'autonomia e la libertà ad aver attratto le maggiori critiche. Cfr. *ex multis* R. REBONATO, *Taking Liberties: A Critical Examination of Libertarian Paternalism*, Londra, 2012; S. CONLY, *Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge, 2012; J.D. WRIGHT, D.H. GINSBURG, M. CONLY, *Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws and Implications For Liberty*, in *Northwestern University Law Review*, 106, 2012, 1033 e ss.

⁴⁰ La definizione è dell'economista austriaco Ludwig Von Mises.

⁴¹ C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, cit., 87.

Con stile, ma certamente in maniera alquanto frettolosa, il *nudge* “risolve” i problemi di compatibilità con la libertà (qui intesa in senso giuridico, quale diritto all’autodeterminazione) ricorrendo alla c.d. *clausola della libertà*. In questo senso, qualsiasi sia la tipologia di spinte gentili messe in campo dall’Autorità, occorre sempre «lasciare agli individui la libertà di sottrarsi alla loro azione e, quindi, di scegliere altrimenti»⁴². In altre parole, se all’individuo non fosse consentito “decidere” in maniera diversa (*to opt out*) da quella suggerita dal *nudge*, saremmo in presenza di un’imposizione coercitiva che non ha nulla a che fare con il *paternalismo libertario*.

Riprendiamo la tassonomia di *nudge* proposta nei precedenti paragrafi e osserviamo cosa significa “clausola di libertà”: nelle *opzioni di default* l’individuo può abbandonare la sua istintiva inerzia e attivarsi per discostarsi dalla scelta fatta per lui dall’Autorità; nei *nudge informativi* l’individuo può ignorare le informazioni “oggettive” e scegliere seguendo le proprie valutazioni; nei *nudge salienti* l’individuo potrà pur sempre attivare le proprie capacità cognitive e non seguire l’opzione più “saliente” proposta dal *nudge*.

Ma la “clausola di libertà” è sufficiente a tutelare il diritto all’autodeterminazione? La risposta della Teoria del Nudging (forse) dipana i dubbi degli economisti, ma rafforza quelli dei giuristi e degli scienziati sociali, risultando piuttosto appiattita sull’essere e non sul dover essere del *nudge*. I paternalisti libertari sembrano infatti tracciare una ideale piramide dei valori, al cui apice c’è il benessere e solo su un gradino inferiore la libertà: «[...] Promuoviamo il benessere e, quando valutiamo il paternalismo, ciò che conta è il benessere»⁴³.

Ma come può la libertà avere una funzione ancillare del benessere? Occorre chiarire il punto. I *paternalisti libertari* considerano invero due versioni di autonomia/libertà, una *leggera* e l’altra *pesante*.

La versione *pesante* è quella che più si avvicina alla libertà-principio giuridicamente rilevante. Un concetto autonomo, assoluto, decisivo, legato alla «dignità»⁴⁴ di ogni essere umano e che per questo nessun *nudge* può mettere in dubbio. Si tratta di una visione quasi scolastica che, almeno nell’ambito di sistemi di democrazie mature, diamo quasi per scontata.

È più interessante analizzare cosa si intenda per libertà nella seconda versione, quella *leggera*, ove l’autodeterminazione non è considerata come concetto o valore autonomo, ma strumentale al *benessere* e dunque sacrificabile.

La difesa dell’autodeterminazione non sarebbe altro che uno degli «ingredienti»⁴⁵ da tenere in considerazione quando si valuta quale comportamento tenere, esattamente al pari delle molte variabili che possono influenzare le azioni umane e che vanno valutate nella loro complessità, nel celebre bilanciamento tra costi e beneficio caro agli economisti liberali.

Sunstein si spinge oltre e arriva a dire che, nella sua versione *leggera*, l’autodeterminazione può addirittura diventare un fardello dal quale, in determinati contesti, «gli individui non ricavano alcun beneficio [...] e preferirebbero di gran lunga non dover buttare via tempo in questa incombenza»⁴⁶. Nella

⁴² M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, cit., 115.

⁴³ C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, cit., 108-109.

⁴⁴ *Ivi*, 102.

⁴⁵ *Ivi*, 100.

⁴⁶ *Ivi*, 102.

Teoria del *Nudging* l'autodeterminazione è dunque degradata a incombenza, a un costo da sopportare e che come tale, nella sua versione *leggera*, può pacificamente essere sacrificata. È quasi dipinta come una variabile a cui, tendenzialmente, gli individui non danno peso.

Questa visione è certamente influenzata dalle applicazioni più comuni di *nudge*, pensate per agevolare e non ostacolare l'esistenza individuale, strumenti "utili", su cui l'individuo può fare affidamento per raggiungere con maggiore facilità il proprio benessere, a costo di sacrificare la propria autonomia/libertà. In questi casi, hanno probabilmente ragione i *paternalisti libertari* a ritenere poco dispiaciuti gli individui che "rinunciano" ad autodeterminarsi e a sottolineare che se davvero dovessimo paradossalmente «prendere tutte le decisioni che ci riguardano senza l'assistenza di un'utile architettura delle scelte, saremmo molto meno liberi»⁴⁷.

Ad esempio badando al quotidiano della società contemporanea, nessuno sarebbe probabilmente disponibile a recarsi personalmente ad uno ad uno dei banconi degli imbarchi di un aeroporto, rinunciando a prenotare spostamenti aerei, attraverso programmi informatici che mi consigliano le opzioni più veloci e più economiche, confrontando automaticamente le varie compagnie; fermi in mezzo al traffico, rimpiangeremmo di non aver seguito il sistema GPS che consigliava una strada alternativa; pagando una multa per eccesso di velocità, avremmo tutti voluto "ascoltare" il segnale sonoro della nostra auto che ci avvertiva del superamento del limite; costretti dal medico a seguire una dieta ferrea e ipocalorica, vorremmo "tornare indietro" e leggere con più attenzione le etichette dei cibi, evitando quelli troppo grassi..

Potremmo proseguire anche con esempi meno scontati, ma avvalleremmo un approccio *fideistico* al *nudging*, che non tiene abbastanza in considerazione chi sono e che obiettivi perseguono gli "architetti delle scelte".

È quello che si tenterà di fare nel prossimo paragrafo, affrontando la questione della *neutralità* e della *trasparenza* del *nudge*, quali correttivi necessari, senza i quali il *nudge* potrebbe trasformarsi in una forma di «disrespectful social control»⁴⁸.

4. Il *nudge* biopolitico. La questione della trasparenza e della neutralità morale

Neutralità e *trasparenza* sono i due punti nodali di analisi per comprendere se l'utilizzo massivo dei *nudge* sia compatibile con l'architettura costituzionale e, in fin dei conti, con lo stato di diritto⁴⁹.

Ma, per i critici, sono anche le due variabili che squarciano il velo di Maya sulla vera essenza della Teoria del *Nudging*, svelando la sua strumentalità rispetto ad una certa idea di ordine sociale.

D'altronde gli stessi Thaler e Sunstein ammettono che «nessuna architettura delle scelte è completamente neutrale»⁵⁰.

⁴⁷ *Ivi*, 105.

⁴⁸ «Viscido controllo sociale» (trad. dell'autore), D.M. HAUSMAN, B. WELCH, *Debate: To Nudge or Not To Nudge*, cit., 126.

⁴⁹ Non rilevano alcun rischio di "incompatibilità" del *nudge* con l'architettura costituzionale, B.S. FREY, J. GALLUS, *Beneficial and Exploitative Nudges*, in K. MATHIS, A. TOR (eds.), *Nudging: Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Londra, 2016.

⁵⁰ C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, cit., 106.

A tal proposito, è ancora poco esplorata la lettura “foucaultianamente orientata” del *nudge*⁵¹ che invece potrebbe aiutare a interpretare alcuni aspetti della Teoria.

Rileggendo Foucault di *Nascita della Biopolitica*, non si fatica infatti a veder nelle spinte gentili quelle “tecnologie di potere”, attraverso cui si plasma la società neoliberale contemporanea. In tal senso, la Teoria del *Nudging* disegna un modello di rapporti sociali del tutto simile all'utilitarismo benthamiano così come interpretato da Foucault, ove interessi soggettivi individuali e generali convergono. Dove l'utilità individuale è complementare (e non divergente) all'utilità collettiva. E dove, convivono due modelli di consociati apparentemente inconciliabili, da una parte l'*homo oeconomicus*, appiattito sulle regole dell'economia liberale, preoccupato di difendere la propria libertà da intrusioni dell'Autorità e che ritiene l'interesse generale come mera sommatoria di interessi particolari; dall'altra l'*homo juridicus*, prodotto della dottrina illuminista, portatore di diritti prima che di interessi, capace di sottostare ad un “contratto di potere” che definisca e persegua l'interesse generale anche a discapito di quello individuale.

In definitiva dunque, «le spinte gentili assolverebbero al compito di consentire al soggetto individuale che subisce l'effetto normalizzatore del diritto di aspirare “alla normalità”, riassorbendo almeno parzialmente l'incoerenza tra diritto e liberalismo»⁵².

Se collocassimo il *nudge* all'interno di questo schema interpretativo, sottolineando la funzione “normalizzatrice” (o meglio, sempre per restare nel lessico foucaultiano, “disciplinante”), la compatibilità tra *nudge* e libertà sarebbe messa in forte discussione.

Per evitarlo, la Teoria del *Nudging* richiama la necessaria *trasparenza* e *pubblicità* delle “spinte gentili”. *Trasparenza* e *pubblicità* diventano così le disposizioni finali dell'intero impianto teorico, poste come “clausole di salvaguardia” dei rapporti tra Stato e cittadino libero e non manipolato⁵³.

Tali caratteristiche sono da riferire sia alla fase di progettazione del *nudge*, sia alla fase applicativa. Alcuni autori hanno provato a elencare requisiti di trasparenza e pubblicità che debbono rispettare, Sawicky⁵⁴, ad esempio, chiede che il *nudge* sia: (a) *esplicitato all'inizio del processo decisionale*: è forse la caratteristica più difficile da rispettare, poiché il *paternalismo debole* ha proprio nella sua invisibilità una delle principali differenze con l'intervento coercitivo (*paternalismo forte*). Ogni imposizione coercitiva da parte dello Stato è infatti conosciuta (anche se solo presuntivamente, *ignorantia iuris non excusat*) e adottata attraverso un procedimento ad evidenza pubblica, mentre il *nudge* si posiziona

⁵¹ Salvo poche eccezioni, cfr. J. MARTIRE, La montée en puissance des nudges: l'histoire d'une normalisation, in A. BRUNO-ERNST, M. BOZZO-REY (eds.), *Nudges et normativités*, Parigi, 2018; J. CROMBY, M.E.H. WILLIS, *Nudging into subjectification: Governmentality and psychometrics*, in *Critical Social Policy*, 34.2, 2013, 241-259; M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, cit., 295 e ss.

⁵² M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, cit., 298.

⁵³ Il riferimento è qui ai soli *nudge* “pubblici” utilizzati nei rapporti di diritto pubblico tra Stato e cittadino, presupponendo (anche a costo di rischiare approssimazioni) che questi avvengano all'interno di una rigida cornice costituzionale. Nei *nudge* “privatistici” (pensiamo ai contratti commerciali) ci può essere invece una deliberata volontà manipolatoria di un contraente sull'altro. La legittimità dell'uso di strumenti manipolatori andrà valutata caso per caso, utilizzando i parametri fissati dalle normative di riferimento. Sulla distinzione tra *nudge* manipolativi e non manipolativi, cfr. T.M. WILKINSON, *Nudging and Manipulation*, in *Political Studies*, 61, 2013, 341 e ss.

⁵⁴ Cfr. N. SAWICKI, *Ethical Limitations at the State's Use of Arational Persuasion*, in *Law and policy*, 38, 2016, 211 e ss.

naturalmente «behind the scene»⁵⁵; (b) *facilmente riconoscibile*, e dunque né subliminali né manipolativi; (c) deve rispettare la sensibilità dei destinatari, evitando l'uso di linguaggi o immagini disturbanti. Alcuni autori, come Bovens, considerano queste regole troppo generiche e richiedono dunque non solo che il decisore pubblico espliciti quando intende utilizzare il *nudge*, ma anche il meccanismo psicologico coinvolto dall'intervento di paternalismo libertario⁵⁶.

La *pubblicità* riguarda invece il procedimento attraverso il quale l'utilizzo e il tipo di *nudge* viene deciso: solo una procedura ad evidenza pubblica, simile a quella utilizzata nel processo legislativo, potrà giustificare⁵⁷ l'utilizzo di "spinte gentili" da parte dello Stato per orientate le scelte dei consociati.

Riassumendo dunque, perché i requisiti di *trasparenza* e *pubblicità* siano soddisfatti: (a) i cittadini devono essere consapevoli del fatto che lo Stato utilizza forme di influenza denominate "spinte gentili", che usano certi meccanismi; (b) i cittadini devono sapere in quali occasioni il governo utilizza queste forme di influenza.

5. Rischi e derive del *nudge*. Verso il potenziamento cognitivo

La Teoria del *Nudging* non è statica, ma si raffina con l'aumentare delle conoscenze degli approcci cognitivi e comportamentali: che cosa c'è dunque «oltre»⁵⁸ il *nudge*?

Alcuni scienziati comportamentisti ritengono che le azioni degli individui non debbano essere semplicemente *orientate*, ma è auspicabile che vengano *potenziate*. Ecco perché per completare l'analisi della Teoria occorre considerare il recentissimo dibattito sui nuovi strumenti di *human enhancement*, in particolare sul c.d. *boost approach*⁵⁹ e il *biomoral enhancement*⁶⁰.

Entrambi gli approcci muovono dalle medesime premesse della Teoria del *Nudging*, che potremmo così sintetizzare: (a) l'irrazionalità del comportamento umano, a causa di *bias* e euristiche cognitive; (b) le conseguenze dannose che tale irrazionalità produce sia sugli individui che su terzi; (c) gli alti costi (materiali e immateriali, anche in termini di lesione dei diritti) e la scarsa efficacia di un sistema di orientamento delle azioni umane "tradizionale", basato su strumenti di *command and control*; (d) lo

⁵⁵ "Dietro le quinte" (trad. dell'Autore) in A. ALEMANNI, A.L. SIBONY (eds.), *Nudge and The Law. A European Perspective*, cit., 315.

⁵⁶ L. BOVENS, *The Ethics of Nudge*, in T. GRÜNE-YANO, S.O. HANSSON (eds.), *Preference Change. Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, Dordrecht, 2009, 216-217.

⁵⁷ Cfr. L. COMINELLI, *Framing Choices to Influence Behaviors: A Debate on the Pros and Cons of Nudging*, cit., 301.

⁵⁸ Cfr. in particolare R. VIALE, *Oltre il nudge. Libertà di scelta, felicità e comportamento*, cit., cap. VIII.

⁵⁹ I "padri" di questo approccio sono considerati Ralph Hertwig e Till Grüne-Yanoff., cfr. in particolare R. HERTWIG, T. GRÜNE-YANO, *Nudging and Boosting: Steering or Empowering Good Decisions*, in *Perspective on Psychological Sciences*, 12, 6, 2017, 973-986. Per approfondire il rapporto tra *boost* e *nudge*, cfr. N.J. REIJULA, *Nudge, Boost, or Design? Limitations of Behaviorally Informed Policy under Social Interaction*, in *Journal of Behavioral Economics for Policy*, 2, 1, 2018, 99-105.

⁶⁰ In Italia il dibattito sul *biomoral enhancement* si è sviluppato intorno alla traduzione del saggio, I. PERSSON, J. SAVULESCU, *Inadatti al futuro. L'esigenza di un potenziamento morale*, Torino, 2019, commentato efficacemente in A. LAVAZZA, M. REICHLIN, *Introduction: Moral Enhancement*, in *Topoi*, 38, 2019, 1-5.

A livello internazionale, cfr. ex multis T. DOUGLAS, *Moral Enhancement*, in *Journal of Applied Philosophy*, 25, 2008; J. HARRIS, *How to be good: the possibility of moral enhancement*, Oxford, 2016; D. DE GRAZIA, *Moral enhancement, freedom, and what we (should) value in moral behaviour*, in *Journal of Medical Ethics*, 40, 2016, 361-368.

sviluppo tecnologico che permette di aumentare le possibilità di influenzare i processi cognitivi degli individui, con costi decrescenti.

Se le premesse sono condivise, proviamo a capire, seppur sinteticamente, cosa distingue questi strumenti dal *nudge*.

Si tratta, occorre premetterlo, di differenze che acquiscono le critiche già mosse alla Teoria del *Nudging*, in particolare riguardo alla libertà/autonomia dell'individuo e al modello immaginato di cittadino all'interno dello Stato liberale.

Il *Boosting* propone di «migliorare in maniera stabile le competenze decisionali già presenti nelle persone e di inserirne di nuove»⁶¹. Si distinguono *boosts a breve termine* e *a lungo termine* «i primi sono limitati ad un contesto specifico e sono transitori. I secondi hanno un impatto più stabile e cambiano lo stock e il repertorio comportamentale»⁶².

I sostenitori dell'uso del *boostings* ritengono che gli errori *cognitivi* che influenzano le nostre azioni non vadano semplicemente “superati”, ma vadano “corretti”. Propongono dunque un'operazione di *introiezione* e di riconoscimento degli errori cognitivi, affinché possano essere corretti prima che influenzino le nostre azioni. Un obiettivo non facile da tradurre sul piano operativo: è stato ad esempio dimostrato⁶³ che rispetto ad un semplice *nudge informativo* che segnala genericamente i rischi sulla salute di una determinata condotta (ad esempio, frasi ad effetto tipo “il fumo uccide” stampate sui pacchetti di sigarette) è più efficace usare *boosts a breve termine*, “personalizzando” il rischio percorso, mostrando al fumatore una simulazione fotografia di un proprio ritratto che mostri l'invecchiamento e il decadimento fisico dovuto al fumo.

Per incentivare l'adesione a piani assicurativi e previdenziali, è più efficace mostrare i benefici, in termini di risparmio, che quel piano avrà nella specifica situazione del risparmiatore, comunicando quali migliorie potrebbe apportare alla sua casa con i soldi investiti.

Altri esempi di *boosts* (di lungo termine) riguardano il potenziamento delle qualità cognitive dell'individuo, attraverso piani educativi che introducano materie molto complesse (ad esempio, il funzionamento dei mercati finanziari o il *coding* informatico) anche a partire dalle scuole materne ed elementari, per far sì che, da adulti, si abbia una maggiore consapevolezza e si rifugga l'inerzia cognitiva.

Se dunque nei *nudge* si opera sulla *quantità* di informazioni a disposizione degli individui per incentivare scelte razionali, il *boost* lavora invece sulla *qualità* di quelle informazioni.

I *boosts* così come immaginati rischiano di aumentare quella funzione “disciplinante” e, soprattutto quelli *a lungo termine*, pongono questioni sui target dei destinatari, non solo adulti consapevoli, ma anche giovani e giovanissimi che vengono “educati” a migliorare le loro capacità cognitive. In questi casi, i requisiti di trasparenza e pubblicità sono da valutare con attenzione.

Il *biomoral enhancement* spinge ancora oltre il potenziamento cognitivo degli individui fino alla problematica sfera della morale. Di conseguenza, la distanza con il *nudge* diventa sostanzialmente incolmabile, poiché si rinuncia alla *neutralità* di tali strumenti, che divengono dunque esplicitamente *non neutrali*.

⁶¹ R. VIALE, *Oltre il nudge. Libertà di scelta, felicità e comportamento*, cit., 187.

⁶² *Ivi*, 187.

⁶³ Cfr. H.E. HERSHFIELD ET. AL., *Increasing saving behavior through age-progressed renderings of the future self*, in *Journal of Marketing Research*, 2011, 23-37.

Persson e Savulescu pongono alla base del loro sostegno al potenziamento morale la constatazione che, nel corso della storia, la *capacità tecnica* dell'uomo (intesa come sviluppo cognitivo e tecnologico) sia aumentata a dismisura, mentre la sua *capacità morale*⁶⁴ sia sostanzialmente invariata: «I nostri avanzamenti cognitivi sono stati così spettacolari (si pensi all'uso del computer e all'intelligenza artificiale) che abbiamo ottenuto un enorme potere di fare il bene e il male. Mentre nel secolo scorso solo una manciata di persone aveva la capacità di distruggere il mondo, ora questo potere è nelle mani di migliaia, forse centinaia di migliaia di persone attraverso la capacità di sintetizzare armi biologiche estremamente letali. Il nostro progresso morale è stato modesto e lento rispetto al nostro spettacolare progresso cognitivo e tecnologico. Siamo inadatti al mondo che abbiamo creato per noi stessi. Siamo come un bambino di tre anni con un mitra in mano»⁶⁵. In questo senso, si lega, anche in maniera provocatoria, il tema dell'avanzamento tecnologico con la questione fondamentale della *persistenza* della specie umana⁶⁶.

Lo scenario è certamente suggestivo e gli interrogativi, sul piano etico, giuridico e sociale sono enormi. Mi limito ad individuarne tre: che cosa costituisce un miglioramento morale? Come si preservano autonomia e libertà? Come e chi identifica gli interventi di potenziamento che provocano miglioramento morale?

Il dibattito è appena cominciato e c'è da immaginarsi che presto possa perdere ogni parvenza fantascientifica.

Invero, notano i sostenitori del *moral enhancement*, la società conosce da sempre forme di *potenziamento morale* attivate tramite strumenti tradizionali, quali l'educazione, che, nell'ottica dei sostenitori del *biomoral enhancement*, non andrebbero abbandonati, ma accompagnati ai *bioenhancers* messi a disposizione dalla medicina e dalla scienza biologica, capaci di accelerare «l'introiezione delle dottrine morali»⁶⁷.

In questo senso, respingono la critica circa la non-neutralità di tali strumenti, poiché il biopotenziamento morale non farebbe altro che rendere più efficace, veloce e meno oneroso il raggiungimento degli obiettivi *morali*, perseguiti – ma non sempre raggiunti – già oggi attraverso, ad esempio, l'educazione scolastica.

Sul piano empirico significa immaginare trattamenti farmacologici (c.d. *potenziamento non invasivo*) o interventi di ingegneria genetica (c.d. *potenziamento invasivo*), a cui si aderisce esclusivamente su base volontaria⁶⁸. In questo modo, si tutelerebbe la libertà e l'autonomia individuale: «Coloro che si

⁶⁴ Gli autori si riferiscono in via principale al *senso di giustizia* e all'*altruismo*, quali componenti principali della morale soggettiva individuale.

⁶⁵ I. PERSSON, J. SAVULESCU, *Inadatti al futuro. L'esigenza di un potenziamento morale*, cit., 39.

⁶⁶ Sul punto cfr. L. LO SAPIO, *Biomoral enhancement: definizioni e problemi aperti*, in *Etiche*, 2019, 102-120.

⁶⁷ *Ivi*, 109.

