

NASCERE E MORIRE TRA DIRITTO POLITICO E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE

di *Chiara Tripodina*

Quando le cose necessarie non sono fatte da chi toccherebbe,
o non son fatte in maniera da poter servire,
nasce ugualmente, in alcuni il pensiero di farle,
negli altri la disposizione ad accettarle, da chiunque sian fatte.

(A. Manzoni, *Storia della colonna infame* (1842), cap. II)

SOMMARIO: 1. Nascere e morire: “casi difficili” – 2. Sul nascere: le tappe e i soggetti della disciplina della procreazione medicalmente assistita – 2.1 Corte costituzionale: la sentenza 347 del 1998 sulla necessità costituzionale di una legge in materia di procreazione medicalmente assistita – 2.2. Parlamento: la legge 40 del 2004 recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita – 2.3. Referendum abrogativo del 2005: il tentativo (fallito) di abrogare la legge 40 del 2004 – 2.4. Corte costituzionale: l’ordinanza 369 del 2006 (meramente processuale) sul divieto di diagnosi preimpianto – 2.5. Corte costituzionale: la sentenza 151 del 2009 sulla produzione di embrioni in un numero strettamente necessario «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» – 2.6. Giurisprudenza: soluzioni interpretative per consentire la diagnosi preimpianto alle coppie sterili o infertili e tentativi creativi per consentirla anche alle coppie fertili – 2.7. I ricorsi per la dichiarazione di incostituzionalità della fecondazione eterologa, le sentenze della corte di Strasburgo e l’ordinanza 150 del 2012 della corte costituzionale – 3. Sul morire: i casi *Welby* ed *Englaro* e il diritto all’autodeterminazione terapeutica nelle fasi finali della vita – 3.1. L’articolo 32, II comma, della costituzione e il diritto al rifiuto delle cure – 3.2. Il diritto al rifiuto delle cure di persona capace e cosciente: il caso *Welby* – 3.3. Il rifiuto delle cure per persona non più capace e in stato di incoscienza: il caso *Englaro* – 3.4. Il disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate: profili di illegittimità costituzionale – 4. Conclusioni: il “buon legislatore” nell’età della tecnica.

1. Nascere e morire: “casi difficili”?

Nascere e morire: ancora cinquanta anni fa – fino a tutti gli anni Sessanta del Novecento – parlarne in termini di “casi difficili”⁽¹⁾ avrebbe destato stupore. Talvolta poteva essere difficile nascere o morire, fatica e sofferenza essendo spesso compagne dell’uomo nel suo passaggio tra le soglie della vita. Ma, dal punto di vista del diritto, cosa mai avrebbe dovuto esserci di difficile: si nasceva, si moriva, che altro?

La nascita e la morte divengono “casi difficili” per il diritto nel momento in cui escono dalla sfera degli accadimenti naturali per divenire oggetto di artificio e dunque di scelta. Quando la tecnica rende possibile il concepimento di un figlio, laddove la natura non lo permetterebbe; quando la scienza medica consente di mantenere a oltranza una vita, laddove la natura farebbe soprallungare la morte, nascere e morire cessano di essere solo fatti di cui prendere atto per divenire diritti da rivendicare: il *diritto a procreare artificialmente* e il *diritto a morire naturalmente*. “Diritti dell’età della tecnica”⁽²⁾, precipitato delle nuove possibilità o necessità che il progresso della scienza medica ha posto dinanzi agli uomini e che della sequenza delle generazioni dei diritti rappresentano l’ultimo approdo⁽³⁾.

Non v’è contraddizione nel fatto che due diritti figli della medesima età siano accompagnati da avverbi di segno opposto: “artificialmente” e “naturalmente”. In un caso, si rivendica il diritto di potersi *avvalere* della tecnica per concepire artificialmente una vita; nell’altro, si rivendica il diritto

⁽¹⁾ Si usa qui la locuzione “casi difficili” in modo differente rispetto al modo in cui la usa Dworkin, per il quale il caso difficile è quello privo di una norma giuridica chiara che lo disciplini e che esige dai giudici di essere comunque deciso: là si usa nel senso di caso complesso in ragione della convergenza delle nuove possibilità/necessità aperte dalla tecnica e del contesto multietnico in cui ciò avviene. Tuttavia, come viene illustrato nel corso del lavoro, vi è una sovrapposizione di questo significato con quello dworkiniano, in quanto proprio in ragione della complessità, il legislatore (almeno quello italiano) tarda a dettare una disciplina che dia soluzione ai casi difficili, e quando decide lo fa in modo che viene ritenuto inadeguato, aprendo così alle plurime possibilità interpretative dei giudici. Su ciò si veda anche, più estesamente, la *Premessa* di questo volume.