⁶⁸ Le applicazioni concrete non sono (ancora) rilevanti per essere esposte in maniera sistematica, l'esempio ricorrente è quello dell'uso di ossitocina e serotonina che aumenterebbe sentimenti di fiducia e comportamenti prosociali all'interno del gruppo di appartenenza. Altri esperimenti sono condotti in ambienti militari e poliziali, per aumentare la concentrazione dell'individuo ed evitare comportamenti impulsivi e violenti oppure in ambienti accademici. Molto problematico è invece la questione dei trattamenti chirurgici o farmacologici condotti nell'ambito della giustizia penale, utilizzati quali misure alternative o accessorie alla detenzione per gli autori di reato (il riferimento è qui, ai trattamenti inibenti rivolti ai c.d. *sex offender* o ai piani terapeutici per controllare gli impulsi aggressivi rivolti ai minori autori di reato o ad alcuni trattamenti terapeutici proposti ai dipendenti da sostanze

sottopongono a *biomoral enhancement* si comportano come coloro i quali, già oggi, sono moralmente migliori. Così come le persone naturalmente virtuose non fanno in maniera compulsiva quello che esse ritengono giusto, così gli individui moralmente potenziati non faranno in maniera compulsiva quello che ritengono sia giusto»⁶⁹. Ma Harris sul punto ribatte che un comportamento può dirsi morale solo se risultato di una libera scelta, non determinata, neanche da un fattore biologico⁷⁰.

6. La norma ha ancora bisogno del rafforzamento sanzionatorio? La Teoria del *Nudging* nel dibattito contemporaneo su devianza e criminalità

Si può avere un approccio più o meno critico alle soluzioni “normative” avanzate dalle scienze cognitive, ma ci sono almeno due temi sollevati dalla Teoria del *Nudging* che occorre riconoscere e discutere, inquadrandoli in particolare nel dibattito contemporaneo su devianza e criminalità: (a) il coraggio di immaginare di “orientare” le azioni dell’uomo senza ricorrere (o almeno non esclusivamente) alla sanzione coercitiva; (b) l’urgenza di rivalutare il ruolo della “prevenzione” nei rapporti sociali e giuridici, a discapito della “reazione”.

Certo, tutto ciò avviene, da parte dei cognitivisti, senza allontanarsi neanche per un momento dal modello correzionalista, anzi qui proposto nella sua versione più radicale, dove l’uomo è *homo fallax*, ontologicamente “sbagliato”, difettoso, irrazionale, non sa scegliere senza farsi influenzare *bias* e euristiche e per questa va “aiutato” (*nudge*), “educato” (*boost*) o “potenziato” (*moral enhancement*).

Mai si prende in considerazione l’idea che la norma sia invece il risultato di una costruzione sociale, da interpretare nel suo significato simbolico, che assegni (controllati/controllori, governanti/governati, devianti/non devianti) e stabilisca confini (normale/a-normale, benessere/malessere, morale/immorale).

Se dunque, la rilevante questione della “produzione” della norma rimane in secondo piano, occorre invece apprezzare il tentativo della Teoria del *Nudging* di domandarsi perché si pongono in essere comportamenti conformi o non conformi alla norma, discostandosi dalla visione classica dell’utilitarismo benthamiano che enfatizza il ruolo della sanzione quale unico strumento di orientamento delle azioni individuali.

È la sanzione che, aumentando o diminuendo i costi del comportamento conforme o difforme, diviene elemento connaturato e sempre presente in tutti i tipi di norme (giuridiche, sociali, morali)⁷¹.

Al *nudge* invece poco interessa distribuire costi (sanzioni) positive o negative, anzi considera la «tradizionale forma di regolamentazione basata su minacce e sanzioni»⁷² un’attività dispendiosa ed inefficace.

stupefacenti o psicotrope). Non è il tema di questo contributo, ma queste prime sperimentazioni di *moral enhancement* nella giustizia penale si inseriscono nella tendenza contemporanea di c.d. *medicalizzazione* della devianza, cfr. D. SCARCELLI, *Medicalizzazione della devianza. Controllo social e social work*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2015, 37-64 ed in quella di c.d. *patologizzazione* dei comportamenti, cfr. A. FRANCES, *Primo, non curare chi è normale. Contro l’invenzione delle malattie*, Milano, 2013.

⁶⁹ I. PERSSON, J. SAVULESCU, *Inadatti al futuro. L’esigenza di un potenziamento morale*, cit., 113.

⁷⁰ Cfr. J. HARRIS, *Moral Enhancement and freedom*, in *Bioethics*, 25, 2011.

⁷¹ Cfr. ex multis N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993.

⁷² L. COMINELLI, *Framing Choices to Influence Behaviors: A Debate on the Pros and Cons of Nudging*, cit., 294.

Piuttosto il diritto, questo sembra suggerirci la Teoria del *Nudging*, se vuole avere ancora un ruolo deve essere evolutivamente e biologicamente informato.

In questo, certamente possiamo ritrovare nel *nudging* le tendenze tipiche dell'approccio neoclassico⁷³ al diritto (ed in particolare al diritto penale), che spostano l'attenzione sull'autore del fatto, prima ancora che sul fatto di reato in sé, con il rischio concreto di allontanarsi dalla cornice garantista ben delineata da Ferrajoli⁷⁴.

Si riflette infatti nel *nudge* il ritorno ad un diritto (penale) profondamente individualista tipico della post-modernità, dove le variabili strutturali (economiche, culturali, valoriali, politiche) agiscono da comprimarie rispetto alla coscienza individuale.

Questo significa che l'Autorità nel "creare" norme rinunci a perseguire un preciso ideale di società? No, anzi, per alcuni il *nudge* si propone come «la legittimazione di un interventismo *governamentale* produttore di un ordine che non è più quello liberale ma è già post-ideologico e autenticamente neo-paternalista, è impegnato a indicare ai poveri, agli obesi, agli incolti e a tutti i soggetti disfunzionali alla prosperità del mercato alcune semplici soluzioni su come migliorare la loro condizione materiale»⁷⁵. In questo senso, il *nudge*, pur volendole negare, finisce per riproporre tutte le contraddizioni di un sistema normativo profondamente selettivo, che basa la sua ragion d'essere su uno Stato «benevolo e paternalista orientato a rendere meno necessario l'uso della forza, ma proprio per questo incline a concedere sempre meno sul piano della giustizia sociale»⁷⁶.

Il *nudge* però, spostando l'attenzione dalla "reazione" sanzionatoria e coercitiva, cambia (o meglio, aumenta) gli strumenti a disposizione per plasmare quel modello sociale, tornato a enfatizzare significato e ruolo della "prevenzione"⁷⁷.

Quella degli "architetti delle scelte" non è certo la prevenzione *welfarista*, basata su interventi sociali, economici, educativi ed ambientali, che valuta e agisce sulle variabili strutturali, care ai sostenitori del c.d. paradigma sociale applicato alla devianza⁷⁸.

È piuttosto una prevenzione che si ascrive pienamente nelle politiche pubbliche neo-liberiste, per certi aspetti una prevenzione di tipo *situazionale*, volta a creare ostacoli e a ridurre le "occasioni" per compiere reati, costruendo ambienti sfavorevoli alla delinquenza⁷⁹. E in questo senso, le tecniche di *nudging* possano trovare una camera di espansione applicativa anche al diritto penale e alla giustizia criminale. Quel campo del diritto dove, per definizione, non trova spazio altra forma di paternalismo

⁷³ Paradigmatiche dell'approccio neoclassico, anche se non uniche, sono le teorie criminologiche di D. CORNISH, R.V. CLARKE, *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspective on Offending*, cit., 1986.

⁷⁴ Il riferimento è qui al classico L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989.

⁷⁵ Cfr. J. SOSS, R.C. FORDING, D.F. SCHRAM, *Disciplining the Poor. Neoliberal Paternalism and the persistent Power of Race*, Chicago-Londra, 2012.

⁷⁶ M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, cit., 226.

⁷⁷ Cfr. F. PRINA, *Devianza e criminalità*, Roma, 2019, 252 e ss. e, Id., *Devianze e politiche di controllo. Scenari e tendenze nelle società contemporanee*, Roma, 2003.

⁷⁸ Qui menzionate con la consapevolezza che si tratta di un insieme di teorie sfaccettate ed eterogenee che enfatizzano ora le carenze ora le assenze di valori, controllo, educazione, ricchezza, opportunità occupazionali. Ma accomunate, sul piano delle politiche, dalla necessità di attuare riforme e programmi tipici del welfare state, caratteristico del Novecento europeo.

⁷⁹ Cfr. ex multiis O. NEWMAN, *Defensible Space: Crime Prevention through Urban Design*, New York, 1972.

se non quella forte, di carattere sanzionatorio. Eppure, proprio sfruttando il carattere preventivo, si stanno sperimentando alcuni utilizzi di “spinte gentili” per evitare truffe e reati informatici⁸⁰, ridurre gli abusi di polizia sulle persone arrestate, tutelare i soggetti vulnerabili (anziani e minori, in particolare) dalla criminalità di strada⁸¹.

Gli orizzonti del *nudge* sono ancora ampi e inesplorati.

Reviews

⁸⁰ Molte delle compagnie che lavorano nel settore e-commerce stanno studiando con gli scienziati comportamentisti strumenti per ridurre il numero di persone che divengono vittime di c.d. *phishing* informatico, implementando programmi che riconoscano e-mail e comunicazioni potenzialmente “pericolose” per i destinatari. Il *phishing* sfrutta proprio i nostri *bias* cognitivi, ad es. la personificazione del rischio (comunicare che un nostro caro amico o un parente si trova in difficoltà in un Paese estero e ha bisogno di denaro) o il timore dell’autorità (fingere di essere forze di polizia o autorità di vigilanza e pretendere le comunicazioni dei dati bancari o dei numeri delle carte di credito). In questi casi, può essere ascrivibile ad un *nudge*, l’algoritmo che invia automaticamente nella cartella “spam” (senza cancellarle, ma limitandosi a nasconderle) le comunicazioni che potrebbero rivelarsi truffe informatiche.

⁸¹ Proprio il *Behavioral Insight Team* del Regno Unito ha stipulato un accordo con la Polizia londinese per studiare le possibili applicazioni di *nudge* nelle attività di *law enforcement*. Si tratta di sperimentazioni che hanno previsto la collocazione di c.d. *body cam* (mini videocamere) sulle divise degli agenti di polizia impegnati in attività di ordine pubblico, che l’agente stesso può decidere autonomamente se accendere o spegnere (è questo un aspetto fondamentale che permette di non considerare coercitiva l’imposizione): le aggressioni nei confronti di agenti senza *body cam* sono del 15% superiore rispetto agli agenti dotati di questi dispositivi. Il numero di violenze durante attività di *Stop and Search* (fermo e perquisizioni) a telecamere accese è crollato, per il timore che quelle immagini potessero avere rilevanza processuale. I primi risultati di questo studio esplorativo, sono presentati in H. WIESSMANN ET AL., *Violence in London: what we know and how we respond*, Londra, 2019. Altra sperimentazione interessante, sempre a Londra, riguarda l’orientamento dei comportamenti (in questo caso, l’acquisto e la locazione di immobili), mettendo a disposizione delle agenzie immobiliare i dati sulla criminalità relativi ai vari quartieri. Il potenziale acquirente, viene informato quanti e quali reati vengono denunciati nel luogo dove è interessato all’acquisto o alla locazione, personificando il rischio a seconda se si tratti di giovani donne, anziani, studenti. Sono evidenti in questo caso, i rischi di ghettizzazione urbana.

Forum: AI and Law Introduzione

Carlo Casonato, Luciano Violante*

Intelligenza artificiale e biodiritto: i motivi di una collaborazione

A partire dal presente numero, questa *Rivista*, in collaborazione con Fondazione Leonardo-Civiltà delle Macchine, ospiterà con continuità una sezione dedicata all'intelligenza artificiale (AI). Ci sono diverse ragioni alla base di questa scelta.

Le scienze della vita, focus tematico tradizionale di *BioLaw Journal*, costituiscono un ambito in cui la AI trova numerosi, cruciali e crescenti campi di applicazione. Da questo punto di vista, solo per fare qualche esempio, sono evidenti i vantaggi di un suo impiego a livello di microchirurgia robotica, la quale permette di svolgere operazioni delicate con la massima accuratezza, o di chirurgia da remoto, in cui un medico può intervenire a distanza attivando con un cursore bisturi o laser di precisione. La AI consentirà una "riabilitazione intelligente", in cui una protesi attiva sarà in grado di apprendere dai comportamenti della persona che la indossa, in modo da imparare a compiere gesti consueti e a dosare la forza da applicare ai singoli movimenti. La ricerca sui farmaci è già, in alcuni casi, svolta con l'ausilio di algoritmi che riescono a simulare con grande accuratezza gli effetti dei principi attivi a livello cellulare, permettendo di risparmiare tempo e denaro all'interno della filiera della sperimentazione clinica. E la stessa medicina di precisione, dovendo gestire immensi set di dati biologici, vede nella AI uno strumento indispensabile per il proprio sviluppo. Per i bambini affetti da autismo o per parte della popolazione anziana, inoltre, la presenza di robot antropomorfi di compagnia dotati di dispositivi di AI può rendere il trattamento più efficace o l'accompagnamento più adeguato.

In tutte queste aree di impiego, in ogni caso, è nostra convinzione che la medicina debba rimanere nella sua essenza una prerogativa umana. L'affiancamento di strumenti di AI, dotati di maggiore o minore intensità a seconda dell'ambito coinvolto, non deve quindi sostituire il ruolo della persona nell'esercitare la professione medica che, pur basandosi anche su dati statistici e calcoli probabilistici, presuppone comunque intenzione, capacità di relazione e di empatia, curiosità e dubbio; oltre che quella dimensione essenziale della pratica e della ricerca (anche) medica che possiamo ricondurre alla capacità di gestire l'incertezza e il "sapere di non sapere". Sarebbe, quindi, paradossale che, proprio nel momento in cui deontologia e legge (la n. 219 del 2017, in particolare) si sono allineate nel riconoscere come la relazione medica si debba nutrire tanto di cura quanto di fiducia, le macchine prendessero il posto delle persone.

Se la medicina e le scienze della vita in generale costituiscono un campo particolarmente stimolante per la riflessione giuridica sulla AI, l'introduzione di una sezione permanente ad essa dedicata risponde al progetto culturale da sempre sotteso a *BioLaw Journal* anche in una prospettiva più generale; progetto che orbita attorno al concetto di *bíos* o – se si vuole – attorno alla nozione di natura umana.

* Carlo Casonato, Professore ordinario di diritto costituzionale comparato, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento e membro del Comitato Nazionale per la Bioetica. Mail: carlo.casonato@unitn.it; Luciano Violante, Presidente della Fondazione Leonardo. Mail: luciano.violante@fondazioneleonardo-cdm.com.

Proprio da questo punto di vista, come già ricordato nell'editoriale del precedente numero della *Rivista* (*Work in progress*, 3/2019), è innegabile che alcune delle sfide oggi più interessanti per il fenomeno giuridico provengano proprio dall'interazione uomo-macchina nel suo complesso. Si tratta, per quello che ci interessa più da vicino, di verificare quanto la tecnologia possa incidere sulle proprietà umane e in che modo il costituzionalismo e le sue categorie possano limitare i poteri, anche economici e tecnologici, e garantire i diritti, anche di ultimissima e di prossima generazione.

In questa prospettiva, gli strumenti tipici del costituzionalismo possono sembrare inadatti a svolgere una efficace funzione di limitazione e di controllo dei poteri che si avvalgono delle potenzialità della AI. Non arrivano alla decina, ad esempio, le imprese leader nel settore; imprese che, grazie alle caratteristiche proprie (digitalizzazione e mobilità, ad esempio), alle (enormi) risorse a disposizione e al materiale che trattano (una ingente mole di dati), hanno assunto una posizione monopolistica difficilmente contrastabile. In questa prospettiva, pare un nobile quanto irraggiungibile intento quello relativo (per dirla con l'art. 41 della Costituzione italiana) al perseguimento dell'utilità sociale, garantendo sicurezza, libertà e dignità umana. Ma non v'è dubbio che a questa apparente inerzia sia necessario reagire: gli strumenti di cui dispone l'Unione europea sono senz'altro più efficaci. È perciò necessario che le autorità nazionali siano particolarmente attente ai momenti in cui si prendono decisioni a livello europeo e internazionale, laddove cioè gli Stati nazionali – e quindi le loro tutele costituzionali – possono ancora essere determinanti.

Sul versante della tutela dei diritti, tuttavia, si deve registrare come alcuni istituti su cui si è da sempre basata la tutela degli individui mostrino oggi, di fronte all'impiego della AI, tutta la loro debolezza. Se il consenso, ad esempio, si era posto come fondamento della protezione della persona rispetto alla pervasività della ICT, rischia ora di divenire una mera finzione che, con il nostro "consapevolmente disinformato accordo", ci espone quotidianamente ad essere profilati in ogni nostra dimensione e attività. Allo stesso modo, la privacy rischia di scomparire di fronte alle migliaia di occasioni in cui lasciamo impronte informatiche, tracce algoritmiche, riconoscimenti facciali ecc. Una lunga serie di applicazioni della AI in svariati campi, inoltre, ne ha svelato il potenziale discriminatorio. Sul versante delle assicurazioni mediche statunitensi, così, l'utilizzo massivo di algoritmi ha portato a danneggiare in modo particolare i malati afro-americani (R. Benjamin, *Assessing risk, automating racism*, *Science*, 25 Oct. 2019: <https://science.sciencemag.org/content/366/6464/421>); nell'assegnazione dei docenti italiani alle diverse sedi di lavoro, il dispositivo dotato di AI si è rivelato malfunzionante e pregiudizievole, trasferendo alcuni insegnanti in località lontane da quella di residenza nonostante la disponibilità di luoghi più vicini (caso cd. della buona scuola: Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472). In altri casi, ancora, la AI utilizzata per la selezione delle forme di riabilitazione dei condannati o di valutazione della pericolosità sociale degli imputati ha incorporato bias di natura discriminatoria, portando ad un evidente pregiudizio a sfavore, ancora una volta, della popolazione afro-americana (*Loomis v. Wisconsin*, 881 N.W.2d 749; Wis. 2016). E in generale, la percentuale di errori nel riconoscimento facciale si è dimostrata dipendere anche da variabili tradizionalmente discriminatorie come quelle legate al sesso e al colore della pelle degli individui osservati (<http://news.mit.edu/2018/study-finds-gender-skin-type-bias-artificial-intelligence-systems-0212>).

Di fronte a rischi di questo genere, che possono manifestarsi in ogni ambito di applicazione della AI, emerge con urgenza la necessità di assicurare che il suo impiego sia orientato al rispetto ed alla promozione dei valori e principi costituzionali.

Con questo specifico intento, Fondazione Leonardo-Civiltà delle Macchine si è proposta di sostenere un dibattito interdisciplinare dedicato al rapporto fra AI, diritto e diritti. Ne è nata una importante collaborazione con la *Rivista*, basata sul comune impegno di porre le basi per lo sviluppo di un rinnovato umanesimo digitale, che veda come progetto strategico la difesa e la valorizzazione della rule of law, della democrazia e dei diritti fondamentali. In tale prospettiva, oltre ad un allargamento del Comitato scientifico della *Rivista* (Maria Chiara Carrozza, Roberto Cingolani, Marco Pandolfi), lo Steering Committee si è arricchito della figura di Alessandro Pajno, Presidente Emerito del Consiglio di Stato.

Su queste basi e sfruttando al massimo tale sinergia, *BioLaw Journal* e Fondazione Leonardo-Civiltà delle Macchine hanno deciso di proporre una Sezione Permanente quale luogo di approfondimento di un discorso plurale e sistematico in tema di AI. Se il focus principale sarà dedicato al diritto, la *Rivista*, nel solco della sua originaria impostazione, pubblicherà scritti provenienti dalle diverse forme di sapere che, crediamo, debbano convergere e incrociarsi al fine di offrire una riflessione culturale complessiva riguardo al ruolo che la società odierna e quella futura vorranno riconoscere alle macchine e mantenere per le persone. Questo, nella convinzione che, per decidere la disciplina delle prime, è necessario confrontarsi sul ruolo delle seconde: come uno specchio, guardare alla AI significa allo stesso tempo guardare all'essere umano, in un gioco di riflessi in cui la macchina non deve sostituire, ma aiutare e semmai migliorare (aumentare, se si vuole) la persona.

Abbiamo quindi deciso di inaugurare la sezione permanente dedicata alla AI con un *Forum* che raccolga le risposte di esperti del settore, appartenenti a discipline diverse, ad alcuni interrogativi che riteniamo fondamentali.

1. Questioni definitorie

Non è rarissimo che il diritto tratti una materia di cui non è facile dare una definizione precisa (si pensi all'inizio-vita). Anche in tema di AI assistiamo ad una molteplicità di definizioni. Il testo scritto da Stuart Russell e Peter Norvig, ad esempio, fa riferimento a quattro variabili riconducibili alla capacità di pensare come un umano, agire come un umano, pensare in modo razionale e agire in modo razionale.

1.a A fronte delle molte impostazioni presenti in letteratura, come valutate la difficoltà, anche da parte del diritto, di raggiungere una definizione condivisa?

1.b Ritenete utili gli sforzi volti al raggiungimento di una definizione omogenea?

2. L'impatto della AI sulla società

La diffusissima applicazione della AI provoca conseguenze altrettanto ampie sulla società. Le capacità individuali, le relazioni umane, molti ruoli e ambiti professionali ne vengono in qualche modo modificati. Di tale impatto, si possono individuare e forse prevedere sviluppi positivi e rischi.

2.a Quali sono, secondo voi, le principali conseguenze della AI a livello sociale?

2.1 Essere umano e macchina

2.1.a Ritenete possibile lo sviluppo di una strong AI, capace di replicare, e addirittura superare, le abilità umane in ogni settore del pensare e dell'agire? E tale sviluppo sarebbe opportuno?

2.1.b La decisione algoritmica potrà sostituire la decisione umana o è destinata a rimanere ad un livello di mera assistenza? E quale alternativa è preferibile?

3. L'impatto della AI sul diritto e sui diritti

Anche il fenomeno giuridico nel suo complesso è fortemente coinvolto nell'applicazione della AI che sta trasformando profondamente, fra l'altro, la distribuzione dei poteri pubblici e privati, la tenuta dei diritti e delle libertà fondamentali e molti principi giuridici anche di livello costituzionale.

3.a Ritenete necessario adottare nuove discipline per regolamentare efficacemente la AI o considerate più opportuno applicare in via analogica quelle già esistenti? Ritenete opportuno creare nuovi istituti e categorie giuridiche?

3.b Vista l'estensione degli ambiti di applicazione della AI (dalla medicina ai trasporti, dalla sicurezza alla finanza, dalla tutela ambientale alla giustizia) ritenete opportuno individuare principi generali che valgano complessivamente per la AI tutta o considerate preferibile limitarsi a indicare discipline specifiche per specifici settori?

3.c Condividete la proposta di un diritto/dovere alla educazione alla AI per consentirne un uso consapevole e responsabile?

3.d In generale, quali sono le principali difficoltà che il diritto si trova e si troverà ad affrontare nell'attività di regolamentazione della AI?

4. Medicina e giustizia: ambiti paradigmatici

Sono ormai numerosissimi i settori in cui la AI è quotidianamente utilizzata. Medicina e giustizia possono porsi come ambiti in cui emergono in termini paradigmatici le potenzialità e i rischi del suo impiego

4.1 La medicina

La AI è già diffusamente applicata in molti ambiti della attività medica e della ricerca clinica. Secondo la vostra esperienza e le vostre previsioni:

4.1.a Quali trasformazioni della natura e dello statuto della professione medica e del ricercatore potrebbe introdurre l'AI? In particolare, potrà avere ripercussioni sull'esercizio dell'autonomia della professione medica?



4.1.b Quali conseguenze potrà avere l'applicazione della AI nel rapporto medico-paziente, sul principio del consenso informato e, in generale, sulla tutela dell'autodeterminazione delle persone malate?

4.2. La giustizia

Alcuni ordinamenti, (Estonia e Stati Uniti d'America, ad esempio) si sono segnalati per l'impiego della AI nel settore della giustizia. Secondo la vostra esperienza e le vostre previsioni:

4.2.a Quali trasformazioni potrebbe introdurre l'AI sull'esercizio della funzione giurisdizionale? In particolare, potrà avere ripercussioni sulla discrezionalità interpretativa, sull'autonomia e in generale sul ruolo del giudice?

4.2.b. Quali trasformazioni potrebbe introdurre l'AI sull'accesso alla giustizia e nel processo? Ritenete opportuno affidare all'AI la soluzione di controversie civili di valore economico minimo?

1. Questioni definitorie

Amedeo Santosuosso

Docente di Diritto, Scienza, Nuove tecnologie, Università di Pavia e Scuola Universitaria Superiore di Pavia. E-mail: a.santosuosso@unipv.it

Vi sono più differenze che cose in comune nel modo in cui si parla di IA nel mondo dell'educazione, della ricerca, dell'industria e dei media: il campo dell'Intelligenza Artificiale (IA) manca di un significato che sia universalmente accettato.

Tuttavia, vi sono alcune questioni, che si potrebbero dire di confine, sulle quali vi è un ampio consenso.

Un limite, che a oggi appare invalicabile, è la comprensione di quello che esse stesse, le macchine, riescono a fare. Roger Penrose, matematico illustre, emerito dell'Università di Oxford e vincitore del Premio Wolf assieme al suo amico e collaboratore Stephen Hawking, è molto netto. In un'intervista rilasciata in occasione dell'evento "AI for Good" (2018) tesse le lodi delle incredibili capacità di calcolo dei sistemi di IA, della loro utilità ai fini della progettazione, ma è molto chiaro nel porre la distinzione tra «agire sulla base dell'esperienza», che è quella che può portare una macchina a vincere persino nel Go contro l'umano più esperto (come già accaduto per gli scacchi con Kasparov), e la «comprensione di quello che sta facendo»¹. Così le macchine sviluppano abilità senza avere la conoscenza teorica di quale sia il fondamento di quelle azioni.

¹ Le riflessioni contenute in questo scritto sono tratte dall'Introduzione e dal cap. 1 del mio A. Santosuosso, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Mondadori Università, 2020, al quale mi permetto di rinviare per uno sviluppo più ampio del mio pensiero e per i riferimenti bibliografici.

Ci si può allora chiedere, come mai in articoli, libri, convegni, siti web, social, aperitivi, discussioni sobrie o da bar, viene usata pervasivamente la parola "intelligenza", con ad essa associato l'attributo artificiale? E se tutti lo fanno con toni ora allarmati, ora banalizzanti, ora stupiti, ora pensosi (ma non sempre con pensiero), allora non sembrano che darsi due possibilità, o sono tutti fuori di senno (cosa che di solito è bene escludere) oppure qualcosa che effettivamente sia intelligente, oltre che artificiale, deve esistere per davvero.

Ma, quello che viene chiamato IA non è altro che lo sviluppo ampio, potente, talora sofisticato di capacità computazionali settoriali. Niente che abbia a che fare con le entità alle quali normalmente connettiamo l'attributo di intelligenza nella nostra vita di tutti i giorni, sin da prima dell'IA. A coloro che hanno esperienza di insegnamento sarà capitato di dire che uno studente sia molto intelligente. E, a veder bene, questo ha riguardato quegli studenti che mostrano la capacità di porre a frutto le nozioni acquisite e di fare collegamenti, spaziando da un campo all'altro, talora in modo inatteso. Ricordo una studentessa di fisica che allo IUSS di Pavia, classi interdisciplinari, rispondeva molto meglio degli studenti di giurisprudenza alle questioni di diritto che ponevo loro. Oppure quella studentessa che, dopo una brillante laurea in medicina, ha conseguito il diploma IUSS con una tesi di diritto sulla possibilità della coscienza in entità artificiali (poi reclutata per il dottorato presso un'università londinese molto prestigiosa). E potrei continuare. Bene, cosa avevano in comune Pia e Laura, e molti altri come loro? Una straordinaria capacità generale, quella per cui, a un certo punto di intelligenza umana, arrivi a dire che quella persona è intelligente tanto da poter fare molto bene qualsiasi cosa in qualsiasi campo. Questa è una qualità tipicamente

umana, che gli esperti di IA chiamano *general purpose intelligence*, e che, a oggi, non esiste in nessuna macchina in nessun angolo del mondo, benché fosse già nelle intenzioni di chi mosse i primi passi nell'intelligenza artificiale negli anni Cinquanta del secolo scorso. Menti alacri vi stanno lavorando e certamente porteranno ad avanzamenti importanti. Ma, a voler essere semanticamente precisi, solo dal momento in cui vi saranno quegli avanzamenti saremo autorizzati a parlare effettivamente di IA, mentre fino a quel momento l'uso della parola "intelligenza" riferita ad artefatti tecnologici sarà un (piccolo?) abuso, un gioco di etichette. Questo potrebbe essere la fine del discorso, perché se la cosiddetta IA non esiste, allora non abbiamo neanche da definirla: non possiamo definire il nulla.

Tuttavia, stiamo al gioco e vediamo qualche altro aspetto. Le macchine oggi, pur meravigliose, fanno cose diverse da quelle che fa un umano con la sua intelligenza, ammesso che le macchine debbano (e perché mai? Se non per un'irrefrenabile tendenza all'antropomorfizzazione) fare esattamente quello che facciamo noi umani. Perché non prendere atto che la nostra intelligenza, per straordinaria che sia (e credo che lo sia) non è l'unico tipo di intelligenza possibile, così come la nostra coscienza non è l'unico tipo di coscienza che in natura si dà? Il nostro amico 'polpo' ci può dire molte cose circa la distribuzione e il modo di funzionamento dell'intelligenza in un sistema non accentrato come quello umano!

Sembra di essere ancora alla convocazione del seminario del 1956, quando John McCarthy in collaborazione con Marvin Minsky, Claude Shannon e Nathaniel Rochester, coniano il termine IA e formulano, in modo che appare oggi un po' naif, la seguente proposta:

«Proponiamo di svolgere uno studio sull'intelligenza artificiale per due mesi, con dieci persone, durante l'estate del 1956 al Dartmouth College di Hanover, nel New Hampshire. Lo studio procederà sulla base della congettura che ogni aspetto dell'apprendimento, o qualsiasi altra caratteristica dell'intelligenza, possa in linea di principio essere descritto con precisione tale che sia possibile costruire una macchina per simularlo. Si tenterà di scoprire come costruire macchine in grado di utilizzare il linguaggio, formare astrazioni e concetti, risolvere tipi di problemi che oggi sono di esclusiva competenza degli uomini, migliorare sé stesse. Riteniamo che sia possibile ottenere un significativo progresso in uno o più di questi problemi dedicando un'intera estate al lavoro collettivo di un gruppo di scienziati selezionati».

Vi è un limite conoscitivo che porta gli umani a riprodurre quella che considerano la migliore intelligenza disponibile, cioè quella umana. Questo limite porta a usare un linguaggio antropomorfo

e, quindi, ad antropomorfizzare le macchine che produciamo. Visto in questa ottica, anche lo «Human Brain Project», il colossale piano di ricerca finanziato dall'Unione europea, che ha lo scopo di riprodurre *in silico* l'attività cerebrale, non appare altro che uno sviluppo di qualcosa intravisto già molti decenni prima e che è diventato possibile (anche se pur sempre controverso) proprio per lo sviluppo delle capacità computazionali delle macchine. Ma l'antropomorfismo è capace di vendicarsi svelando i limiti del concetto di intelligenza umana che si assume e che si proietta sulle macchine. Per esempio, è interessante che Russell e Norvig, nell'espone l'approccio razionalista in IA e nel distinguere tra «comportamento umano» e «comportamento razionale», debbano precisa-

re, in modo che pare un po' imbarazzato, che «non stiamo implicando che gli esseri umani siano “irrazionali nel senso di emozionalmente instabili” o siano pazzi». Ne emerge una visione riduttiva dell'intelligenza e della stessa razionalità umana, che sembra ignorare gli sviluppi delle ultime decadi della ricerca neuroscientifica a proposito del ruolo delle emozioni nei processi cognitivi.

Ecco, quindi, un'oscillazione tra IA antropomorfa e modelli distribuiti di IA, che necessariamente non pongono come centrale la visione soggettiva centralizzata tipica dell'identità, prima ancora dell'intelligenza, umana. Oscillazione che pone non pochi problemi alle ambizioni definitorie.

Vi è una certa circolarità delle questioni, che lascia irrisolta la domanda centrale: si può definire cosa sia IA? Domanda resa ancora più acuta considerando l'incremento importante del numero di pubblicazioni in materia negli ultimi anni. Da 10.000 a 60.000 dal 1998 al 2017, secondo un rapporto Elsevier. Lo stesso rapporto indica che, a livello globale, la ricerca sull'intelligenza artificiale ha accelerato, crescendo di oltre il 12% ogni anno negli ultimi cinque anni (2013-2017), rispetto a meno del 5% nei cinque anni precedenti (2008-2012). La produzione complessiva della ricerca, a livello globale in tutte le aree tematiche connesse a IA, è cresciuta dello 0,8% ogni anno negli ultimi cinque anni (2013-2017).

Tuttavia, se volessimo dire esattamente quale sia l'oggetto di tutti questi investimenti di risorse e di intelligenze, saremmo in seria difficoltà. Lo è stata anche Elsevier, tanto che per redigere il suo *Rapporto sull'IA*, ha scelto di far ricorso a tecniche di IA per far emergere dal campo dell'IA stessa un pattern, un'idea, che attraversasse tutti gli studi: usando IA per definire IA.

Se dai temi generali si passa a questioni specifiche, ma non meno rilevanti, emerge un'ulteriore ragione della difficoltà definitoria: nel campo dell'IA viene utilizzato un complesso di sistemi e tecniche in continua evoluzione e adattamento. Per esempio, è comunemente notato che l'avvento di internet abbia consentito all'IA di uscire da un periodo di stagnazione, così come ora è la prospettiva della connettività ultraveloce (5G), che in sé nulla avrebbe a che fare con l'IA, che promette uno sviluppo ampio. Così come la tecnologia blockchain, che poggia concettualmente su Internet, si intreccia con l'IA perché trasforma ogni nodo in un luogo non di mera circolazione di dati, ma di elaborazione degli stessi.

Nell'ambito più specifico della ricerca sull'IA sono presenti tre principali orientamenti: un'impostazione logicista, una non logicista con un approccio simbolico e una non logicista che fa uso di approcci conessionisti e neurocomputazionali. L'impostazione logicistica dell'IA, nel contesto della creazione di un agente intelligente, è stata così sintetizzata: «un agente intelligente riceve percezioni dal mondo esterno sotto forma di formule in alcuni sistemi logici e deduce, sulla base di queste percezioni e della sua base di conoscenze, quali azioni dovrebbero essere eseguite per garantire gli obiettivi dell'agente». Ma, se si prova ad applicare il modello di tipo logicistico non solo a set limitati di dati e decisioni, ma ad ampi settori di attività cognitiva, la complessità di calcolo diventa tale da rendere difficile da capire «come potrebbe un tale modo di ragionare applicarsi a compiti come quelli che un falco affronta quando piomba verso il basso per catturare una preda in corsa (*scurrying prey*)».

All'interno dell'approccio non logicista neurocomputazionale si collocano i ricercatori che utilizzano i network neurali artificiali (*artificial neu-*

ral networks). L'aspetto interessante è che questi diversi orientamenti, per quanto presenti sin dalle origini della moderna IA e pur partendo da presupposti e impostazioni diversi l'uno dall'altro, sono sempre più spesso usati congiuntamente, in modo da essere interoperabili. È acquisito il concetto che, se si vogliono costruire dispositivi funzionanti in modo efficiente e conveniente, bisogna usare tutti gli approcci e le tecniche disponibili. Per esempio, è questo il tipo di impostazione seguito con l'architettura di DeepQA di Watson (IBM) e da Google DeepMind AlphaGo.

Quello che mi pare sia ancora più interessante è che questo approccio con più sistemi (concettualmente eterogenei) è alla base della recente ripresa della ricerca sull'IA di livello umano (quella *generale* per intenderci), cui si è fatto cenno sopra. A questo punto sorge una domanda per noi giuristi: una combinazione dei tre approcci disomogenei può essere usata anche nel diritto? Si può adempiere all'obbligo di motivazione se si usano i *neural networks*? L'IA può organizzare anche attività che non appaiano immediatamente spiegabili in termini razionali? L'approccio logicista tende a escluderlo, perché non è spiegabile, così come sembra escluderlo tutto quel movimento che attualmente punta sulla spiegabilità delle scelte fatte o proposte da sistemi di IA. Cosa può dire, allora, a noi giuristi il modo di lavorare dei *computer scientist* sull'IA?

A me pare che questo modo di essere dell'intelligenza umana, aperto, plurale, composito, sempre in cambiamento sia una sfida non tanto alla definizione dell'IA, quanto ai tradizionali settori disciplinari che non mostrano una simile plasticità di strutture e apertura mentale. Per il diritto, vuol dire aprire il cantiere di una concezione molecolare, che sia relativista, plu-

ralista e policentrica, sempre mutevole dei fenomeni giuridici?

2. L'impatto dell'AI sulla società

Roberto Battiston

Professore ordinario di Fisica sperimentale, Università degli studi di Trento. Mail: roberto.battiston@unitn.it

Nel 1942 un professore di chimica americano, figlio di una famiglia di mugnai ebrei immigrati dalla Russia, scrisse in un racconto di fantascienza dal titolo *Runaround*, che potremmo tradurre con "girare a vuoto" o "circolo vizioso" in cui introduceva per la prima volta le Tre Leggi della Robotica:

Prima Legge: Un robot non può ferire un essere umano o, per inazione, permettere ad un essere umano di mettersi in pericolo.

Seconda Legge: Un robot deve obbedire agli ordini dati da esseri umani tranne quando questi ordini confliggano con la Prima Legge

Terza Legge: Un robot deve proteggere la propria esistenza nella misura in cui questa protezione non confligga con la Prima o con la Seconda legge.

Alla fine del racconto l'autore, un certo Isaac Asimov poi diventato leggendario come scrittore di fantascienza e pensatore contemporaneo, aggiunse un'altra legge ancora più elementare:

Legge 0: Un robot non può danneggiare l'umanità o, per inazione, permettere che l'umanità si metta in pericolo.

Queste leggi hanno un particolare fascino ed efficacia fondativa, legata alla loro semplicità.

Esse affermano con chiarezza quale sia il posto dei robot (che qui assumo essere la logica estensione del concetto di AI) nel mondo degli umani: si tratta di un ruolo subordinato, caratterizzato da un'etica al servizio dell'uomo, di tutti gli uomini, dell'umanità. Un'altra caratteristica molto interessante è il grado di ricorsività delle leggi: sono le leggi primarie, la Legge 0 e la

Prima Legge, a determinare gli effetti delle altre due leggi.

A quel tempo la proposta di Asimov, raccontata con una tecnica di scrittura che ricorda il *Dialogo sopra i Due Massimi Sistemi del Mondo* di Galileo, stimolò la riflessione alcuni scienziati, tra cui Marvin Minsky, John McCarthy, Herbert Simon, Allen Newell, che avrebbe portato negli anni '50 alla nascita dell'Intelligenza Artificiale (AI).

L'entusiasmo per i risultati iniziali, ottenuti con programmi che vincevano contro l'uomo al gioco della dama o si esprimevano ragionevolmente in inglese, scemò e si riprese almeno due volte nei decenni successivi: alterne vicende prodottesi a causa di un misto di ragioni tecnologiche (potenza e costo dei sistemi di calcolo) e teoriche (sviluppo di algoritmi in grado di autoapprendere).

Sta di fatto che poco più di mezzo secolo dopo la nascita dell'AI, assistiamo oggi ad una crescita sbalorditiva del potenziale di queste tecniche. I traguardi dei sistemi artificiali "intelligenti" consistono, comprensibilmente, nel raggiungere e battere le migliori capacità umane in un dato settore. Simbolica è la crescita di potenza nei settori dei giochi di strategia ad informazione completa come la dama (1959), gli scacchi (1996), il go (2017), fino ai recenti risultati in giochi ad informazione incompleta come il poker (2017). Si tratta dei risultati maggiormente visibili a fronte della diffusione sempre più capillare delle tecniche AI nei settori più disparati. A fronte di questa crescita esponenziale dell'AI e della rivoluzione tecnologica verso cui siamo diretti, non c'è stata un'analogia intensità del dibattito sullo sviluppo del pensiero fondativo relativo agli aspetti etici e giuridici di questo tipo di tecnologie, alle loro conseguenze sociali ed individuali.

Ci troviamo oggi in una condizione di anarchia, un po' come accade con i fenomeni devianti presenti sul web e sui social: fake news, haters, trolls, influenza mirata, diffamazione etc. Nel caso del web e dei social, però, la controparte consiste in uomini e donne aventi interessi diversi, ma che in linea di principio devono sottostare alle stesse leggi ed essere giudicati sulla base di principi morali più o meno condivisi. Interventi specifici, come ad esempio l'obbligo di registrazione delle proprie generalità prima di potere partecipare ai dibattiti in rete, possono riportare in un alveo di normalità comportamenti intollerabili che sfruttano l'anonimato a fini diffamatori (ben comprendendo l'importanza dell'anonimato per evitare che regimi autoritari e totalitari possano esercitare ulteriori controlli sulla libertà delle persone).

Nel caso dell'AI la controparte è invece "qualcosa" di artificiale che però punta a comportarsi "come", e sempre più spesso "meglio", dell'uomo. Da un punto di vista etico e giuridico si tratta di una vera novità, un terreno in cui nuovi principi e fondamenti devono essere identificati e condivisi, come potrebbe accadere nel caso della scoperta di altre forme di vita "intelligente" nell'universo.

La velocità con cui l'AI si diffonde e si potenzia, spinta da interessi commerciali e militari, rende questa riflessione assolutamente urgente. Nel 2011, due comitati inglesi, il Consiglio della Ricerca in Ingegneria e Scienze Fisiche (EPSRC) ed il Consiglio delle Arti e delle Scienze Umane (AHRC), introdussero cinque nuovi principi etico-giuridici relativi alla robotica. Li elenchiamo, non tanto per confrontarli alle leggi di Asimov, bensì per sostenere l'urgenza di una definizione che permetta di individuare limiti e potenzialità relativamente alle capacità della robotica intelligente, in un contesto normativo che supera i

confini fisici-territoriali e pone la necessità di una legislazione globale:

- 1) I robot non devono essere progettati solamente o primariamente per uccidere o danneggiare esseri umani.
- 2) Gli uomini, non i robot, sono agenti responsabili. I robot sono strumenti disegnati per raggiungere obiettivi umani.
- 3) I robot devono essere disegnati per assicurare la loro protezione e sicurezza.
- 4) I robot sono dei manufatti: non devono essere progettati per sfruttare le debolezze degli utilizzatori evocando risposte emotive o creando dipendenza. Deve sempre essere possibile distinguere un robot da un essere umano.
- 5) Deve sempre essere possibile identificare chi è giuridicamente responsabile per un robot.

Se pensiamo alla situazione attuale (2020) vengono in mente molti esempi in cui questi principi sono palesemente violati, sottolineando ancora una volta l'estensione del problema e l'urgenza di una riflessione. Droni intelligenti progettati per uccidere gli avversari, impiegati con regolarità nei teatri bellici, violano come minimo il primo ed il terzo principio. Assistenti robotici online e nei centralini telefonici vengono migliorati senza sosta per imitare i comportamenti umani, violando il quarto principio. L'identificazione dei volti applicata in modo massiccio e connessa con la rete viola il quinto principio, e così via.

Ogni meta raggiunta dall'AI rappresenta un miglioramento rispetto alle corrispondenti capacità umane. Considerato quanto sia forte la spinta competitiva verso il potenziamento di queste tecniche nei settori della ricerca, della finanza, del mercato nonché in quello militare, assistiamo quindi ad un attacco concentrico dell'umanità verso quello che caratterizza mag-

giormente l'essere umano: la sua intelligenza, originalità, creatività, curiosità.

È difficile dire quale sarà l'esito di questo attacco, ma alcuni dei protagonisti non nascondono la propria determinazione a puntare al superamento della specie di cui fanno parte, la nostra specie. È come se osservassimo un abile boscaiolo seduto su un ramo e forsennatamente intento a tagliare il ramo dalla parte sbagliata.

È questo il motivo principale, secondo me, per cui una profonda riflessione sui principi etici e giuridici dell'AI è necessaria ed urgente: la prateria delle innumerevoli possibilità che si aprono di fronte a noi contiene alcune direzioni che, in prospettiva, vedono l'uomo al centro e altre che lo vedono invece in periferia, se non addirittura scomparso dalla scena.

È necessario fare delle scelte fondanti e drastiche, consci della posta in gioco: rimanere gli attori principali della nostra storia o passare ad "altri" questo ruolo, preparandoci ad una uscita di scena. Non sappiamo fra quanto tempo questo possa accadere, ma dovremmo essere allertati dalla velocità esponenziale con cui si sviluppano le tecnologie, in particolare quelle informatiche. Consci del fatto che la maggior parte degli addetti ai lavori non riesce ad analizzare il problema etico-giuridico nella sua complessità e ha bisogno di linee guida.

Temi particolarmente importanti di questa riflessione potrebbero riguardare, ad esempio:

- le applicazioni dell'AI che potenziano le attività umane rispetto a quelle che tendono a sostituire l'uomo;
- l'identificazione e la trattazione di diverse tipologie di AI capaci di:
 - classificare e trattare dati o documenti (repertori, dizionari etc.);
 - comunicare e diffondere informazioni (reti, social, transazioni online, media online etc.);

- collegare aspetti cognitivi con aspetti operativi su precise indicazioni umane;
- sostituire l'attività umana secondo una precisa programmazione (algoritmi);
- autoapprendere con intervento sugli aspetti interpretativi fino a raggiungere ed includere anche la definizione dei fini.

Mai come oggi abbiamo bisogno di un nuovo umanesimo in grado di dialogare autorevolmente dei risultati e dei prodotti del nostro ingegno e della nostra curiosità. A fronte di prospettive straordinarie abbiamo a che fare con altrettanto straordinarie sfide che richiedono una nuova definizione delle basi della nostra convivenza, non solo con gli altri esseri umani ma anche con le nuove macchine intelligenti della nostra civiltà prossima futura.

Malik Ghallab

Research Director at LAAS-CNRS, University di Toulouse. Mail: malik.ghallab@laas.fr

Artificial Intelligence and computational technologies are significantly affecting humanity. They correspond to a revolution as disruptive as the deployment of writing and printing, which have significantly extended human cognition and interaction capabilities. Writing and printing have deeply changed laws, cities, economy, and science; they have affected human values, beliefs, and religions. We are witnessing a similar but much faster revolution, in which every person today is a contributing actor. There are different levels of responsibility, but everyone needs to be a well informed, responsible actor.