⁽²⁾ Sull’“età della tecnica” e i suoi diritti, sia consentito il rinvio a C. TRIPODINA, *Il diritto nell’età della tecnica. Il caso dell’eutanasia*, Napoli, Jovene, 2004, 3 ss.

⁽³⁾ Sulle generazioni dei diritti, N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1997; P. BARILE, *Nuovi diritti e libertà fondamentali*, in F. RICCOPONO (a cura di), *Nuovi diritti dell’età tecnologica*, Atti del convegno tenutosi a Roma presso la Luiss, nei giorni 5-6 Maggio 1989, Milano, Giuffrè, 1991, 1 ss.; S. CASTIGNONE, *Nuovi diritti e nuovi soggetti. Appunti di bioetica e biodiritto*, Genova, Ecig, 1996, 33 ss.; A.E. PEREZ LUÑO, *Le generazioni dei diritti umani*, in F. RICCOPONO (a cura di), *Nuovi diritti dell’età tecnologica*, cit., 146.

di potersi *difendere* dalla tecnica per concludere naturalmente la vita. L'artificio in un caso è opportunità; nell'altro spettro. Ma in ogni caso è la tecnica a generare la rivendicazione del diritto.

La storia dei diritti dell'età della tecnica è scandita, di norma, da tre momenti: una nuova opportunità o una nuova necessità viene resa concreta dalla scienza medica; l'esercizio legittimo della nuova pratica resa possibile o necessaria dalla scienza medica viene rivendicata di fronte a un giudice, che, in assenza di legge, incomincia a "tessere diritto" a partire dal sistema normativo esistente; il parlamento interviene a disciplinare con linee generali e astratte la pratica, per consentirla, consacrandola a diritto, o vietarla, giudicandola delitto. Dopo di che, diritto politico e diritto giurisprudenziale si inseguono, si alternano, si scontrano, per correggersi o legittimarsi a vicenda⁽⁴⁾.

La questione giuridica che si impone quando il nascere e il morire escono dal dominio esclusivo della natura per entrare nell'orbita del diritto diviene allora, imprescindibile, quella della titolarità della decisione politica fondamentale su di essi: se spetti al diritto politico o a quello giurisprudenziale. O a entrambi e con quali equilibri.

Questo è il nodo problematico intorno al quale in questo studio tenterò alcune riflessioni attraverso la rilettura delle storie della procreazione medicalmente assistita e del rifiuto delle cure salva-vita in Italia: storie che scorrono tra casi drammatici nelle stanze degli ospedali, sentenze complesse nelle aule dei tribunali, dibattiti serrati nelle camere del parlamento; storie che narrano come la tecnica abbia irrimediabilmente impastato il nascere e il morire insieme con il diritto, rendendoli con ogni evidenza "casi difficili".

2. *Sul nascere: le tappe e i soggetti della disciplina della procreazione medicalmente assistita*

2.1. *Corte costituzionale: la sentenza 347 del 1998 sulla necessità costituzionale di una legge in materia di procreazione medicalmente assistita*

La prima tappa della storia della disciplina italiana della procreazione medicalmente assistita può farsi risalire alla sentenza della corte costituzionale 26 settembre 1998, n. 347.

⁽⁴⁾ Nello stesso senso A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle biotecnologie: note introduttive*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005, XVI.

In quella sentenza, la corte era stata chiamata a giudicare sulla incostituzionalità dell'articolo 235 del codice civile, nella parte in cui, prevedendo la possibilità di esperire l'azione per il disconoscimento di paternità in capo al marito affetto da impotenza, pareva consentire questa possibilità anche al marito che, colpito da tale patologia, avesse dato il consenso all'inseminazione artificiale eterologa della moglie. La corte concludeva il giudizio con una pronuncia di inammissibilità per «l'estraneità della fattispecie oggetto del giudizio alla disciplina censurata»⁽⁵⁾, ma denunciava al contempo una «situazione di carenza [legislativa...] con implicazioni costituzionali».