We already observe the positive effects of AI in almost every field, from agriculture, industry, and services, to social interaction, knowledge dissemination, health, and sciences, as well as in the arts and culture. We foresee AI potential to help addressing our sustainable development goals and the urgent challenges for the preservation of the environment.

However, it is important to stress that no technology is without risks, and that its social acceptability is not equivalent to its market acceptance. The social acceptability of a technology is much more demanding and requires, among other things, (i) to take into account the long term, including possible impacts on future generations; (ii) to worry about social cohesion, in terms of employment, resource sharing, inclusion and social recognition; (iii) to integrate the imperatives of human rights, as well as the historical, social, cultural and ethical values of a community; and (iv) to consider global constraints affecting the environment or international relations.

The AI risks related to the safety, security, confidentiality, and fairness of AI systems are frequently exposed. The threats of manipulative systems to human free will are raising legitimate concerns. The impacts of AI on the economy, employment, human rights, equality, diversity, inclusion, and social cohesion need to be better addressed.

Decision support tools can be biased. Some systems are intentionally designed as unbalanced, e.g., for a recommender system integrating commercial or propaganda. Users should be explicitly warned about the underlying objectives of systems that may distort their recommendations. The hidden and non-intentional biases of systems required to be neutral and fair are more problematic. Numerous cases of gender, ethnical or seniority biases have been reported in decision support systems for health, banking, insurance, recruitment, career assessment, or even in public services such as legal assessment and city surveillance applications. This is generally the case because these systems lack transparency, intelligibility and rely on training data which is biased in hidden ways difficult to uncover and mitigate. There is a need for further research in techniques for auditing the fairness of a system, and in regulations requiring their use for certification mechanisms.

It has been known for ages that individuals can be manipulated. AI technologies augment their vulnerability, in particular with the large deployment of playful devices that implement powerful communication, sensing, processing and decision-making functions. Manipulation capabilities are illustrated by the increasingly more effective techniques for social monitoring, debate steering, behavior modeling and shaping, and market driving. The incentives for using available techniques toward profitable purposes are high. Dubious practices with social, political

and economic risks will remain in use as long as they are unregulated. To support regulations, further research in AI may contribute to methods for detecting manipulation attempts.

The political risks, illustrated by the Cambridge Analytica scandal, are analyzed by several authors as a serious threat to democracy. Studies show that AI presents opportunities as well as risks on the full range of human rights, with already observed impacts.

Economic risks correspond to several AI uses, e.g., High Frequency Trading (HFT) or algorithmic pricing. The possible destabilization effects of HFTs are far from being well understood. Algorithmic pricing uses learning, profit optimization and indirect interactions between computational agents; it can lead, even without explicit agreement, to artificially higher prices, as with the illegal price cartel mechanisms. The real time observation, learning, modeling and feedback control capabilities permitted with AI tools are in clear contradiction with the assumption of a supposedly neutral free market. Regulations to mitigate the corresponding risks are urgently needed.

AI contributes to the increasing automation of services, industry and agriculture, which brings progress, as well as important risks for employment. Available studies, which remain insufficient, converge toward a substantial reduction of jobs in the short to medium term. According to an OECD study for its 21 countries, 9% of jobs have a high risk of automation; a higher percentage of 20 to 25% of jobs have a medium risk (other studies conclude to more alarming risk levels). Furthermore, AI developments are strongly suspected to contribute to the observed increase in social inequalities, which reduce social involvement.

AI in weapons and military systems correspond to another area of worry, which raises ethical

concerns, as well as risks of international instability and conflicts. AI technologies enhance the military capabilities of perception, surveillance, intelligence, fighting, and intervention. AI is naturally a dual-use technology, easily transposed from the commercial to the military domain. This makes impracticable control procedures such as those used for nuclear weapons containment. This also makes weapons and devices with integrated AI relatively more “affordable” than other heavy military technologies. These weapons may be more easily accessible to rogue groups. In addition, international arm trade agreements, including the recent Arms Trade Treaty, do not cover digital weapons, such as drones, robots, ROV and AUV. The widely supported Open Letter for a ban on autonomous weapons is an excellent initiative which needs to be pursued into studies and regulations.

With respect to the above risks, some consider implementing moral appraisal capabilities in AI. We certainly need machines that are provably safe, secure, intelligible, unbiased, respectful of privacy, and meeting the constraints and rules demanded by society. These properties can be reasonably well understood, formalized, and machine implementable. However, it is unclear what might be the specification of an automated weapon, or an automated trader, capable of resolving ethical choices on the basis of moral principles. Approaches to the notion of an “artificial moral agent” are criticized as being philosophically illegitimate and technically misleading. Instead, developers should clarify and disseminate widely the knowledge about the capabilities and limitations of their tools. They should integrate the social involvement and assessment of their potential uses as an essential component in the research and design methodology.

The needs for responsible AI developments with respect to the social risks correspond in particular to political and legal measures and to international agreements.

However, the required measures are part of the regulatory mechanisms of society. These mechanisms have a quite long response time: decades are needed to better understand, educate, spread the awareness and build up the social forces required to impose regulations. But the momentum of technology is much faster. The discrepancy between the two dynamics demands for proactive approaches. However, no predictive model of the possible effects of AI readily available. A proactive approach must rely on social experiments, and on integrative research about social risks and mitigation measures. A change of paradigm is required to fund and develop joint investigations between AI and social scientists, to give a better understanding of AI to the former, and of social and economic mechanisms to the latter. It should be noted that simulation, based on elementary models, is emerging in a few areas of social sciences. AI can actively contribute to its development and effectiveness. Finally, let us remark that social experiments prior to some deployments reduce the discrepancy between the technology momentum and the social dynamics.

Paolo Traverso

Direttore del Centro per le Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (ICT), Fondazione Bruno Kessler (FBK). Mail: traverso@fbk.eu

Negli anni 50, quando è nata, al seminario presso il Dartmouth College, i padri dell'Intelligenza Artificiale (AI), guidati da John McCarthy, si diedero come obiettivo ... un sogno: creare una macchina in grado di simulare il ragionamento, l'apprendimento, il pensare proprio della mente umana e l'agire proprio delle persone. Si trattava definitivamente di una "AI forte", di una "Strong AI".

Ma il grande "boom dell'AI" è ben più recente, dovuto principalmente alle moderne tecniche di apprendimento automatico, quali il cosiddetto "Apprendimento Profondo", l'ormai famoso "Deep Learning" - in realtà una rete neurale dotata di parecchi "strati". Queste tecniche, utilizzando l'accresciuto potere computazionale e la disponibilità di enormi quantità di dati, opportunamente addestrate con tantissimi esempi (il famoso "training"), sono riuscite a fare cose che un tempo erano appannaggio solo dell'essere umano, come capire le immagini e le parole, creare autonomamente nuove immagini e testi, generare film e scrivere libri, comporre musica e dipingere quadri, costruire robot in grado di interagire con le persone e a volte comportarsi come le persone. E in certi compiti specifici, hanno dimostrato di replicare e addirittura superare le capacità umane, anche in azioni importanti e delicate. Persino i medici riconoscono ormai che gli algoritmi di AI sono migliori di loro nell'analizzare le radiografie, nel capire da una immagine di una retina se si tratta o meno di una retinopatia. Ma sono comunque compiti specifici, e non è affatto chiaro se, anche quando replicano o superano le capacità umane, questa AI si avvicini al sogno dei suoi padri: pensare come la mente umana e agire come le per-

sone. Si tratta ancora, nonostante i risultati stupefacenti, di una AI debole, una "Weak AI".

E tutto questo sembrerebbe rispondere alla domanda che ci viene posta con un secco "no", non arriveremo ad una "Strong AI", al sogno dei padri. Ma io non credo che sia così!

Non è così perché ... "non è finita". La maggior parte dei grandi player industriali (e sapete a chi mi riferisco) stanno investendo sempre di più le loro enormi risorse spingendo verso il limite massimo le tecnologie che al momento sono di grande successo nello svolgimento di compiti specifici (la cosiddetta "Weak AI"), ovvero tecnologie basate, come dicevo, sull'addestramento di algoritmi di apprendimento automatico con enormi quantità di dati disponibili. Ma nei centri di ricerca più prestigiosi (inclusi alcuni in cui si è inventato il "Deep Learning") si "guarda oltre". In questi centri si studiano, ad esempio, tecniche di "zero shot learning", ovvero di apprendimento a partire da pochi dati, di "imitation learning", ovvero algoritmi che imparano imitando semplici istruzioni ed esempi forniti dalle persone e cercano poi di generalizzare i loro comportamenti ad altri casi. Si studiano tecniche di "behavioural learning", cioè tecniche che imparano dal comportamento umano. Anche l'ormai vecchia idea del "deep learning" sta lasciando spazio in certi casi al "deep symbolic reinforcement learning", ovvero sistemi che imparano agendo nel mondo e imparando dai propri errori. Si studiano "modelli di apprendimento generativi e non discriminativi", in cui si possono anche generare esempi invece che solamente imparare da essi. Si studiano tecniche che integrano "planning and learning", in cui tecniche di apprendimento automatico vengono unite a tecniche di pianificazione (di azioni) che possono analizzare innumerevoli possibili scenari futuri.

Ma soprattutto, si parla di *"Integrative AI"*, ovvero di "mettere nel computer" diverse tecniche di "rappresentazione" e "ragionamento" per far sì che il computer sia in grado di svolgere un insieme di diversi "task cognitivi" (!). Ad esempio, trovare il modo di combinare rappresentazioni *"simboliche"* con rappresentazioni *"sub simboliche"*. Le prime sono ad esempio le ontologie, le quali rappresentano esplicitamente concetti e conoscenza sul mondo, o la logica che cerca di formalizzare tale conoscenza. Le seconde sono ad esempio le informazioni numeriche, quali quelle che arrivano dai sensori di un robot, o le rappresentazioni probabilistiche o quelle che sono frutto della statistica. Si studiano tecniche di ragionamento che uniscano l'apprendimento dai dati, dagli esempi e dall'esperienza con tecniche di ragionamento deduttivo, che a partire da fatti inferiscano e deducano conclusioni.

Se questi studi avranno successo, si potrà risolvere ad esempio l'ormai famoso problema delle attuali tecniche di *"deep learning"* (e delle reti neurali in generale), che non sanno distinguere fra relazione e causalità, uno dei principali fattori alla base della *"non spiegabilità"* dei risultati delle reti neurali, che ancora appaiono come scatole nere.

Si tende quindi (giustamente, perché la ricerca deve farlo) a spingersi veramente vicino al sogno dei padri dell'AI, ovvero di poter costruire macchine in grado di simulare il ragionamento, l'apprendimento, il pensare proprio della mente umana e l'agire proprio delle persone, ovvero a spingerci verso una AI forte (*"strong AI"*), non solo in grado di risolvere compiti specifici a partire da un addestramento con enormi quantità di dati, addestramento che spesso è innaturale, faticoso, a volte impossibile e in un certo senso ... *"inumano"*.

Questa lunga premessa per rispondere alla domanda "ritenete possibile lo sviluppo di una strong AI, capace di replicare, e addirittura superare, le abilità umane in ogni settore del pensare e dell'agire?". Rispondere in modo ideologico a questa domanda dicendo che le macchine "non saranno mai capaci di fare certe cose", credo possa essere pericoloso: qualche anno fa si diceva che le macchine non sarebbero mai state capaci di fare cose che adesso fanno e in questo hanno superato le abilità umane. Qualche anno fa nessuno l'avrebbe detto. Io credo che l'AI del futuro ci sorprenderà ancora, se il mondo avrà ancora il coraggio di finanziare la ricerca in AI dopo che ne avrà capito i limiti attuali.

La domanda che viene dopo è però ancor più interessante: "E tale sviluppo sarebbe opportuno?". Io credo che l'AI, come ogni tecnologia potente, vada regolamentata perché sia una AI per le persone (una "human centric AI"). E questo vuol dire anche essere coscienti e evitare che si avverino i rischi che certe scoperte scientifiche portano, e in particolare i rischi di possibili utilizzi dell'AI. Rischi di pregiudizi nelle decisioni e nei giudizi (i famosi "bias"), rischi di affidarsi a macchine che fanno errori, rischi addirittura di andare contro diritti vitali per l'umanità, quali i diritti sanciti dalla Costituzione. Rischi per la democrazia e la sovranità popolare derivati dalle tecniche (quali quelle che si usano con le reti sociali ma non solo) che alcuni big player industriali usano per avere i nostri dati, per profilarci, per capire i nostri gusti, influenzarci (addirittura nel voto come Cambridge Analitica insegna); i rischi di un uso di sistemi che sostituiscano del tutto le persone nell'interazione con le persone, togliendo il diritto ad un persona di avere una spiegazione da un proprio simile e non da una macchina (come nei casi delicatissimi della medicina e della giustizia); il rischio

che venga violato il diritto delle persone a conoscere la natura, umana o artificiale, del proprio interlocutore (il successo pieno della macchina sul vecchio Test di Turing); o il pericolo che venga meno il diritto delle persone alla riservatezza, alla privacy, il rischio per antonomasia in questo settore.

Credo che combattere e evitare che questi rischi diventino realtà dipenda fortemente da noi tutti, ricercatori, imprenditori, giuristi, da chi lavora nelle istituzioni, dai policy makers etc. Dobbiamo tutti lavorare assieme per impedire che questo accada. Ma dobbiamo evitare anche il rischio opposto. Fra tutti gli interventi alla conferenza sullo Statuto Etico e Giuridico dell'Intelligenza Artificiale, organizzato dalla Fondazione Leonardo "La civiltà delle Macchine", mi ha colpito particolarmente un intervento di una giovane ricercatrice di Oxford. Il suo intervento, in sintesi e come lo ricordo diceva: *"la privacy è chiaramente un diritto delle persone e va tutelata. Ma cosa diremo ai nostri figli? Non abbiamo guarito il diabete perché altrimenti violavamo la privacy dei cittadini?"* E l'esempio della giovane ricercatrice si può facilmente estendere un po' a tutti i rischi e ai diversi aspetti della vita sociale dove l'AI sta avendo un enorme impatto e, io credo, lo avrà ancor di più nel futuro. Il confine fra "regolare" e "ingessare" è sottile, e trovare il giusto equilibrio è probabilmente il nostro compito più difficile.

Mi piace finire con una considerazione che ho imparato da una osservazione che ha fatto un mio caro amico e stimato professionista ad una mia presentazione divulgativa sull'AI e l'impatto che può avere sulla società. La mia presentazione si concludeva con una frase del "quasi premio Nobel" Stephen Hawking: *"L'Intelligenza Artificiale sarà la cosa migliore o peggiore mai successa all'umanità"*. Il mio amico mi ha fatto

notare che probabilmente avrei dovuto sostituire la congiunzione "o" con la congiunzione "e". Sicuramente ci sarà il bene e il male provocato dall'AI, ci saranno entrambi. Allora dico: *Facciamo di tutto per far pendere la bilancia verso il bene, per quanto difficile sia.*

2.1 Essere umano e macchina

Maria Chiara Carrozza

Istituto di Biorobotica, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, Dipartimento di Eccellenza in Robotica e Intelligenza Artificiale, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa e Fondazione Don Carlo Gnocchi Onlus. Mail: m.c.carrozza@santannapisa.it

2.1.a L'intelligenza artificiale è una delle tecnologie abilitanti che caratterizzano la quarta rivoluzione industriale, ma la sua influenza andrà ben oltre il mondo della produzione di beni e della offerta di servizi, essa ha dimostrato di possedere una ricaduta sociale e culturale dirompente generata principalmente dal carattere di pervasività con cui è entrata nelle vite di tutti noi ponendo la natura umana e le abilità ad essa connesse al centro. A differenza delle precedenti rivoluzioni tecnologiche, non riguarda solo la forza, il lavoro ma la stessa cognizione: la capacità tipicamente ed esclusivamente umana di pensare e di compiere delle scelte. Per cui sì, certamente l'AI sarà e in parte è in grado di replicare alcuni comportamenti umani, tuttavia non posso immaginare che questa tecnologia, per quanto estremamente potente, possa sostituire l'uomo in ogni settore del pensare e dell'agire. È vero, oggi i sistemi di AI sono capaci di adattarsi e adeguarsi alle mutevoli condizioni in cui operano, simulando ciò che farebbe una persona. Si parla, a questo proposito di AI "bioispirata" poiché in essa vengono riportati schemi tipici del ragionamento umano ma l'AI, per poter funzionare, ha comunque bisogno di dati, che alimenteranno degli algoritmi, frutto di una pre-impostazione/imposizione di un essere umano.

2.1.b Stiamo assistendo ad un mutamento significativo caratterizzato dalla simbiosi uomo macchina, un processo di forte integrazione nel quale emergono sinergie e differenze: ciò che carat-

terizza l'uomo e lo differenzia dalla macchina è la capacità di compiere scelte che siano eticamente orientate e quindi il saper discernere il bene dal male. Quello che manca alla macchina per poter completamente assumere una decisione al posto dell'essere umano è la componente etica che, per poter essere implementata in un sistema di AI, dovrebbe essere tradotta in algoritmo (algor-etica). Questo pone una serie di interrogativi, oggetto oggi di grandi dibattiti nel mondo della scienza, della filosofia, della teologia e del diritto. Finché dunque non saremo in grado di tradurre l'etica in un valore trasferibile dall'uomo alla macchina, la funzione dell'AI non potrà essere sostitutiva di quella umana, ma potrà però certamente semplificare e supportare il comportamento umano, agevolare alcune azioni, soprattutto attraverso la capacità predittiva tipica dell'AI.

Federico Faggin

Federico & Elvia Faggin Foundation

2.1.a The recent successes of AI have prompted a renewed enthusiasm for Strong AI, the idea that a properly organized “robot” may develop a higher intelligence than a human being.

The most advanced framework within which this feat is considered possible is to give a computer a “body” endowed with human-like sensory-motor subsystems, and let it learn like a child in interaction with the animate and inanimate world. The expectation is that such a robot may then develop a language and a common sense like a human.

I think this approach, enticing as it may sound, cannot succeed because it disregards entirely the crucial functions that consciousness, emotional intelligence, and intuition accomplish in the developmental process of a child. It also disregards the essential and complementary *emotional* mentoring that the mother and father perform at different stages of the child’s development.

Furthermore, the basic idea that human intelligence is reducible to a finite set of “mathematical functions” that can be simulated by a computer, is also fundamentally flawed. Intelligence is not separable from the emotions and the higher mental functions of a human being, and these require consciousness. Only the mechanical-logical portion of human intelligence may be imitated by a computer simulation, and this is only a small fraction of the real human intelligence. Understanding the nuances of language, emotions, and human situations requires *conscious comprehension*, something digital computers do not and cannot have.

The difference between the two intelligences is the same one that exists between a quantum and a classical system – at the very least – when

we further assume that consciousness is the capacity to “experience” the quantum state of the physical body. However, this is not an assumption currently made by science.

I think that the crucial feature of possessing an inner semantic conscious state and an outer symbolic public state can only exist for a system that is partly quantum and partly classical, just like all living organisms are.

The materialistic and reductionistic stance that informs the idea of strong AI is that living organisms are classical systems like computers. This is not true, however, even though cells and animals have been almost exclusively studied as classical systems (often after killing them). Only recently a small group of scientists have given birth to *quantum biology*, a new discipline that recognizes the crucial role played by quantum physics in the ontology of living organisms. I believe that the mystery of life goes far beyond what we currently know.

By equating intelligence to a purely mechanical function that can be imitated by a sufficiently powerful classical computer, AI has *ipso facto* taken off the table as irrelevant to human intelligence, the consciousness we all have and the “lived experience” that only consciousness can provide. This *reductive* definition of intelligence has also eliminated a priori and by *fiat* the crucial aspects of the emotions and the higher intelligence with which human beings are endowed: intuition, imagination, invention, insights, and comprehension.

Human beings are holistic rather than reductionistic systems, making it impossible to separate the physical, emotional, mental, and spiritual aspects that interplay in the human behavior and inner experience. Furthermore, comparing a man with a computer over the vast range of human abilities is impossible because we couldn’t even make a sensible list of those



abilities, never mind properly defining them – a prerequisite to be able to measure them and say that “robot” is greater than “human.” Robotic intelligence and human intelligence are sort of complementary properties, like the particle and the wave properties of quantum mechanical systems.

The crucial aspects that computers will never possess is the free will and the qualia perception and comprehension that are inherent in conscious beings. Machines find correlations between data sets; humans find ever-deeper comprehensions, i.e. new connections among previous comprehensions. This feat requires a more abstract type of information than Shannon’s information. I claim this information exists only in the quantum domain as a result of the superposition and entanglement properties of quantum systems, properties that are totally absent in classical systems.

Let me give you a simple example of this human capacity: When a person has learned through meditation to quiet his mind and feels a thought enter the “theater” of his mind, he may also recognize the urge to automatically translating that pure “multidimensional image” into mental words. When the person learns to “stay” with the pure thought as an image, “contemplating” without reifying it, he may find that some thoughts simultaneously contain many possibilities in superposition. This feature cannot exist when the pure thought has been translated into mental words because this symbolic reification would work like the “collapse of the wavefunction” of a quantum system; the process that brings into physical reality only one of the many states that exist in superposition in the quantum domain.

The bottom line is that strong AI is impossible, even in principle, with classical computers, no matter how powerful and complex a computer

may be. Whether strong AI may be possible with *quantum* computers as currently conceived, is an open question. I think that living organisms are using powerful “quantum tricks” we have yet to discover. And since living organisms are conscious, it should be in principle possible to create “strong AI” via biology. However, if the ethical issues raised by AI are thorny, the manipulation of living organisms raises the ethical bar one hundred-fold. This subject is outside the scope of this article, nonetheless, I’d like to say that this is a far more disquieting possibility to me than strong AI based on classical computers.

I don’t think that my discussion will convince any believer in strong AI not to “grow” a child-robot in a laboratory. The narrow scientific and business interests of our time will demand the investigation of this new path of inquiry. Nonetheless, I predict that this approach will eventually (30-50 years from now, perhaps more) show the impossibility of developing strong AI, vindicating the common sense of simple men in touch with their intuitive mind *and heart*, who know that there must be more to reality than mechanisms.

2.1.b This question is more urgent than the previous one, and it must be answered very well and very soon because AI has reached a level of performance that requires strong ethical and pragmatic criteria to be properly regulated.

Let’s take an example with self-driving cars: A child is suddenly crossing the street in front of an autonomous vehicle (AV) and braking at full power cannot avoid a collision. Inside the AV is a pregnant woman and the situation calls for an immediate decision.

Within a few milliseconds, the AV’s algorithms have properly evaluated the only two possible options: (1) fully braking; in which case the AV will hit the child with 80% probability of killing



him and will cause some bruises to its passenger; or (2) swerving to the left and braking, in which case the AV will avoid the child but hit the approaching SUV on the other side of the street, with 60% probability of killing its own passenger and wounding the SUV driver. Asking for human assistance is out of the question because there is no time to do so: the decision must be algorithmic.

In fact, if a human driver found himself in a similar situation, he too would have to *react* the best way he can, hopefully without panicking. Notice that I said “react” rather than “decide” because a rational decision would require the ability to identify and evaluate the possible alternatives and then choose the best course of action. But in this case, there is no time for a typical human to rationally assess the situation. The brain is much too slow to make a conscious decision and the unconscious reaction is unpredictable. Here the machine has a definite speed advantage over the human.

What can be done? If we want autonomous driving – and there are definitely major benefits to it – a government appointed body with representatives of all stakeholders (insurance companies, legal experts, AV manufacturers, consumers, etc.) need to evaluate this class of situations and provide *deterministic* rules that will be implemented by the algorithms of the AV. If this task is properly done, given the AV’s ability to rapidly evaluate the possible options and its short reaction time, the AV’s decisions may likely surpass, on average, the human reactions.

Another important aspect of autonomous driving is human access to the full record of the accident, including the AV’s “reasoning” that went into the decision. These data can help to more fairly settle the legal responsibilities, as well as improving the algorithms for future use. I think that on average, stakeholders-regulated algo-

gorithmic decisions may fare better than human unpredictable reactions in these kinds of situations.

In many other cases, especially in medical or military decisions, the temptation to abdicate decisions to AI systems for the same reasons discussed earlier, i.e. the lack of time for responsible human intervention, is very problematic to me. There is also a dark cloud here, which is the opportunity to dodge responsibility by claiming that “the machine did it,” when in fact the humans made the machine do it by the way the machine was designed and controlled.

I think that there should always be a person, or a human organization, totally responsible for the actions of the machine. No machine should be held responsible for its own actions because AI has no consciousness, no comprehension, and no ethics. It simply does what it is “coerced” to do. A dog is certainly more responsible (and thus accountable) than a robot.

The bottom line is that, as in most complex situations, there isn’t a magic black or white answer. Before allowing a robot to autonomously make decisions in situations that involve the possible loss of human life or great damage to property or to the ecosystem, the decisional tree should be evaluated and *transparently* vetted by a panel of experts and stakeholders, like in the example of a self-driving car.

A possible criterion to determine if a robot should be allowed to autonomously decide is to prove that the robot will *always* cause less harm than a decision (or reaction) made by a competent person. Decisions that involve subtle ethical standards that haven’t yet been settled must always be supervised by qualified human organizations or persons who are strictly held responsible.

Oliviero Stock

*Istituto per la Ricerca Scientifica e Tecnologica (IRST),
Fondazione Bruno Kessler (FBK). Mail: stock@fbk.eu*

2.1.a Si parla molto di Intelligenza Artificiale (AI), spesso evocando scenari non realistici, alternando aspettative mirabolanti, o di pericolo esistenziale per l'uomo. Molto frequentemente viene poi assimilata l'AI a un approccio particolare, in questi tempi a tecniche statistiche basate su apprendimento, o addirittura più specificamente a una tecnica di buon successo chiamata apprendimento profondo. Non aiuta in tutto questo la stessa sensibilità dei ricercatori alle mode, e in questa fase, per molti, magari nuovi nel campo, anche il voler trarre vantaggio immediato dalla popolarità del termine AI. Prima di tutto non è univoca la definizione del campo Intelligenza Artificiale: spesso dico che se chiediamo a cento ricercatori di definirlo probabilmente otterremo almeno cento definizioni diverse. La mia favorita ad esempio – la dico subito – è “far fare alle macchine lo sforzo di capire noi, anziché viceversa”. Nei fatti poi vi è stata tradizionalmente una segmentazione in settori di ricerca sostanzialmente indipendenti, come oggetto della ricerca e – per molti casi – come metodologie adottate. È del tutto marginale nella ricerca in AI una visione complessiva o integrata dell'intelligenza. Quest'ultima però è quella che spesso viene evocata nel mondo esterno, soprattutto nei film di fantascienza o quando si tratta di enfatizzare i pericoli che l'AI potrebbe comportare. Bisogna dire tuttavia che a questo hanno anche contribuito la stessa ambizione dell'AI di avere un test di raggiungimento di intelligenza non distinguibile da quella umana (quello più conosciuto anche se a sua volta controverso e per molti aspetti inadeguato, è il test di Turing) e, se vogliamo, una spinta recente di ricerca tecnologica orientata a robot

antropomorfi, che necessariamente coinvolge più aspetti dell'intelligenza, puntando a integrarne alcuni in qualche modo.

La dicitura “strong AI” poi, almeno per molto tempo, richiamava l'obiettivo non solo di realizzare compiti che se svolti dall'uomo richiedono capacità che comunemente vengono intese denotare intelligenza, ma di farlo con modalità simili a quelle umane. Quindi non solo il risultato, ma anche il come, se non altro per garantire flessibilità e adattabilità del sistema. Lavorando a realizzare macchine che tendono a essere ispirate dal funzionamento della mente umana, si ottengono due risultati: si costruiscono appunto sistemi flessibili e che possono integrare vari aspetti dell'intelligenza – come vediamo realizzato nella mente – e si entra in una dinamica fruttuosa con le scienze cognitive, contribuendo anche agli studi sulla comprensione del funzionamento della mente.

Ora la prospettiva metodologica prevalente si è molto allontanata da questa ambizione.

Certamente vi sono stati sviluppi importanti nell'ultimo paio di decenni. Sono successe alcune cose determinanti.

Innanzitutto, per alcuni settori di ricerca si sono rese disponibili grandissime quantità di dati, grazie anche alle opportunità offerte dal web. Ad esempio, per quanto riguarda il linguaggio umano, quantitativamente quasi tutto quello che è stato scritto dall'uomo è disponibile in forma digitale.

In secondo luogo, il continuo avanzamento della tecnologia degli elaboratori ha consentito di rendere pratici metodi di calcolo basati su grandi quantità di dati. A questo si aggiunge un affinamento di algoritmi per l'elaborazione di grandi quantità di dati, già studiati da tempo, senza che esso dovesse richiedere un grande sviluppo matematico.



A mio modo di vedere, l'approccio che si sta seguendo in questi anni consegue risultati notevolissimi nel breve periodo, ma per molti aspetti ci allontana dall'ambizione di realizzare una "strong AI". Intendo proprio che il risultato, nell'ottica di questa grande ambizione, non è nullo, ma è sostanzialmente negativo. Le ragioni sono proprio la mancanza dei due elementi che citavo prima. Quindi ritengo non vi possa essere una "strong AI" per molto tempo e per il progresso sarà necessaria almeno un'integrazione tra approcci basati su conoscenza e approcci basati esclusivamente su dati.

Un aspetto strettamente legato a questa perplessità riguarda in particolare la capacità di spiegazione del proprio comportamento da parte del sistema. Restiamo pure nell'ambito di compiti molto circoscritti, quindi lontani dalla riproduzione di capacità intelligenti complessive e integrate in un unico sistema. Se ci interessiamo a compiti che normalmente richiedono qualche forma cognitiva superiore - andando oltre d esempio a quelli legati alla semplice percezione e al riconoscimento - risulta difficile accettare sistemi che non spieghino le linee di ragionamento in termini affini a quelle che seguiremmo noi umani. Risulta piuttosto forzato e quasi velleitario l'impegno attualmente diffuso tra i ricercatori nel voler trovare una maniera di spiegare a posteriori un comportamento della macchina che arriva a conclusioni accettabili sì ma per vie non comprensibili.

2.1.b Per me, paradossalmente, la prospettiva è opposta a quella spesso evocata. I sistemi artificiali già ora o in tempi vicini sono in grado di prendere decisioni autonome - in certi ambiti circoscritti. È molto più ambizioso e difficile l'obiettivo di realizzare sistemi che siano davvero in grado di prendere decisioni in modo collaborativo con l'uomo; quindi sistemi che operino non in modo totalmente autonomo, ma in gra-

do di mantenere la delega fino ad un certo punto, di spiegare le proprie linee di ragionamento, criticare la decisione umana e accettare critiche, in una discussione dialettica. Questo è quello che noi umani abbiamo imparato a fare quando si tratta di prendere decisioni, a meno che si tratti di ambiti la cui natura e il tipo di decisione richiesta siano estremamente semplici.

Tra i tanti temi necessari per lo sviluppo, in particolare ritengo di grande importanza che l'AI cominci seriamente a occuparsi di etica. Non intendo solamente che si affrontino i problemi etici del campo, similmente ai problemi che i ricercatori di altre discipline, ad esempio biologia, o anche fisica, devono porsi in relazione ai risultati delle loro ricerche o alla sperimentazione adottata. Intendo proprio il dotare i sistemi della capacità di prendere decisioni su basi etiche, a fronte di situazioni nuove, un tema che è solo concepibile per l'intelligenza artificiale. Il tema naturalmente si aggancia a una lunga tradizione di studi filosofici, basta pensare a Kant, ma in AI si tende ad affrontarlo anche in collegamento a studi cognitivi, di solito a carattere empirico. Anche in questo caso ritengo ci possano essere ambiti circoscritti e semplici in cui decisioni autonome potranno essere prese dalle macchine, ma gli ambiti più complessi dovranno coinvolgere la capacità di collaborare, anche dialetticamente, alla presa di decisione.

Quanto detto precedentemente ha ovvie implicazioni per l'ambito legale e giuridico. Ritengo che solo per casi molto semplici si possa automatizzare il giudizio, e quasi esclusivamente nell'ambito amministrativo. Sarà invece di grandissimo impatto qualitativo oltre che quantitativo, nella sfera civilistica e penale, la prospettiva di sistemi di supporto e critica per il giudizio umano.

Prima di concludere, mi permetto di ampliare l'ambito di questi brevi note riguardo il tema

Forum
L.S.
 della prospettiva dell'AI per il Diritto. A mio modo di vedere, un fondamentale apporto dell'AI potrà avvenire a monte, e consistere nel rendere le leggi comprensibili ed adattate al livello culturale del lettore. Sostanzialmente un tema educativo, che potrebbe contribuire a superare la difficoltà insita nel Diritto costituzionale, dove si afferma che l'ignoranza della legge non è una scusante. La riformulazione dell'art. 5 del Codice Penale attesta che "L'ignoranza della legge penale non scusa tranne che si tratti d'ignoranza inevitabile." E la Corte costituzionale ha chiarito che questa ignoranza può essere considerata scusabile solo se "riconducibile ad una oggettiva oscurità (attestata, eventualmente, da persistenti contrasti interpretativi) della norma violata." La giurisprudenza sembra non considerare "inevitabile" l'ignoranza di proibizioni stabilite da lungo tempo, come succede per la maggior parte dei delitti trattati nel codice penale. È differente invece il caso della giustizia civile e amministrativa, dove il diritto spesso risulta meno connesso al senso comune e consolidato storicamente, e le leggi sono più tecniche e tendono a essere variate con maggiore frequenza. Ritengo che il ruolo dell'AI nell'adattare la formulazione e la spiegazione delle leggi a diversi gruppi e livelli culturali possa aiutare a rendere la nostra società migliore e realizzare quanto inteso dalla Costituzione. Anche in questo caso la complessità dei meccanismi necessari – qui di tipo linguistico, ad esempio l'integrazione tra semantica e pragmatica - vanno ben oltre quanto realizzabile con gli attuali paradigmi, ma sono concepibili in un nuovo ciclo di AI più "profonda".

3. L'impatto della AI sul diritto e sui diritti.

Massimo Luciani

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Roma – La Sapienza. Mail: massimo.luciani@uniroma1.it

3.a Il quesito si articola, in realtà, in due interrogativi diversi, che meritano altrettanto diverse risposte.

Quanto all'esigenza di nuove regole, sarebbe addirittura assurdo negarla. Non ci troviamo di fronte, infatti, a innovazioni tecnologiche marginali, ma a vere e proprie ridefinizioni di stili di vita, di posizionamenti sociali, di letture del mondo. Si tratta di fenomeni ancor più radicali dell'avvento - poniamo - dell'elettricità, che (anche a causa della minore rapidità delle trasformazioni tecnologiche) poté essere affrontato mantenendo largamente in vita le regole all'epoca vigenti. Conseguentemente, i principi generali (o le stesse norme di dettaglio, eventualmente da applicare in via estensiva) possono servire solo in una fase transitoria, occorrendo a regime regole nuove.

Discorso diverso quanto alle categorie giuridiche. È, questo, un equivoco diffuso e sempre rinnovato: al mutare dei rapporti sociali dovrebbero mutare - si dice - le categorie di analisi (anche quelle dell'analisi giuridica). Non è così. Le categorie di cui disponiamo, elaborate nel corso di un processo più che bimillenario, sono perfettamente in grado di inquadrare e comprendere i nuovi fenomeni. E non si devono confondere gli adattamenti (sovente infelici: si pensi a "beni comuni") delle categorie tradizionali con la creazione di categorie davvero nuove.

3.b Alcuni principi generali appaiono indispensabili (penso a quelli in materia di responsabilità), ma l'estrema varietà del fenomeno suggerisce l'adozione di discipline specifiche per i vari

campi di applicazione dell'AI. Ovviamente, la presenza di principi generali faciliterà la regolazione delle future novità, probabilmente profonde e in rapida successione, che una regolazione analitica sarebbe costretta (sempre in ritardo) a inseguire.

3.c Sono contrario alla moltiplicazione inutile dei diritti. Non comprendo perché il diritto all'educazione all'AI dovrebbe essere un diritto specifico e non una semplice porzione del generale diritto all'istruzione e all'educazione, che - per stare al caso italiano - la Costituzione già garantisce. Temo che la moltiplicazione dei diritti serva sovente, più che a rafforzare le tutele, a moltiplicare le monografie utili a ottenere l'abilitazione scientifica nazionale.

3.d Ne elenco tre, che a me paiono le principali:

- a) la penuria di giuristi con adeguata formazione scientifica, specie in questo dominio (il che può lasciare "in balia" dei tecnici);
- b) la relativa lentezza del diritto a fronte dell'estrema velocità di trasformazione della tecnica (il che costringe all'"inseguimento" cui ho accennato);
- c) la natura globale dei problemi e il perdurante radicamento statale del diritto "di tutti i giorni" (il che rende la regolazione su scala statale poco efficace e quella su scala globale difficile da negoziare).

Alessandro Pajno

Presidente Emerito del Consiglio di Stato e docente di diritto processuale amministrativo, Luiss Guido Carli.
Mail: a.pajno@giustizia-amministrativa.it

Il diritto non anticipa, ma segue le grandi trasformazioni della società. L'AI non fa eccezione a questa regola. Il progresso tecnologico offre inedite opportunità, ma può dare origine a rischi per le libertà fondamentali, ove non adeguatamente governato. Spetta, di conseguenza, ai pubblici poteri delineare modalità di intervento che minimizzino le esternalità negative garantendo, nel contempo, il nucleo duro dei diritti individuali.

Negli ultimi anni sono stati elaborati strumenti e carte a livello sovranazionale allo scopo di fornire alcune linee generali a proposito dell'AI e si è registrata una tendenza verso la codificazione dei diritti digitali (si pensi all'art.22 del GDPR e al d. lgs. n. 80/2005). Le iniziative susseguitesi documentano una frammentarietà nella declinazione di linee guida tendenzialmente settoriali e la carenza di interventi di carattere organico. Ricorrere ad una regolamentazione orizzontale in "autonomia" (*self regulation*) non sembra costituire una situazione idonea allo scopo, capace di costruire una disciplina unificante. Sembra, pertanto, opportuno ricorrere a forme di *hard regulation*, preferibilmente a livello sovranazionale, anche al fine di predisporre per i diritti digitali un sistema affidabile di *enforcement*, in assenza del quale vi è il rischio di trovarsi dinanzi a indicazioni e prescrizioni senza potere di vincolatività.

Le osservazioni sopra esposte rendono palese l'esigenza di nuove discipline volte a regolare, a livello appropriato, le AI. Le discipline primarie esistenti (soprattutto in tema di protezione dati) costituiscono un punto di partenza ma non esauriscono l'esigenza di regolamentazione posta dai nuovi fenomeni.

Quanto alla questione dei principi generali, occorre ricordare che la normativa costituzionale e quella della Carta dei diritti forniscono un quadro sufficientemente definito. Potrebbe tuttavia, essere utile declinare ulteriormente questo quadro in una serie di indicazioni volte a specificare i diritti della persona proprio con riferimento al mondo dell'AI e dei settori in cui esso si articola.

Quanto alla eventuale creazione di nuovi istituti e all'elaborazione di nuove categorie giuridiche, il punto di partenza non può che essere costituito da singoli istituti e dalle categorie già esistenti, di cui va attentamente sperimentata la capacità di ordinare e spiegare i nuovi fenomeni. Solo dopo una sperimentazione del genere, può essere presa in considerazione l'elaborazione di nuovi strumenti. Allo stato sembra che le categorie tradizionali conservino una capacità ordinatrice della nuova realtà.

Condivisibile appare la configurazione di un diritto/dovere di educazione all'AI. Misure di questo genere sono decisive non solo per un uso consapevole e responsabile, ma per la qualità stessa della democrazia.

Oreste Pollicino

Professore ordinario di diritto costituzionale, Università Bocconi. Mail: oreste.pollicino@unibocconi.it

Il dilemma legato all'introduzione di nuove regole per fronteggiare le nuove sfide tecnologiche o, al contrario, all'applicazione in via analogica delle regole esistenti non è nuovo, tutt'altro. A metà anni 90 il Giudice Easterbrook si chiedeva, provocatoriamente, nel suo saggio "Cyberspace and the law of the horse"¹, se fosse sufficiente applicare i principi giuridici che classicamente si applicano al mondo degli atomi, e quindi rifarsi alla categoria unitaria del "diritto dei animali" o se, invece, fosse indispensabile un "diritto del cavallo", un *law of the horse* che rompesse con il passato dei principi generali del diritto, così come internet aveva di fatto stravolto lo status quo della tecnologia esistente. «Now you can see the meaning of my title "cyberspace and the Law of the Horse" When asked to talk about "Property in Cyberspace," my reaction was, "Isn't this just the law of the horse?" This leads directly to my principal conclusion: Develop around law of intellectual property, then apply it to internet». La sua risposta alla domanda, come si evince da questa citazione, è univoca: non servono regole nuove ma è sufficiente applicare analogicamente quelle esistenti.

Una risposta del genere, data oggi, sia con riguardo al cyberspace in generale che a quel particolare ecosistema digitale rappresentato dall'intelligenza artificiale non può che essere assai semplicistica. Il sistema è molto più complesso rispetto alla logica binaria nuove regole vs applicazione analogica di quelle esistenti. La

¹ F. H. EASTERBROOK, *Cyberspace and the Law of the Horse*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1996, 207.

domanda che sembra doversi porre a monte è: quando ed in che modo alcune forme di iniziativa economica, specialmente in ambito digitale, si trasformano tecnicamente in potere e, conseguentemente, quale strumentario offre oggi il diritto, e in particolare il diritto costituzionale per reagire a tale trasformazione?

Impossibile dare una risposta esaustiva, ma tre indicazioni prospettiche possono forse azzardarsi.

La prima. Mai come in questo scenario un orientamento che guardi in modo autoreferenziale ai vari regimi giuridici rilevanti, risulta essere, per definizione, perdente. Per esempio, la leva del diritto antitrust, nel passaggio, che si è cercato di descrivere, da esercizio di attività economica a concretizzazione di veri e propri poteri privati in concorrenza con quelli pubblici, non è più sufficiente. Da una parte la leva antitrust deve, a sua volta, poggiarsi sulla forza d'urto del GDPR, dall'altra, una seconda leva va azionata: quella di un consapevole utilizzo dello strumentario di diritto costituzionale a disposizione, a cominciare dalla possibilità di poter applicare orizzontalmente, nei confronti dei nuovi poteri privati, il catalogo dei diritti fondamentali previsti dalla Carte europee.

Qui si passa alla seconda considerazione che si vuol fare.

Si potrebbe sostenere, come fa Robert Alexy² che la questione relativa agli effetti orizzontali dei diritti fondamentali previsti dalle Carte costituzionali o dai *Bills of rights* non possa essere concettualmente scissa dal problema più generale del riconoscimento di un effetto diretto agli stessi diritti. In altre parole, se è riconosciuto ad un diritto fondamentale effetto diretto, tale riconoscimento dovrebbe essere caratterizzato da una doppia dimensione: quella verticale (au-

² R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, pp. 570-571.

torità vs. libertà) e quella orizzontale (nei rapporti tra privati).

Nella pratica, come noto, la situazione è assai diversa. Con riferimento allo scenario statunitense, per quanto riguarda l'applicazione dei diritti previsti dagli Emendamenti della Costituzione USA introdotti a partire dal 1791, e con particolare riferimento al I Emendamento che riconosce la libertà di espressione (*right to free speech*), l'efficacia orizzontale (*inter privatos*) dello stesso è negata dall'applicazione della c.d. *state action doctrine*, in forza della quale le garanzie previste dai diritti sanciti dal *Bill of Rights* federale possono essere fatte valere soltanto nei confronti dei poteri pubblici e non dei privati. La ragione alla base della resistenza all'accettazione di una generale efficacia orizzontale dei diritti previsti dalla Costituzione federale si spiega perché l'architettura e, ancor prima, il terreno culturale che fa da *humus* al costituzionalismo statunitense è basato sui valori di *liberty* e *individual freedom* che costituiscono il fondamento dell'autonomia privata.³

Un tale *humus* costituzionale rende di fatto impossibile l'attecchimento in terra statunitense della teoria di matrice tedesca dell'effetto orizzontale (*Drittwirkung*) che, dopo aver preso il via dalla giurisprudenza coraggiosa, per l'appunto, delle corti tedesche a partire dagli anni '50, è diventata familiare per altre corti costituzionali europee, ma anche per la Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché per la Corte di giustizia dell'Unione europea che ha utilizzato, di fatto gli art. 7 ed 8 della Carta dei diritti fondamentali, nella sua giurisprudenza, quale

³ G. ROMEO, *Federalising and constitutionalising a legal order: the case for (still) entrusting the bill of rights with the task of full integration*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, forthcoming.

arma contundente nei confronti, proprio, dei nuovi giganti del web.

Quindi in Europa abbiamo un motivo in più, nel momento in cui si ha a che fare con una nuova sfida tecnologica come quella rappresentata dall'intelligenza artificiale, per utilizzare le categorie e gli strumenti classici di tutela dei diritti fondamentali che possono essere applicati in una dimensione orizzontale, per contrastare i nuovi poteri privati.

Terza riflessione. Una volta (ri)scoperte l'attualità e l'efficacia dell'arsenale europeo in materia di diritti fondamentali nell'epoca dell'intelligenza artificiale, è necessario ed opportuno pensare alla enucleazione, in ogni caso, di nuovi diritti che rafforzino la posizione (al momento assai debole) degli individui-utenti rispetto ai nuovi poteri (privati) nella società algoritmica?

Sarei piuttosto prudente sul punto. La previsione di nuovi diritti non sempre si traduce in una protezione più adeguata dei diritti in gioco, al contrario. L'inflazione di diritti può comportare anche una maggiore conflittualità e, alla resa dei conti, un abbassamento della tutela complessiva che viene riconosciuta alla posizione (già debole, come si diceva) degli individui.

A mio avviso, ciò che serve rafforzare è la dimensione non tanto sostanziale (quindi nuovi diritti che si aggiungono a quelli esistenti), ma procedurale della protezione da riconoscere a detti individui. E dimensione procedurale vuol dire affrontare la questione del *data due process* ai tempi dell'intelligenza artificiale, in modo che i diritti al contraddittorio, ad essere ascoltato, alla parità di armi da un punto di vista, per l'appunto, procedurale, non vengano meno quando la posizione degli individui vada tutelata non nei confronti dei poteri pubblici, ma, dei nuovi, non meno intrusivi, poteri privati.



Stefano Quintarelli

Associazione Copernicani. Mail: stefano@quintarelli.it

Anche il fenomeno giuridico nel suo complesso è fortemente coinvolto nell'applicazione della AI che sta trasformando profondamente, fra l'altro, la distribuzione dei poteri pubblici e privati, la tenuta dei diritti e delle libertà fondamentali e molti principi giuridici anche di livello costituzionale.

È possibile applicare le discipline esistenti in via analogica solo fino ad un certo punto.

Bisogna premettere che sotto l'etichetta "AI" vengono inclusi un ampio spettro di metodi tecnici, alcuni dei quali esibiscono comportamenti deterministici, altri probabilistici, alcuni spiegabili, altri parzialmente spiegabili, altri non spiegabili (o comunque la cui spiegabilità avrebbe un costo finanziario tale da impedire l'adozione della tecnica stessa, privando la collettività di effetti eventualmente benefici – certamente da misurare).

Grazie all'aumento della capacità di calcolo ed all'accumulo di dati tramite la rete, la metodica di maggiore visibilità oggi è il *machine learning* che consiste – in estrema sintesi – nella distillazione di modelli statistici a partire da correlazioni riscontrate nei dati esaminati, e l'utilizzo di tali modelli per effettuare predizioni. Tali predizioni, derivando da modelli statistici, sono caratterizzate da un certo livello di precisione (nel caso della valutazione della pericolosità sociale, ad esempio, la percentuale di "veri" criminali) e di recupero (la percentuale di criminali riconosciuti).

È generalmente una coperta corta: ad un guadagno di recupero corrisponde una riduzione della precisione. Si pongono pertanto delle questioni etiche circa la funzione obiettivo che si desidera massimizzare e la sua compatibilità

con i valori che ispirano la nostra civiltà giuridica.

Questa natura di sistema probabilistico introduce una nuova categoria concettuale: quella della macchina non difettosa che commette predizioni errate.

Si pensi all'esempio di un esoscheletro deambulatore che getti a terra un anziano rompendogli il femore: tale comportamento non è conseguenza di un difetto o anomalia; la macchina è perfettamente funzionante e si sa che, statisticamente, qualche volta ciò accadrà. Come comportarsi? Privare gli anziani della possibilità di muoversi autonomamente o accettare un determinato livello di rischio? Quali responsabilità civili e penali prevedere, e in capo a chi? Quali soluzioni normative elaborare per non privare la società di un'utile innovazione tecnologica?

Per certi versi si tratta di una situazione analoga alla farmacologia, dove sappiamo che determinate sostanze sono generalmente utili ma possono determinare, statisticamente, effetti collaterali anche gravi. In questo settore osserviamo un continuum regolatorio che va dal cibo, agli integratori alimentari, ai farmaci, le cui modalità di introduzione in commercio e di attribuzione di responsabilità avvengono con metodi diversi, di gravosità crescente in funzione dell'intensità del rischio di effetti indesiderati.

Tornando all'esempio dell'esoscheletro deambulatore, se da un punto di vista civile la questione può essere affrontata in via assicurativa, dal punto di vista penale è necessaria qualche infrastruttura ulteriore.

Essendo un valore statistico, il "determinato livello" di rischio va riscontrato con la frequenza di incidenti accaduti su tutto l'insieme di deambulatori prodotti, prima di poter affermare una negligenza da parte del produttore o una difettosità del prodotto, con le inerenti (eventuali) conseguenze penali per i responsabili aziendali.



D'altro canto, non si può accettare l'introduzione nel mercato di deambulatori che regolarmente provochino le cadute dei propri utenti. Ne consegue la opportunità di creare meccanismi, graduati in funzione degli effetti possibili, che possano prevedere autodichiarazioni ed ispezioni, certificazioni, autorizzazioni preventive, eccetera, analogamente a quanto avviene nelle industrie alimentari, nella nutra-ceutica e nella farmaceutica. Va infine notato che, in senso più specifico, le applicazioni della AI possono essere varie e non compatibili con questi meccanismi. Talune applicazioni, come ad esempio i casi di gestione del personale, pur se tecnicamente immaginabili, potrebbero violare una molteplicità di norme. Inoltre, il GDPR consente l'opt-out da decisioni automatiche che violano i diritti fondamentali.

In conclusione, attualmente l'ordinamento complessivo pare risultare poco attrezzato e per attrezzarlo occorre anche definire un perimetro di legittimità dell'uso e, soprattutto, i rimedi azionabili in caso di abuso o errato uso (e cosa ciò significhi).

Certamente sì. Anche nell'ambito di un più ampio diritto/dovere all'educazione al pensiero computazionale. L'Intelligenza Artificiale ricomprende sia algoritmi deterministici che sistemi probabilistici. In entrambi i casi stiamo parlando di modalità di scrittura del software.

Acquisirne i principi base consente alle persone – in ogni ambito, dallo studio al lavoro, alla vita di tutti i giorni – di affrontare questi sistemi con consapevolezza, sfruttandoli al meglio, senza eccedere in ansiogene visioni irrealistiche.

Formare gli individui consente di affrontare in modo consapevole la raccolta ed il trattamento dei dati che influenzano le modalità di training e funzionamento del software.

Inoltre, educare all'AI (a qualsiasi età) significa anche trasmettere una comprensione delle pos-

sibilità, dei rischi e delle opportunità che la tecnologia offre nei vari scenari e modalità d'impiego.

È necessaria questa educazione all'AI non solo per far capire come funziona il software, ma anche quali sono le implicazioni che il software avrà nel contesto nel quale verrà utilizzato. Per esempio: è sensato usare un software per decidere il tasso di recidiva? Come devono essere gestite le responsabilità per azioni o decisioni prese da un individuo aiutato da AI?

Una pubblicità televisiva chiedeva "ti piace vincere facile?" e mostrava una partita di calcio con in campo una squadra, composta da undici giocatori come di prammatica, che veniva affrontata da una squadra composta da centinaia di giocatori che invadevano la metà campo avversaria come uno stormo di cavallette. In una simile condizione, poco rileva il confronto sulla tecnica individuale, le strategie di gioco, eccetera. Ogni schema salta perché la quantità muta i termini della questione in modo radicale.

Questo è un primo punto fermo. La digitalizzazione di un'attività ne determina un incremento di scala estremamente significativo, tale da sconvolgere il significato originario. Una volta che una attività è dematerializzata e trattata immaterialmente con strumenti digitali, può beneficiare di diverse proprietà di base: riprodurre un bene materiale ha un costo variabile non trascurabile, così come immagazzinarlo e manipolarlo; inoltre, trasferirlo di luogo presenta costi elevati e richiede tempi non brevi.

Di contro, un "oggetto" immateriale può essere trasferito istantaneamente da un capo all'altro del globo con un costo marginale nullo, può essere "manipolato" da un computer, può essere copiato ed immagazzinato una infinità di volte con un costo marginale ancora nullo. Stiamo entrando (o siamo già immersi) in un contesto in cui le applicazioni informatiche sono istantanee,

mentre non lo è l'eventuale gestione giuridica: la dimensione immateriale contrae la dimensione temporale.

A ben vedere, quando la possibilità di diffusione delle informazioni era limitata dalla materialità dei supporti, solo pochi soggetti potevano permettersi di creare e gestire dei canali di comunicazione (editori) per i quali era prevista una speciale responsabilità che prevedeva (e prevede), tra l'altro, misure legali specifiche, come l'obbligo di rettifica e sanzioni rafforzate in caso di abuso dello strumento.

Di contro, la libertà di espressione dell'individuo, per sua natura confinata ad una platea ristretta, era massima. Non poteva estendersi molto al di là delle esternazioni al bar. Con l'avvento della digitalizzazione, forte delle caratteristiche ricordate sopra, si annulla questo divario tra la comunicazione individuale/di gruppo e la comunicazione di massa; in questo modo, qualunque individuo può raggiungere ad un costo marginale nullo ed in tempo reale platee persino più ampie di quelle raggiungibili da un editore ed il sistema regolamentare, che era disegnato per un mondo materiale, si trova messo alle strette per effetto del cambiamento di scala della velocità e della quantità. E così discorsi d'odio e bufale prosperano, con un significativo impatto sulla società e sulla politica.

L'Intelligenza Artificiale gioca un ruolo in questo scenario perché, grazie a sistemi di classificazione usati per fare raccomandazioni, determina la distribuzione e visibilità dei contenuti e delle interazioni degli utenti con questi contenuti.

Rosso di sera, bel tempo si spera

Questo proverbio condensa il principio di funzionamento del machine learning che alimenta le principali applicazioni di intelligenza artificiale: si osserva il colore del cielo in un particolare momento del giorno, per predire che tempo fa-

rà il giorno dopo. Il tutto però è racchiuso da un senso di precarietà e speranza, ad evidenziare che nulla è certo al 100% ma che anche le più semplici predizioni sono legate ad una risposta che deve racchiudere una percentuale di errore. "Rosso di sera, bel tempo si spera" è un modello statistico generato dall'osservazione di dati dalla realtà, usato per fare predizioni.

Se anziché il colore del cielo considerassimo le caratteristiche di un appartamento (mq., piano, classe energetica, quartiere) e come al variare di queste, una casa cambi il suo prezzo, possiamo immaginare un modello statistico che parta dall'osservazione di dati della realtà per essere usato per fare predizioni e quindi rispondere alla domanda "un appartamento con queste caratteristiche, quanto costa?". O ancora, se anziché il colore del cielo o il valore della superficie, partissimo da caratteristiche di una cellula (densità, forma della membrana cellulare, forma e densità degli organelli in essa contenuti) e trovassimo le correlazioni con la probabilità che essa sia malata, siamo in grado di usare questo modello per predire i tumori.

È bene evidenziare un punto: sebbene si dica spesso che Internet sia uno strumento di disintermediazione, non è così. Internet è uno strumento di reintermediazione con caratteristiche diverse (quelle ricordate sopra). L'intermediario è il social network con il suo sistema AI, invisibile ma sempre presente, che gestisce la diffusione dei contenuti e le interazioni delle persone. I nuovi intermediari hanno un obiettivo – la massimizzazione dei profitti – strettamente legato da una AI all'aumento di polarizzazione e conflittualità, contrariamente all'obiettivo di ogni comunità sociale che è tendere alla coesione ed alla tranquillità. Per questo, presto o tardi, la politica finirà per regolamentare questi intermediari e l'uso che essi fanno dell'IA.

Un altro esempio preclaro di come un cambiamento di scala cambi la natura dell'attività si ha con i cartellini dei fotosegnalati. Le forze dell'ordine conservavano in modo materiale circa 50mila cartellini di persone che per qualche ragione erano reputate meritorie di particolare attenzione. Le fotografie fisiche erano raccolte in un archivio con dei cartelli recanti i dati caratteristici. In caso di necessità, tali dati venivano confrontati con quelli di un sospetto per procedere al reperimento della foto. Questa attività è stata naturalmente digitalizzata e la gara d'appalto per il sistema prevedeva di poter gestire 100mila cartellini. Una dimensione congrua con il fatto che nelle carceri italiane vi sono circa 60mila detenuti.

Dato che il costo marginale di elaborazione è nullo, così come il costo di archiviazione, le ultime notizie ottenute con una richiesta di accesso civico (il cd. "FOIA", introdotto in Italia nel 2013 sul modello del *Freedom Of Information Act* statunitense) dicono che, dopo varie iterazioni, il sistema è stato oggetto di un semplice "upgrade" hardware (è immaginabile un costo assai contenuto) e che il numero di soggetti presenti nell'archivio è pari a 9 milioni¹: un numero pari a circa un sesto della popolazione italiana adulta. Gestire a mano 9 milioni di schede è praticamente impossibile. Farlo con un computer che grazie all'AI può aumentare le nostre funzioni (di sorveglianza, in questo caso) è decisamente cosa fattibile e poco costosa.

I britannici hanno dei furgoni posti nelle vicinanze di luoghi sensibili che riprendono i passanti a loro insaputa con delle telecamere nascoste. Le immagini acquisite vengono confrontate in tempo reale con quelle presenti in un database di criminali fotosegnalati e le persone così individuate vengono fermate.

¹ Risposta dell'On. Sibillia all'interrogazione 4/04528, presentata dall'On. Sensi il 21/1/2020

Ma questi sistemi funzionano? Sì e no. Dipende dai punti di vista.

Come è già stato spiegato, i sistemi che si basano su tecniche statistiche vanno valutati da due punti di vista chiamati recupero e precisione. Chiaramente, se fossimo in un regime che non rispettasse i diritti civili, si potrebbe tarare il sistema per avere un alto recupero, ovvero per identificare un gran numero di criminali. Anche se prenderebbe nella rete tanti innocenti.

Viceversa, se si configurasse il sistema per minimizzare o annullare la percentuale di innocenti erroneamente ritenuti criminali, più in linea con i valori europei, molti criminali non verrebbero riconosciuti.

I risultati di una richiesta FOIA di accesso civico ai dati di performance del sistema britannico parlano chiaro: il 96% delle persone fermate erano innocenti². Un ragazzo che si copriva la faccia per evitare di farsi controllare è stato fermato per ostacolo alle forze dell'ordine e multato.

I politici spesso hanno aspettative taumaturgiche nei confronti della tecnologia e, installando sistemi di riconoscimento facciale, possono dire agli elettori di avere fatto qualcosa per risolvere un problema di sicurezza (magari inesistente, la cui percezione hanno contribuito a creare, peraltro assumendo come implicita l'equiparazione tra sorveglianza e sicurezza). In alcuni luoghi, politici più competenti e lungimiranti hanno vietato l'utilizzo di queste tecnologie. Ad esempio, a San Francisco, nel cuore della Silicon Valley che vive di tecnologia.

² TIM CUSHING, *New Data On London Metro Police Facial Recognition Tech Shows It's Still Wrong 96 Percent Of The Time*, 9 maggio 2019, in <https://www.techdirt.com/articles/20190506/13533942150/new-data-london-metro-police-facial-recognition-tech-shows-still-wrong-96-percent-time.shtml>.

In ragione di velocità e scala diversa, come è cambiata la natura della comunicazione da individuale a personalizzata di massa, così è cambiata la natura del controllo delle persone, da individuale a massiva, senza una riflessione politica sulle conseguenze del passo che si stava compiendo e senza un adeguamento regolamentare, quanto mai opportuno secondo il gruppo di esperti ad alto livello sull'Intelligenza Artificiale istituito dalla Commissione Europea, che scrive:

«L'IA permette a organismi pubblici e privati di identificare in modo sempre più efficiente le singole persone.

Esempi degni di nota di una tecnologia scalabile di identificazione tramite IA sono il riconoscimento facciale e altri metodi di identificazione involontaria che utilizzano dati biometrici (ad esempio il rilevamento della menzogna, la valutazione della personalità in base a micro-espressioni e il rilevamento automatico della voce).

Identificare una persona talvolta è un atto auspicabile e rispettoso dei principi etici (ad esempio nei casi di frode, riciclaggio di denaro o finanziamento del terrorismo). L'identificazione automatica tuttavia desta enormi preoccupazioni di natura sia giuridica che etica, in quanto può avere effetti non previsti sotto molti aspetti a livello psicologico e socioculturale. Per salvaguardare l'autonomia dei cittadini europei è necessario ricorrere alle tecniche di controllo tramite l'IA in modo proporzionato. Definire chiaramente se, quando e come l'IA può essere utilizzata per l'identificazione automatica degli individui e differenziare tra l'identificazione di un individuo e la sua tracciatura e localizzazione, e tra sorveglianza mirata e sorveglianza di massa,

sarà fondamentale per ottenere un'IA degna di fiducia³».

Di contro, la Cina viene spesso indicata come il luogo dove la AI viene sfruttata per il controllo di massa, andando ad attribuire punteggi o schedare persone che compiono atti illeciti o degni di biasimo.

In conclusione, le nuove possibilità del software di fare – grazie alla AI – attività di percezione e classificazione spostano il perimetro di ciò che prima era realizzabile dagli umani. Una volta portate tali attività nel dominio delle macchine, grazie all'aumento della velocità di elaborazione e grazie ai costi marginali nulli di archiviazione ed elaborazione, si determina un cambiamento di scala che non è più confrontabile con quanto avveniva in precedenza e che conseguentemente mette alle corde il quadro regolamentare pensato per un regime diverso, più lento e limitato.

Se i principi fondamentali rimangono attuali, devono essere riscritte le norme che li attuano. Ad esempio, non è in discussione il principio di “libertà di manifestazione del pensiero”, ma mancano le norme che lo attualizzano al quadro tecnologico. Se ciò non accade, l'adattamento sarà molto lento e avverrà per opera della giurisprudenza, come già è avvenuto per responsabilità su Internet, copyright, ecc., però con costi economici e sociali rilevanti dato il prevedibile moltiplicarsi delle questioni da dirimere e la relativa incertezza.

³ GRUPPO DI ESPERTI AD ALTO LIVELLO SULL'IA, *Orientamenti Etici per un'IA Affidabile*, Bruxelles, 2019, p. 41.



Andrea Simoncini

Professore ordinario di Diritto costituzionale, Dipartimento di Scienze Giuridiche (DSG) dell'Università degli Studi di Firenze. Mail: andrea.simoncini@unifi.it.

Il rischio più grave dinanzi alla fase di trasformazione tecnologica che ci troviamo a vivere è quella di cedere alla ipersemplicizzazione manichea che oggi divide il dibattito sull'AI tra *tecnocentusiasti* e *tecnocatastrofisti* (o se vogliamo, tra "apocalittici e integrati" per echeggiare il famoso saggio di Umberto Eco del 1964). I primi, certi della proporzionalità diretta tra progresso tecnico e sviluppo della libertà, i secondi, invece, altrettanto certi della relazione inversa. Non si può negare, d'altronde, che la "narrazione collettiva", come si usa dire, abbia seguito queste due polarità. Siamo passati da una enfasi quasi "messianica" sulla capacità della tecnologia digitale di potenziare la libertà e, conseguentemente, le basi stesse della democrazia, ad una fase – quella attuale – in cui prevale una percezione distopica delle nuove tecnologie, sempre più avvertite come forze senza controllo e responsabilità.

Per avviare una riflessione seria e razionale su questi temi, dunque, occorre, innanzitutto, rifiutare questa dicotomia come assoluta e inevitabile. La modernità – per riprendere un importante saggio di Bauman del 1993 – è intrinsecamente *ambivalente*. Non possiamo, infatti, disconoscere l'utilità rivoluzionaria della trasformazione digitale avviata da Internet, dai *big data*, dalle tecniche di *machine learning*, con la conseguente "rinascita" dell'AI. D'altra parte, come è ben noto alla antropologia (si pensi ai lavori di Leroi-Gourhan), ogni nuovo sviluppo tecnico lascia una impronta culturale indelebile e, dunque, giuridica. Ed è qui che si deve aprire la nostra riflessione. Difatti, alcuni di questi sviluppi stanno producendo effetti negativi pro-

prio sul piano di quelle libertà che intendono potenziare e, questione ancor più delicata, altri effetti potenzialmente negativi oggi non sono neppure chiaramente percepiti ovvero percepibili in tutta la loro portata. La rapidità della evoluzione tecnica è tale da eccedere – in alcuni settori – la stessa capacità umana di spiegazione ovvero di controllo. Per riprendere un principio giuridico nato – non a caso – nel diritto dell'ambiente, ci troviamo in una situazione di incertezza, di deficit conoscitivo, dinanzi a possibili conseguenze indesiderate derivanti dallo sviluppo tecnologico. Non è quindi possibile adottare un approccio dicotomico (libertà assoluta o divieto assoluto), ma occorre affidarsi ad un principio *precauzionale*. Ritengo, per venire alla nostra questione, che l'impatto della AI sul diritto e sui diritti sia ambivalente. In parte, essa può potenziare le facoltà individuali e collettive e, dunque, porsi come un amplificatore della libertà umana, ma allo stesso tempo essa può recare danni anche molto rilevanti. Orbene, laddove questi danni siano chiari ed evidenti, è altrettanto chiaro quale debba essere la reazione dell'ordinamento: il divieto. Il caso più diffuso e problematico da esaminare è quando non abbiamo informazioni sufficienti per determinare se tali effetti negativi si produrranno ovvero in che misura, ovvero ancora quando questi effetti, negativi a livello individuale, comportino delle utilità collettive su larga scala.

È qui, a mio avviso, che si pone la questione fondamentale per il diritto costituzionale contemporaneo; questione che deve essere affrontata affidandosi ad un approccio *precauzionale*, intendendo con questo termine quel principio per cui l'incertezza sui possibili effetti negativi di una determinata tecnologia, ovvero l'incertezza sulla sua possibile utilità, non possono essere argomenti sufficienti a giustificare l'assenza di regolazione.



Detto altrimenti, occorre sempre prevedere una forma di regolazione *giuridica* per quelle tecnologie delle quali ancora non è chiaro ovvero quantificabile il potenziale offensivo.

Due precisazioni si impongono. La prima, è che tale principio, avendo come obiettivo la protezione delle libertà fondamentali, si pone ad un livello intrinsecamente *costituzionale*; nel senso che è destinato a precedere e guidare la legislazione ovvero le altre forme di regolazione.

La seconda è che con il termine “forma di regolazione” non si intende necessariamente la “legislazione nazionale” ovvero il “diritto europeo” ovvero altra forma di normazione pubblica; ben si può utilizzare tutto lo spettro delle diverse modalità attraverso le quali l’interesse “politico” superindividuale può ordinare i comportamenti individuali (dal cosiddetto *hard-law* alla *soft-law*).

In ogni caso, però, il principio che chiamerei di “precauzione costituzionale”, impone che non si possa lasciare alla spontanea “mano invisibile” del mercato ovvero alla “sola” auto-regolazione, la definizione delle responsabilità o dei limiti nel mondo della tecnica.

In questo senso, la grande “esplosione” – anche numerica – di “documenti”, “carte”, “linee guida” ovvero di altri strumenti riguardanti l’AI, accomunati dalla qualificazione “etica” (si veda l’utile *Sourcebook* recentemente predisposto da Marc Rotemberg per conto di EPIC.ORG) è un fenomeno che deve far molto riflettere. Esso esprime, infatti, quella ambivalenza di cui parlavamo. Da un lato, dimostra che oggi sono chiaramente percepiti i rischi connessi allo sviluppo di certe tecnologie, richiedendo l’adozione di *standards* uniformi di comportamento rispettosi dei valori fondamentali; dall’altro, si ha timore – o difficoltà – ad immaginare risposte di natura dichiaratamente *giuridica*, dunque, anche, *giustiziabile*.

Chiarita questa premessa penso di poter più rapidamente rispondere agli altri temi sollecitati.

A mio avviso la regolazione dell’AI deve avvalersi di un mix di strumenti.

Da un lato, è certamente possibile estendere interpretativamente fattispecie esistenti alle nuove possibilità offerte dalle tecnologie, dall’altro occorre “inventare” nuove strategie di regolazione.

Un esempio, può aiutarci a comprendere; pensiamo alla vicenda della disinformazione *online* (nota come *fake news*); da un lato, dinanzi ad un soggetto che “dolosamente” renda disponibili in rete dei contenuti falsi, ovvero ne falsifichi il contesto, per ottenere un qualsiasi tipo di vantaggio politico, economico, o anche solo ideologico, mi pare si possano estendere senza problemi fattispecie criminose esistenti (si pensi alla diffamazione, alla truffa, al procurato allarme, etc.). Il problema pratico è che spesso non è semplice trovare chi ha consapevolmente caricato la notizia o l’informazione sapendo che è falsa, pur di ottenere tali scopi; ma laddove si riuscisse a rintracciarlo, non necessitiamo di ulteriori fattispecie penali. Il problema del tutto nuovo nasce dinanzi alla cosiddetta “viralità”, cioè al fenomeno per cui migliaia di altre persone, che ben possono essere ignare della falsità originaria, replicano la comunicazione semplicemente perché questa rafforza convinzioni (o pregiudizi) che la persona ha già a prescindere dalla informazione, creando un effetto “valanga” che nei motori di ricerca automatizzati genera l’ulteriore effetto *loop* di rendere più visibile la stessa notizia, amplificando così il suo effetto “virale”.

Questo fenomeno, estremamente pericoloso, profondamente impattante sulla corretta formazione dell’opinione pubblica, è reso possibile dalle nuove tecnologie, ma eccede le possibilità



di una estensione interpretativa; richiede, dunque, una normazione specifica.

Quale normazione?

Questo è il problema più serio per i giuristi.

Molto spesso per poter regolare questi ambiti occorre una conoscenza tecnico-scientifica che coloro che sono incaricati di scrivere le regole non hanno.

Questo ha fatto sì che in molti casi si sia chiesto ai tecnici stessi (ingegneri, fisici, informatici, *computer scientists*) di scrivere le proprie regole; analogamente, alcuni grandi soggetti privati che detengono la maggior parte dei dati nel mondo necessari per poter elaborare gli algoritmi di intelligenza artificiale (le cosiddette Big Tech), hanno deciso di adottare proprie strategie di regolazione (si pensi allo Ethical Committee di Google – fallito appena nato – o all’Oversight Board di Facebook o analoghe strutture).

È evidente il limite intrinseco di queste forme di *self-regulation*: la *cattura* della regolazione da parte del regolato. Anche volendo concedere la massima buona fede a questi tentativi, essi mancano di un requisito fondamentale: l’indipendenza e la terzietà di chi pone le norme di garanzia e di chi le fa rispettare. Penso, quindi, che la prospettiva più costruttiva sia quella di una eteronormazione di matrice politica (europea-nazionale-locale) che ponga la disciplina *di principio* e lasci l’attuazione a forme di autoregolamentazione assistite, però, da Autorità di garanzia indipendenti.

In buona sostanza, un meccanismo analogo a quello realizzato dalla *prima* legislazione sulla privacy (oggi il GDPR, avendo voluto sostituire la legislazione di principio con norme auto-applicative ha finito per creare molti più varchi): uno schema normativo in cui, a norme giuridiche di principio poste da autorità politiche pubbliche, segua una fase di attuazione normativa in cui vengano coinvolti gli stessi destinatari del-

le norme a fianco di autorità indipendenti tecnicamente esperte dotate di poteri di controllo e co-regolazione.

In questo senso, quindi, penso che se i principi debbano essere comuni le declinazioni non possano che essere differenziate per settore: l’impiego della AI nei sistemi sanitari non può avere le stesse regolazioni che nel campo dei trasporti, della prevenzione del crimine o delle tecniche in agricoltura.

In conclusione, tutte queste proposte regolative hanno in comune un problema di natura eminentemente educativa. Il problema nasce dalla separazione dei saperi che ormai ha destrutturato i sistemi educativi e soprattutto quelli superiori.

Molto spesso i valori e i principi che il diritto cerca di difendere – pensiamo all’area delle libertà fondamentali – sono del tutto ignorati nella formazione di chi poi professionalmente si troverà a progettare e sviluppare quegli stessi strumenti tecnologici di cui stiamo parlando.

Oggi, la maggior parte dei problemi di “compatibilità” della tecnica con il diritto si pongono *dopo* che la tecnica stessa è stata creata (e spesso commercializzata). A questo punto è troppo tardi.

L’unico modo realmente effettivo per impedire la violazione dei diritti fondamentali è intervenire in via preventiva, alla fonte, cioè nel momento stesso in cui vengono pensate, strutturate, elaborate quelle macchine, quei programmi o quei codici che chiamiamo AI.

È quello che nel settore della protezione dei dati personali è stata chiamata “privacy by design”, ma che, a mio avviso, come principio va generalizzato ed anticipato come una più ampia tutela “by education”. I valori connessi alle libertà fondamentali debbono essere patrimonio comune non solo di chi professionalmente lavora

nei settori giuridici o giudiziari, ma, almeno per i principi basilari, anche in chi si occupa di tecnologia. È solo questa forma di educazione che può, da un lato, costituire un argine effettivo alle “involuzioni” e, dall’altro, potenziare la ricerca di quelle applicazioni davvero utili al genere umano.

W. S. F. - Forum



4. Medicina e giustizia: ambiti paradigmatici

4.1 La medicina

Maria Chiara Carrozza

Istituto di Biorobotica, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, Dipartimento di Eccellenza in Robotica e Intelligenza Artificiale, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa e Fondazione Don Carlo Gnocchi Onlus. Mail: m.c.carrozza@santannapisa.it

4.1.a Uno degli ambiti di riferimento a maggior impatto per lo sviluppo dell'IA è senza dubbio la medicina a partire dalla cosiddetta 'trasformazione digitale' incentrata sull'utilizzo dei dati disponibili attraverso opportune infrastrutture.

Certamente tale trasformazione inciderà sulla figura del medico e del ricercatore che opera in ambito clinico: in primis sul profilo formativo, le figure che opereranno nella sanità del futuro dovranno essere in grado di utilizzare la tecnologia, selezionare il dato, conoscerne le potenzialità.

La raccolta di "buoni dati" è alla base del funzionamento dei sistemi di AI in medicina: più un data base è ben strutturato e contiene un gran numero di informazioni, più è possibile cercare relazioni tra i vari set di dati per trovare correlazioni. Questo tipo di analisi ha un importante valore predittivo, il suo utilizzo in medicina può permettere di prevedere condizioni, situazioni e avvenimenti del futuro, con previsioni statistiche a livello di popolazione o anche in modo puntuale a livello di singolo individuo (la così detta 'medicina personalizzata').

Vi sono difatti numerosissime possibilità di impiegare algoritmi di IA nella medicina: dalla sperimentazione e ricerca traslazionale, alla medicina personalizzata, dalla diagnostica, dalla

tele-assistenza e tele-riabilitazione alla chirurgia robotica, dal supporto fino al potenziamento funzionale del paziente mediante robotica e sensori indossabili o impiantabili nel corpo umano. L'applicazione della IA in ambito medico ha avuto delle ricadute anche in termini di scelte di mercato promuovendo diverse realtà di imprese che hanno portato dell'innovazione in campo healthcare. Per esempio, nel contesto europeo stanno emergendo le cosiddette 'terapie digitali' che dimostrano come sia possibile un buon utilizzo dell'IA somministrando terapie integrate che possono cambiare la vita e migliorare le condizioni anche in presenza di gravi malattie croniche, guidando i pazienti verso comportamenti ottimizzati a seconda delle loro condizioni fisiologiche e cognitive. L'accesso alle terapie potrà avvenire attraverso opportune piattaforme che si presenteranno come applicazioni sugli smartphone.

Anche in medicina, forse soprattutto in medicina, è indispensabile che l'utilizzo di sistemi di AI venga validato dal contesto normativo, tutelando pienamente i diritti del paziente e che avvenga in senso eticamente orientato. La medicina è infatti, a mio avviso, uno dei settori in cui maggiormente emerge la necessità di dotare l'AI di una sovrastruttura valoriale, la cui bussola dovrebbe essere rappresentata dai principi di equità e uguaglianza, che si traducono in uguale accesso alle risorse, parità di trattamento.

4.1.b Nonostante la diffusione ampia e, per molti aspetti, positiva dell'utilizzo di sistemi di Intelligenza Artificiale in campo healthcare è importante precisare che la medicina resta comunque una prerogativa umana.

Tra medico e tecnologia deve piuttosto instaurarsi un rapporto di collaborazione orientato all'ottimizzazione del trattamento del

paziente in senso globale: dall'accuratezza e tempestività della diagnosi (data la capacità predittiva che caratterizza l'AI), alla somministrazione di una terapia sino alla riabilitazione post evento traumatico. Il rapporto medico – paziente, prima diretto, oggi è in un certo senso mediato dalla tecnologia: il robot utilizzato dal terapeuta durante una seduta di riabilitazione, l'app con cui il medico monitora lo stato di salute di un paziente, sono alcuni esempi di questo genere di mediazione. Entrando in modo così diretto in una dinamica relazionale tipicamente umana, è ancora più forte la necessità di costruire un perimetro normativo ed etico che tenga conto della centralità del paziente nel percorso di cura.

L'applicazione dell'IA a dati sensibili come sono certamente quelli connessi allo stato di salute di un paziente, ci impone una riflessione profonda sul senso del rispetto della privacy in connessione con lo sviluppo di sistemi che, come abbiamo ripetuto in diverse occasioni, si nutrono di dati. Bisogna essere in grado di ponderare gli interessi, tutelare i diritti senza limitare lo sviluppo tecnologico: tale assunto presuppone un bilanciamento delicatissimo. Sul tema sono intervenute le Istituzioni e lo stesso regolamento generale UE sulla protezione dei dati prevede un livello massiccio di tutela della riservatezza delle informazioni personali fornite in formato digitale. Alla luce degli sviluppi sul fronte dell'applicazione dell'Intelligenza Artificiale, è fondamentale monitorare con attenzione che nella pratica clinica, nei protocolli di ricerca, si mostri particolare attenzione alla garanzia non soltanto del diritto al consenso informato e alla libertà di scelta nella trasmissione di dati, ma anche quello di accedere ai dati trasmessi e di poterli modificare e verificare, conoscere in maniera completa, chiara ed esaustiva la finalità di

utilizzo del dato, la destinazione, se questi verranno inviati a terzi e soprattutto garantire il reale ed effettivo diritto del cittadino/paziente di revocare il proprio consenso.

Silvio Garattini

Presidente dell'istituto di ricerche farmacologiche
 "Mario Negri" IRCCS. Mail:
silvio.garattini@marionegri.it

L'intelligenza artificiale (IA) è ormai una realtà con cui dovremo fare i conti molto presto anche in campo biomedico. Attraverso l'IA sarà possibile, ad esempio, interpretare immagini con maggior probabilità di precisione rispetto a quella dei migliori esperti. Oltre a facilitare e migliorare la fase diagnostica, l'IA permetterà di adattare alla persona gli eventuali interventi terapeutici o riabilitativi, lasciando al medico relativamente poco spazio d'azione, se non quello di trasferire le informazioni al paziente con pochi margini di autonomia.

Si profila quindi un grande cambiamento che richiede urgenti interventi di varia natura: educativi, normativi e politici. Qui si discute degli aspetti su cui può intervenire il diritto per evitare che la giurisprudenza arrivi in ritardo e spesso nell'impossibilità di mettere "paletti" a situazioni ormai ampiamente acquisite.

Ecco alcune riflessioni sul tema:

Per quanto riguarda la medicina, l'IA fa parte oggi di attività di ricerca di tipo essenzialmente privato, mentre in futuro agirà non solo nella medicina privata, ma essenzialmente in quella pubblica, rappresentata dal Servizio Sanitario Nazionale (SSN). È quindi importante esercitare uno stretto controllo pubblico sull'IA, tenendo conto che molti algoritmi su cui si basa l'IA sono brevettati e segreti. Bisogna perciò essere in grado di ottenere la massima trasparenza anche sulle modificazioni che un determinato "oggetto" dell'IA subisce nel corso del tempo.

Poiché i vantaggi dell'IA in medicina sono evidenti, sarà bene concentrare l'attenzione sui pericoli, verso i quali è necessario attuare forme di prevenzione. Un primo problema è rappresentato dal "fai da te" che è già esploso con

l'avvento di alcuni interventi. La grande disponibilità di informazioni accessibili a tutti grazie a internet ha indotto molti ammalati - o presunti tali - a dettare al medico le prescrizioni di cui avevano bisogno, qualche volta magari senza sbagliare troppo. Di fronte a questa situazione, è facile da parte del medico ribadire che su internet si trova di tutto e quindi spetta al medico, che ha una specifica formazione, decidere che cosa sia giusto fare. Con l'IA il rapporto cambia, perché la selezione fra dati giusti e sbagliati è già stata fatta ed è difficile dire che i ragionamenti sui dati non siano stati fatti con sufficiente "intelligenza"!

Un secondo problema riguarda gli interessi ideologici non disgiunti da quelli economici che possono inserirsi nell'IA. Ad esempio, nell'ambito delle prescrizioni si possono privilegiare interventi o prodotti privi di evidenze scientifiche, come quelli promossi dalla cosiddetta medicina "alternativa" o integrativa.

Ancor più importante nell'ambito della medicina "ufficiale" è la possibilità di favorire interventi diagnostici non strettamente necessari, suggerire trattamenti farmacologici funzionali a specifici interessi industriali, prescrivere interventi chirurgici in eccesso per sostenere attività private o gli interessi di compagnie assicurative. L'avvento dell'IA sarà molto più veloce della capacità del medico di adattarsi alla nuova condizione della sua professione. È urgente perciò che i problemi posti dall'introduzione della IA vengano presentati e discussi fin dal primo anno della scuola di medicina, avendo cura di farne apprezzare i lati positivi – ad esempio quando si tratta dell'interpretazione di immagini complesse – ma al tempo stesso rendere edotti i futuri medici degli aspetti negativi. Non solo, è urgente anche un'adeguata formazione di chi già esercita la professione. Occorre sviluppare nel mondo medico un atteggiamento positivo per



ricercare nuovi compiti e ruoli che oggi non trovano spazio nella professione, come ad esempio una maggior attenzione allo studio e alla formazione permanente o ai problemi della prevenzione che non sono delegabili all'IA perché richiedono una motivazione e una volontà che solo il medico può indurre o agevolare nei suoi assistiti. Non si deve dimenticare che la prevenzione, attraverso la proposizione dei buoni stili di vita, è uno degli interventi essenziali per evitare malattie e quindi contribuire alla sostenibilità del SSN.

Un ultimo aspetto è che non si deve dare per acquisito il fatto che l'IA migliori necessariamente la medicina e i suoi risultati. È perciò importante mettere in atto al più presto adeguate sperimentazioni per stabilire il livello di salute in coorti di popolazione, in cui si segue la IA rispetto a coorti che non la utilizzano. Saranno necessari studi epidemiologici a vasto raggio per valutare l'andamento delle varie patologie, della durata di vita, della qualità di vita, nonché l'andamento dei consumi diagnostici, terapeutici e riabilitativi. La numerosità delle visite dei medici, del numero e della durata delle ospedalizzazioni saranno altri aspetti di studi che dovrebbero essere obbligatori. Tale controllo deve essere effettuato nel tempo, anche nel caso in cui l'impiego dell'IA sia generalizzato.

I problemi sono molti e non facili da risolvere, ma sono urgenti e pertanto è benvenuta la possibilità di discuterli.

Giovanni Muto

Dipartimento di Scienze Biomediche, Humanitas University.

Lorenzo Tosco

Dipartimento di Urologia, Ospedale Humanitas Gradenigo.

L'intelligenza artificiale (AI) è definita come una scienza ed un insieme di tecniche informatiche ispirate alla maniera in cui gli esseri umani utilizzano il loro sistema nervoso ed il corpo per percepire, imparare, ragionare e portare avanti azioni¹. I campi di applicazione di tali tecnologie sono molteplici come nel mondo della salute. L'AI è un tema sempre più diffusamente discusso nel mondo contemporaneo e non si tratta di un concetto puramente teorico o filosofico, bensì di una realtà in cui si sta investendo attivamente. L'interesse è talmente elevato che si è pianificata una strategia europea di sviluppo coordinato nel campo della AI. Alcuni stati membri dell'Unione Europea hanno già implementato delle strategie e stanziato dei fondi dedicati alla AI². Nel campo della medicina le applicazioni della AI possono essere molte tra cui la valutazione del rischio e della sua gestione, i sistemi diagnostici automatizzati, la personalizzazione dei piani di gestione clinica, la valutazione dell'efficacia terapeutica, l'assistenza automatizzata del malato, l'analisi epidemiologica per la valutazione del rischio della comunità, i sistemi di traduzione linguistica immediata per interagire con pazienti multilingue e non ultima l'automazione chirurgica. Si pensa che la AI potrebbe sostituire gradualmente l'essere umano in molte attività pratiche; nel campo della medicina si è previsto che intorno al 2050 potrebbero essere già disponibili tecnologie in grado di effettuare interventi chirurgici in autonomia³, ponendo a breve termine un traguardo che fino a non molto tempo fa veniva considerato fantascienza.

La professione medica ha come scopo per sua natura la risoluzione dei problemi di salute di uno o più soggetti. Essa si estrinseca attraverso dei passaggi obbligati. La patologia, infatti, deve essere primariamente definita attraverso l'interpretazione semeiologica (studio dei segni e dei sintomi), laboratoristica e/o strumentale tale da produrre una ipotesi diagnostica. Dalla diagnosi si passa alla valutazione delle possibili terapie (mediche e/o chirurgiche) allo scopo di ottenere un beneficio per il soggetto o la comunità affetta da tale patologia. La decisione terapeutica è basata sull'applicazione dei trattamenti con miglior efficacia basandosi sui dati di letteratura disponibili (evidence-based medicine, EBM). Tale iter rappresenta il cuore del processo decisionale ed operativo del medico-chirurgo che in molte delle sue componenti potrebbe essere sostituito dalla AI. Ci sono progetti di AI che hanno previsto l'analisi di enormi volumi di dati scientifici e la loro integrazione per ottenere una sintesi organizzata dei risultati al fine di avere una decisione basata sull'evidenza o perfino generare delle ipotesi nel campo clinico e della ricerca⁴. La professione medica dovrà necessariamente modularsi nel tempo, modificando il ruolo del professionista da attore principale a supervisore e coordinatore della AI nella gestione del paziente anche sotto l'aspetto chirurgico. Una figura nuova nel panorama medico risulterà il *trainer*, ossia un soggetto medico che "formi", immettendo dei dati basilari, il sistema di AI. La formazione accademica del medico potrà essere influenzata dalla AI, adattandosi ad essa sin dai primi anni di studio, rivolgendo l'attenzione più alle tecniche di controllo che all'esecuzione diretta della pratica clinica e tutto ciò potrebbe portare ad una involuzione di quello che oggi viene chiamato "intuito clinico". Non ultimo è il ruolo affettivo ed umano che il medico ha nei confronti del paziente.

L'avvento dei robot potrebbe compensare anche questa componente del rapporto medico-paziente, per mezzo dell'assistenza alla persona, basandosi sull'implementazione di robot anche antropomorfi. L'autonomia del medico è un punto essenziale nella gestione dei pazienti e la AI potrebbe ipoteticamente alterarne gli equilibri. L'autonomia del medico potrebbe variare entro un intervallo che va dalla totale autonomia umana, passando per un sistema che utilizzi la AI a supporto del medico, al medico che supporti la AI fino ad un grado di indipendenza tale da delegare completamente un'attività medica o chirurgica specifica alla AI. A questo climax ascendente di autonomia della AI probabilmente corrisponde la tendenza verso cui il progresso potrà orientarsi nel corso dei prossimi decenni. Tuttavia, bisognerà dimostrare la sicurezza della AI, il vantaggio in termini di costo-efficacia nonché la diffusibilità e la sostenibilità di tali tecnologie sul territorio e nel tempo.

Nel campo della ricerca l'AI renderà possibile la gestione di enormi flussi di dati (big data) altrimenti non approcciabili dalla mente umana o da sistemi informatici più semplici. L'aspetto interessante potrebbe essere l'integrazione di dati, anche per loro natura differente (biologia molecolare, dati ambientali, biometrici e clinici), per cercare dei parametri singoli piuttosto che dei raggruppamenti (cluster) di biomarker che risultino clinicamente significativi ai fini diagnostici e terapeutici. A tale proposito l'AI permetterà di studiare nuove molecole che possano diventare candidabili come terapie, nonché personalizzare il trattamento valutando il profilo dei pazienti secondo variabili multiple anche sotto l'aspetto molecolare. Nel campo della ricerca clinica, la possibilità di ottenere dati biometrici, preferenzialmente longitudinali, permetterebbe di studiare condizioni fisiologiche o patologiche nonché l'effetto delle terapie non

più da popolazioni selezionatissime di soggetti in condizioni notevolmente standardizzate, bensì dalla popolazione reale con la possibilità di controllare i numerosi effetti confondenti con nuove metodiche non necessariamente statistiche.

Anche il rapporto medico-paziente dovrà necessariamente evolvere con l'implementazione della AI. La crescente autonomia dei sistemi di AI sposterà l'equilibrio fiduciario del paziente dal medico al sistema medico-AI ed infine probabilmente all'AI. Il ruolo della comunità scientifica sarà quello di dimostrare l'attendibilità delle decisioni e delle procedure eseguite dall'AI, nonché l'affidabilità di tali sistemi trovando delle metodologie di certificazione che ne garantiscano l'utilizzabilità nella pratica clinica. Solo in questo modo si potranno delegare mansioni anche complesse in maniera da supportare il rapporto fiduciario tra paziente ed AI. Il paziente si troverebbe a formalizzare un consenso informato che preveda la presa di coscienza dei rischi nell'affidarsi all'AI, i quali potrebbero anche essere in parte imprevedibili. Tale imprevedibilità risulterebbe tanto maggiore quanto più la AI risultasse autonoma e dotata di auto-evolutività, diminuendo così l'intelligibilità degli algoritmi (black-box effect)⁵. A tale proposito, gli sviluppatori che si occuperanno della creazione e dell'implementazione di tali tecnologie dovranno prevedere anche un'attenta valutazione del rischio clinico. Tuttavia, quando pensiamo alla AI con un grado elevato di autonomia, capace per esempio di apprendere ed evolvere autonomamente (Machine Learning), ci troviamo davanti ad un problema di responsabilità. Il danno derivato dall'applicazione della AI potrebbe non essere più imputabile allo sviluppatore, perché il risultato della AI non deriverebbe più da una programmazione umana ma da una evoluzione indipendente della tecnologia. A tale

proposito, è difficile conciliare attualmente il concetto di consenso informato con l'AI e quindi sarà necessario che l'assetto legale evolva insieme all'AI, colmando le lacune legislative attualmente esistenti⁶. Nel percorso di maturazione dell'autonomia di tali tecnologie, i processi decisionali del medico e dell'AI resterebbero regolamentati, in maniera analoga a quanto avviene oggi, dalle linee guida condivise, con le conseguenti ricadute di carattere medico legale. Come già avviene per lo sviluppo e l'implementazione dei farmaci e delle nuove tecnologie/devices, le istituzioni nazionali e sovranazionali avranno un ruolo chiave di selezione e controllo a garanzia della popolazione. L'avvento dell'AI mette in questione il concetto dell'autodeterminazione della persona, intesa come indipendenza ed autonomia nel prendere una decisione. A tale proposito bisogna considerare che l'autodeterminazione viene garantita primariamente da una informazione completa e trasparente erogata al paziente che, nei limiti della propria capacità intellettuale e critica, potrà fare una scelta personale e libera. Sarebbe importante, altresì, garantire al paziente delle alternative non legate necessariamente a tale tecnologia, evitando un atteggiamento monopolistico della AI sulla società. In questa maniera si manterrebbe il ruolo del medico al centro della scelta, tutelando la libertà individuale. La AI cambierà radicalmente la medicina creando un nuovo modo di intenderla e viverla. Sarà un processo progressivo con molti rischi ma che potrebbe portare immensi benefici qualora il cambiamento avvenga nel rispetto dell'etica e della centralità dell'essere umano. Per tale motivo le comunità medica, giuridica e civile dovranno evolvere parallelamente all'AI per garantirne una costruttiva integrazione nella società.

Elettra Stradella

Professoressa associata di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Pisa. Mail: elettra.stradella@unipi.it

Credo che per rispondere a questi quesiti occorra partire in primo luogo dallo stato dell'arte tecnologico, e questo mostra il crescente e soddisfacente impiego dell'AI in ambito biomedico: dalle svariate applicazioni in ambito diagnostico (interpretazione dei tracciati elettrocardiografici, previsione di eventi correlati a patologie quali il diabete, o malattie autoimmuni), fino all'elaborazione di paradigmi Brain-Computer Interface (BCI) per l'interpretazione dell'attività cerebrale, settore ancora prevalentemente appannaggio della ricerca più che dell'applicazione medica.

Le condizioni di invecchiamento generale della popolazione, da cui deriva la necessità di confrontarsi con un ampio numero di persone anziane e non-autosufficienti, in molti casi affette da patologie croniche, rendono particolarmente utile il potenziamento di modelli diagnostici e di sistemi di monitoraggio, che in parte già beneficiano, e di più beneficerebbero, degli enormi vantaggi computazionali dell'AI, incidendo (anche) sulla sostenibilità dei sistemi sanitari.

D'altra parte, credo che sia essenziale, prima di concentrarmi sulla questione del rapporto medico-paziente, dell'autonomia della professione medica, e sulle trasformazioni del principio del consenso informato, sottolineare una prima criticità che l'utilizzo dell'AI in ambito sanitario pone, e che è più in generale rilevabile nei sistemi di intelligenza artificiale. In particolare, la presenza di bias derivanti dai dati messi a disposizione dei sistemi, e dunque i fenomeni di amplificazione delle esistenti discriminazioni, rischiano di produrre in ambito sanitario effetti di penalizzazione dei soggetti in relazione a caratteristiche personali ad alto grado di vulnerabili-

tà e stereotipizzazione, quali l'identità sessuale o di genere, l'origine etnica, l'appartenenza religiosa.

Ci sono esempi concreti di questo fenomeno: basti pensare agli algoritmi di previsione utilizzati negli Stati Uniti per l'individuazione di pazienti con esigenze sanitarie complesse (Obermeyer, 2019). In questo caso è stato recentemente mostrato come a un determinato livello di rischio i pazienti neri stiano peggio, siano più malati dei pazienti bianchi, e risolvere questa disuguaglianza sociale e assistenziale comporterebbe un aumento dei pazienti neri che ricevono ulteriori cure fino a quasi il 50%. Ma perché l'algoritmo utilizzato per scegliere verso quali pazienti destinare la spesa sanitaria, in questo caso, produce in maniera così evidente una disparità? Perché automaticamente prevede, e dunque richiede, minori costi per l'assistenza sanitaria per i pazienti neri rispetto ai pazienti bianchi. È probabile che questo derivi, ancora una volta, da una storia di disparità e discriminazioni: la tendenziale minore attenzione alla salute dei pazienti neri, sottoposti ad un'intensità di cura inferiore a fronte di sintomatologie o patologie analoghe o corrispondenti a quelle dei pazienti bianchi, si traduce in un algoritmo che paradossalmente, considerandoli meno bisognosi di cure, li condanna a peggiori condizioni di salute.

D'altra parte, le questioni relative alla qualità dei dati, e alla presenza di bias, sembrano assumere sempre maggiore rilevanza, anche nella riflessione dei tecnologi, ragione per cui non sembra irrealistico ritenere che nei prossimi anni sarà possibile progettare sistemi antidiscriminatori *by default* e *by design*, in grado di superare le criticità delineate.

Una volta limitate o risolte queste criticità, non resteranno dubbi sull'importante funzione predittiva dell'AI in ambito sanitario. Da questo

punto di vista, la capacità predittiva dei sistemi di AI sarà sempre più essenziale, a mio avviso, quando sarà utilizzata per una funzione che definirei: *ingegneristica, sistemica, epidemiologica*.

Basti pensare alla vicenda su cui si concentra in questi giorni tutta la nostra attenzione, il dilagare dell'epidemia di Covid-19, e all'impatto che su fenomeni del genere potrebbe avere l'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale.

Come è stato sottolineato da tecnologi e operatori dell'innovazione (Lambrecht, *Global Health and Life Sciences Practice – SAS*) l'AI può agire su diversi versanti: dalla rilevazione dei primi sintomi indicativi di una nuova epidemia prima che questa sia conclamata, con gli ovvi effetti di limitazione della diffusione del virus responsabile (sintomi che non sono necessariamente clinici), al completamento per i risultati clinici, le specifiche complicanze e le caratteristiche di una nuova epidemia, essenziale per consentire al sistema sanitario di rispondere con efficacia, fino all'utilizzo in attività di automazione rivolte a medici e cittadinanza (ad esempio *chatbot* per la segnalazione di sintomi, con capacità di raccolta di informazioni immensamente superiori a quelle che possono mettere in campo gli strumenti tradizionali quali "numeri verdi" o simili). Un simile utilizzo dell'AI in sanità, ed anche, in senso lato, nella ridefinizione del rapporto medico-paziente può condurre a risultati virtuosi quando inserito all'interno di un generale sistema di e-health.

Il discorso cambia quando da un utilizzo "ingegneristico", "sistemico" e "epidemiologico" si passa alla configurazione dell'AI come vera e propria "assistente cognitiva", che affianca il medico nelle attività diagnostiche e di cura.

Esempi già ne esistono: basti pensare a Watson, di IBM, programma di intelligenza artificiale rivolto agli oncologi per la definizione di cure (o-

sannato nel 2017 per la sua capacità di diagnosticare un tumore in dieci minuti, e vituperato un anno dopo in un'inchiesta della rivista *Stat* che ne metteva in luce la notevole fallibilità derivante, probabilmente, ancora una volta dai dati, perché le sue decisioni sarebbero state assunte sulla base di dati riguardanti un numero limitato di medici e pochi ospedali), o all' algoritmo "Medical Sieve": un sistema di "assistenza cognitiva automatizzata" dedicata a radiologi e cardiologi, disegnato per aiutarli proprio nella loro attività diagnostica e decisionale. Il sistema, raccogliendo dati clinici, documentali e derivanti da tecniche di *imaging* dei pazienti, li analizza rintracciando, se ve ne sono, anomalie. I risultati della sua ricerca alimentano un algoritmo che utilizza elementi provenienti sia da risultanze cliniche indipendenti del singolo paziente, sia da statistiche relative a pazienti simili, ovviamente nella misura resa possibile dalla potenza computazionale del sistema, per giungere ad una potenziale diagnosi differenziale che orienti il medico nella sua decisione.

Ma un recente stato dell'arte pubblicato su *Nature* mostra la molteplicità delle possibili applicazioni assistenziali e diagnostiche, tra cui il progetto di diagnosi umana *Human Dx*, strumento decisionale basato sull'AI che si avvale dei Big Data, accumulabili attraverso il *crowdsourcing* che coinvolge a livello globale medici e ricercatori. Il progetto ha ricevuto centinaia di migliaia di contributi da decine di migliaia di professionisti distribuiti in oltre 80 Paesi: l'idea è che l'intelligenza collettiva, potenziata dalla capacità computazionale che solo l'AI può mettere in campo, possa condurre ad un successo diagnostico incomparabile rispetto a quello conseguibile dai singoli medici posti di fronte al caso. (McCall, 2020).

È di queste ore la notizia di algoritmi (Alibaba) sviluppati proprio per l'individuazione



dell'infezione da Covid-19 in grado di diagnosticare in 20 secondi la malattia, grazie a sistemi di AI alimentati dai dati campione di più di 5.000 casi confermati di infezione: l'algoritmo batterebbe sul tempo dunque il medico, più lento nell'interpretare un'indagine tomografica e comunque bisognoso di numerose immagini.

Si potrebbero fare molti altri esempi, ma bastano questi, nello spazio a disposizione, per comprendere che l'interazione tra medico e AI pone una serie di problemi che riguardano in particolare la responsabilità del primo, da diversi punti di vista: quello privatistico della responsabilità derivante da danni provocati nei confronti di terzi; quello dell'*accountability* del medico, a cui si collega il rischio della deresponsabilizzazione che, in questo ambito, potrebbe tradursi in un appiattimento decisionale e diagnostico; e infine quello della responsabilità nella relazione di cura, da cui deriva il valore attribuito all'autodeterminazione del paziente.

Il primo punto di vista è quello più "tradizionale", sempre toccato quando ci si interroga sull'utilizzo della robotica e dell'AI, nei vari settori. Questo non significa che sia di immediata soluzione. Com'è noto la dottrina, con particolare riferimento all'ambito medico, utilizza l'art. 2050 del codice civile, cioè la fattispecie della responsabilità per l'esercizio di attività pericolose (Topi, 2016; Parziale, 2019), che pure potrebbe non ritenersi del tutto adeguata a descrivere le peculiarità dell'AI, la cui "pericolosità" non deriva certamente dall'oggetto dell'attività che, in questo caso, altro non sarebbe che la stessa attività diagnostica a cui è chiamato il medico, ma semmai dalle modalità con cui quell'attività è realizzata (statistiche, probabilistiche, matematiche, basate su dati le cui modalità di raccolta ed elaborazione non sempre sono chiare e definite, sia che siano *supervised* sia che siano *unsupervised*, ciò da cui

deriva il noto problema della c.d. *black box*). D'altra parte, nelle modalità sta la natura dei sistemi di AI, che sarebbero così considerati intrinsecamente pericolosi. D'altra parte, anche il richiamo all'opportunità di distinguere, nell'identificazione della responsabilità, tra attività concretamente esercitata dal medico e funzionamento del sistema, pone una serie di dubbi, derivanti in primo luogo dallo stretto legame che si instaura tra i due momenti quando l'AI abbia una funzione di "assistenza cognitiva", come si diceva sopra. È immaginabile di poter operare, magari in sede giudiziale, una quantificazione/qualificazione del contributo effettivamente prestato da parte del medico e, per converso, di quello derivante dalla "macchina"? Ha senso chiedersi se l'errore diagnostico sia derivato da un cattivo funzionamento dell'algoritmo, dai dati che ne hanno in parte determinato il risultato, dalla lettura che il medico ha dato del risultato e dall'applicazione che ha inteso farne? Ha senso immaginare di applicare all'AI categorie giuridiche come quelle dell'"oggetto difettoso"? Credo che le risposte a questi interrogativi debbano essere negative. Più logica mi sembra invece la considerazione per cui l'individuazione della responsabilità non sarebbe in fondo diversa da quella che avviene per qualsiasi tipo di decisione medica supportata da strumenti, informazioni, dati, che siano esterni all'autonoma capacità e percezione del medico. Dagli strumenti di diagnostica per immagini fino alle analisi del sangue, il medico si avvale abitualmente di qualcosa che è "altro da sé", ma non per questo è messa in discussione la sua responsabilità diagnostica e di cura; lo stesso potrebbe accadere con l'Intelligenza Artificiale. Il problema però qui è un altro, a mio avviso, e sta nel fatto che con riferimento all'AI risulta particolarmente difficile per il medico verificare



il corretto funzionamento del dispositivo di Intelligenza Artificiale, e dunque il vero rischio sembra essere quello, avanzato anche per l'utilizzo dell'AI nella decisione giudiziaria, di una deresponsabilizzazione di fatto del professionista, che inevitabilmente ricalcherà nelle sue valutazioni i risultati provenienti dal dispositivo intelligente, per la difficoltà di discostarsi da qualcosa che non è in grado di mettere in discussione razionalmente e fondatamente. Anche in questo caso allora, come nelle applicazioni giudiziarie, assume un ruolo centrale quel "diritto alla spiegazione" che si configura come diritto all'intervento umano come diritto in quanto tale, quindi sorretto da una reale comprensione della natura della decisione, medica in questo caso, dei processi che ne stanno a fondamento, del livello di automatizzazione, dei dati che ne hanno orientato il contenuto. Sappiamo che oggi molti *data scientists* stanno lavorando per aprire la *black box*, ma sicuramente il percorso non è compiuto.

La questione allora non riguarderebbe tanto o solo la responsabilità per danni causati nei confronti di terzi, ma la ridefinizione della *soggettività* stessa del medico.

Sotto questo profilo, pur con sfaccettature diverse, la questione della "*spersonalizzazione*" del rapporto medico-paziente si avvicina per certi versi a quella del rapporto giudice-imputato, e non riguarda soltanto la tematica, prettamente civilistica, della responsabilità del medico, rispetto alla quale non sono inedite infatti le fattispecie della responsabilità da "contatto sociale", o il c.d. "contratto di speditività", in cui il rapporto tra medico e paziente sembra concretizzarsi in un obbligo di prestazione sempre e comunque destinata, se esercitata a regola d'arte, a condurre verso la guarigione, come se l'eventualità della morte non venisse, in fondo, neppure presa in considerazione. Riguarda

soprattutto *la relazione*, e come il dispiegarsi della relazione è in grado di incidere sul diritto all'autodeterminazione dei pazienti.

È interessante, da questo punto di vista, la recente sentenza della Cassazione n. 10423 del 2019, in cui, a fronte della richiesta del ricorrente volta ad ottenere un ristoro non soltanto per il danno alla salute conseguente alla mancata informazione, ma per quello determinato dalla «lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica in sé considerato, rispetto al quale il carattere necessitato dell'intervento e la sua corretta esecuzione restano circostanze prive di rilievo», la Corte sottolinea, riprendendo i suoi precedenti, che «in tema di attività medico-chirurgica, è risarcibile il danno cagionato dalla mancata acquisizione del consenso informato del paziente in ordine all'esecuzione di un intervento chirurgico, ancorché esso apparisse, *ex ante*, necessitato sul piano terapeutico e sia pure risultato, *ex post*, integralmente risolutivo della patologia lamentata, integrando comunque tale omissione dell'informazione una privazione della libertà di autodeterminazione del paziente circa la sua persona, in quanto preclusiva della possibilità di esercitare tutte le opzioni relative all'espletamento dell'atto medico e di beneficiare della conseguente diminuzione della sofferenza psichica, senza che detti pregiudizi vengano in alcun modo compensati dall'esito favorevole dell'intervento». E com'è noto quando la Corte costituzionale, nel 2008, afferma la fundamentalità del diritto al consenso informato, ne definisce il contenuto nella «sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute». Dunque se l'attività del medico trova il suo fondamento nel consenso, e il consenso, per come costruito dalla giurisprudenza, è chiaramente definito attraverso la relazione che si instaura tra medico e paziente, non risolvendosi in una

Forum

mera attività informativa o un adempimento burocratico, ma il consenso non soltanto è funzionale all'attuazione del diritto all'autodeterminazione, ma quest'ultimo ne definisce il contenuto stesso, possiamo dire che la professione medica abbia una specificità che sta nelle modalità con cui può essere misurato il risultato dell'azione finalizzata alla tutela del diritto alla salute. Come scrive la Cassazione l'assenza del consenso informato rende «irrelevante il fatto che l'intervento medico sia stato eseguito in modo tecnicamente e oggettivamente corretto».

AS

Il pregiudizio arrecato al paziente non informato, non ascoltato, limitato nella sua autodeterminazione, non troverebbe compensazione, in questa visione, nell'esito favorevole dell'intervento chirurgico, nel caso di specie, in generale nella cura. Ciò significa che il compito del medico non è soltanto quello di compiere un'attività diagnostica, di prendere delle decisioni di cura ed applicarle, e, in fin dei conti, non è neppure soltanto quello di guarire, ma si sviluppa, come detto, nella dimensione relazionale.

4. Medicina e giustizia: ambiti paradigmatici

4.2 La giustizia

Massimo Luciani

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Roma – La Sapienza. Mail: massimo.luciani@uniroma1.it

4.2.a Dipende dal suo uso concreto.

La semplice utilizzazione di repertori indicizzati pone meno problemi, anche se si deve considerare che, se non critica e sorvegliata, essa finisce per introdurre uno strisciante vincolo al precedente, per limitare l'adattamento degli indirizzi giurisprudenziali al mutare della realtà sociale e per incidere nelle attitudini culturali del magistrato (che tende ad acquietarsi nella raccolta dei precedenti, trascurando l'approfondimento sulla dottrina e lo studio dei contesti).

Diversa è l'ipotesi dell'affidamento all'AI di una parte del lavoro del giudice, ad esempio quanto alla determinazione della misura di una sanzione in base a paradigmi prefissati. Va da sé che in questo caso sarebbe pregiudicato quel principio di adeguatezza in concreto sul quale tanto ha insistito la nostra Corte costituzionale nella sua giurisprudenza sulle pene fisse. E l'esperienza pratica già maturatasi in alcuni ordinamenti non induce all'ottimismo (si registrano, infatti, casi di paradossale discriminazione).

4.2.b In parte vale la risposta al quesito precedente. Quanto alla possibilità di sostituire un giudice umano con un giudice *robot*, fosse pure per controversie bagatellari, sono contrario. Il processo decisionale diventa, così, imperscrutabile, risolvendosi la sua eventuale critica nella difficilissima contestazione (non già della logica di un argomentare giuridico, ma) di un algoritmo. Operazione, questa, che sfugge al giurista e

che meglio compete al tecnico, con conseguenze agevolmente intuibili anche quanto al posizionamento sociale degli operatori del diritto.

Alessandro Pajno

Presidente Emerito del Consiglio di Stato e docente di diritto processuale amministrativo, Luiss Guido Carli.
 Mail: a.pajno@giustizia-amministrativa.it

L'AI incontra la giustizia sia come sistema complesso istituzionale, sia come singolo processo, volto ad attribuire il bene della vita ad uno dei contendenti o a stabilire l'innocenza o la colpevolezza dell'imputato.

Sotto il primo profilo, va rilevato che il rapporto fra AI e funzionamento del sistema giudiziario è iniziato da tempo attraverso la progressiva dematerializzazione dei documenti e l'introduzione del processo telematico in grandi settori, come il processo civile e quello amministrativo. L'innovazione tecnologica è stata, all'inizio, vista come elemento decisivo per l'aumento dell'efficienza; successivamente si è realizzato uno spostamento sul potenziale cognitivo dell'innovazione, grazie alla capacità computazionale degli strumenti algoritmici. Una utilizzazione accorta di questi sistemi può consentire di fornire risposte a problemi prima risolti con strumenti soltanto normativi, quali la riduzione del contenzioso attraverso rimedi alternativi automatizzati, la riduzione del margine di errore attraverso la valutazione preventiva del rischio di soccombenza, la riduzione dei tempi attraverso la trattazione automatizzata delle controversie seriali, la riduzione del margine di differenziazione geografica delle risposte alle domande di giustizia. La trattazione attraverso strumenti algoritmici di controversie civili di modesto valore può essere considerata accettabile solo in presenza di una preventiva consapevole accettazione delle parti. Va, peraltro, tenuto presente che, a fronte delle applicazioni algoritmiche a contenuto probabilistico, la decisione non deriva semplicemente dal ragionamento deduttivo, ma è basata sulla considerazione di una pluralità di elementi. Una situa-

zione del genere implica necessariamente l'accettazione del margine di errore.

Sotto il secondo profilo, anche il processo è chiamato a confrontarsi con la rivoluzione digitale. Significativo appare l'apporto fra strumenti algoritmici e formazione della prova, specie nel processo penale. L'impiego di tali strumenti può comportare una opacità del dato probatorio, anche in relazione all'asimmetria conoscitiva delle parti nel processo, legata nella tradizione italiana (ed anche in quella di altri paesi), alla presenza di una parte pubblica. Tale opacità rischia, alla lunga, di sottrarre la prova stessa al confronto dialettico fra le parti. Risulta, pertanto, indispensabile valorizzare, in ogni sua forma, il principio di parità delle armi nel processo.

La prova algoritmica può presentare rischi di innattendibilità legati al piano della teoria scientifica sintetizzata nell'algoritmo e rischi legati alla stessa costruzione di quest'ultimo. Il contraddittorio processuale dovrà, pertanto, riguardare entrambi questi profili.

Con riferimento all'indipendenza del giudice deve essere preso in considerazione l'impatto che gli strumenti di *open access* associati allo strumento algoritmico potrebbero avere sul valore del precedente. È stato segnalato che l'esistenza di una rete neurale che raccolga l'insieme dei precedenti, anche non vincolanti, potrebbe in qualche modo compromettere l'evoluzione giurisprudenziale, scoraggiando il ricorso a posizioni non assistite dal consenso prevalente, così mettendo in discussione l'affermazione, nella stessa giurisprudenza, di nuovi paradigmi interpretativi.

Un ruolo specifico deve essere riconosciuto al processo amministrativo come luogo del sindacato sul potere pubblico quando si serve di algoritmi. Assume, così, rilievo il sindacato giurisdizionale sulle decisioni amministrative algoritmiche, rispetto alle quali la giurisprudenza



amministrativa (Cons. St., 2270/2019; 8472/2019), se da una parte ha segnalato che la relativa utilizzazione va ritenuta una doverosa declinazione dell'art. 97 Cost., ha, dall'altra precisato che:

- 1) l'utilizzo di procedure informatiche non può costituire elusione dei principi che regolano lo svolgimento dell'attività amministrativa;
- 2) non vi sono ragioni per limitare l'uso dell'algoritmo all'attività vincolata;
- 3) l'attività amministrativa algoritmica è soggetta ai principi di piena conoscibilità, di non esclusività della decisione algoritmica (è sempre necessaria la partecipazione umana), di non discriminazione algoritmica.

Anche se la giurisprudenza amministrativa va elaborando principi rilevanti in materia, rimangono moti punti da approfondire, tra cui quello relativo alla conoscibilità dell'algoritmo anche in relazione alle esigenze di riservatezza delle imprese produttrici ed alla stessa possibilità di un sindacato a fronte del *deep learning*.

È stato, altresì, osservato che il diffondersi di strumenti di *quantitative legal prediction* potrebbe provocare anche nei sistemi europeo-continentali il rischio di una rigida centralizzazione del precedente e potrebbe indurre nel singolo giudice il timore di discostarsi dalla decisione preconizzata dallo strumento predittivo, con conseguenze sull'indipendenza del medesimo giudice. Si ritiene, tuttavia, che la tradizione e la cultura dell'indipendenza, ben presenti nell'ordine giudiziario del Paese, costituiscano un antidoto rispetto al rischio prospettato.