In particolare la corte lamentava la mancata tutela, a causa dell'assenza di una legge in tema di procreazione medicalmente assistita, di «plurime esigenze costituzionali», quali *in primis* «le garanzie per il nuovo nato» in relazione ai suoi «diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità». Diritti, continuava la corte, che «è compito del legislatore specificare».

Precisando ulteriormente, la corte lasciava in quella sentenza una frase destinata a divenire un importante pilastro nei rapporti legislatore-giudici nella disciplina delle materie eticamente sensibili: «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore». Tuttavia – aggiungeva – qualora la legge manchi, «spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali»⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Per la corte, infatti, l'art. 35, primo comma, numero 2, cod. civ. «riguarda esclusivamente la generazione che seguia ad un rapporto adulterino, ammettendo il disconoscimento di paternità in tassative ipotesi, quando le circostanze indicate dal legislatore facciano presumere che la gravidanza sia riconducibile, in violazione del dovere di reciproca fedeltà, ad un rapporto sessuale con persona diversa dal coniuge. La possibilità che ipotesi nuove, non previste al tempo dell'approvazione di una norma, siano disciplinate dalla stessa non è da escludersi in generale. Ma tale possibilità implica un'omogeneità di elementi essenziali e un'identità di *ratio*, nella cui carenza l'estensione della portata normativa della legge si risolverebbe in un arbitrio».

⁽⁶⁾ La frase è, ad esempio, espressamente richiamata da corte di cassazione, sent. 21748/2007 nel caso Englano, su cui vedi *infra*.

2.2. *Parlamento: la legge 40 del 2004 recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita*

A colmare la lacuna denunciata dalla corte costituzionale provvide il parlamento, approvando il 10 febbraio 2004 la legge n. 40, recante *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*.

Nonostante l'approvazione di una legge fosse considerata da più parti auspicabile – oltre che costituzionalmente necessaria, dopo la pronuncia della corte – per mettere fine all'anarchia regnante in materia, la scelta concreta del legislatore del 2004 di porre l'embrione sin dal momento del concepimento sul medesimo piano rispetto agli altri soggetti coinvolti nelle pratiche di procreazione assistita come soggetto portatore di diritti⁽⁷⁾ divise fin da subito il mondo politico, sociale, oltre che etico e scientifico.

Non è qui il luogo per entrare nel dettaglio della legge e dei suoi numerosi divieti. Basti dire che in seguito alla sua entrata in vigore, e in ragione dello statuto giuridico forte riconosciuto all'embrione fin dall'istante del concepimento, molte delle pratiche mediche e scientifiche che avevano ad oggetto embrioni e che sino a quel momento erano state ordinariamente poste in essere divennero vietate⁽⁸⁾.

Se parte del mondo politico e parte della società fu appagata nel vedere approvata una legge dai contenuti così ideologicamente marcati, altra parte si dimostrò invece fortemente contraria, ritenendo che in uno stato laico e rispettoso della libertà di coscienza fosse possibile e doveroso su materie eticamente controverse addivenire a leggi compromissorie, in grado di fissare regole di compatibilità tra concezioni diverse e interessi contrapposti.

Tra gli strumenti per rimuovere la legge si tentarono sin da subito sia la via del referendum popolare abrogativo che quella della dichiarazione di illegittimità costituzionale.

2.3. *Referendum abrogativo del 2005: il tentativo (fallito) di abrogare la legge 40 del 2004*

Il referendum abrogativo fu proposto con cinque quesiti – uno totale e quattro parziali – sui quali giudicò la corte costituzionale il 13

⁽⁷⁾ Dice l'art. 1, che la legge «assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

⁽⁸⁾ Sia consentito per un'analisi più dettagliata il rinvio a C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della Legge 40/2004, recante ‘Norme in materia di procreazione medicalmente assistita’*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2004, 501 ss.

gennaio 2005 con le sentenze 45, 46, 47, 48, 49. La corte ritenne ammissibili i quesiti di abrogazione parziale, e inammissibile quello di abrogazione totale, in coerenza con la già citata sentenza 347 del 1998, che aveva fatto intendere che una legge – quale che fosse – sulla procreazione medicalmente assistita non fosse abrogabile nella sua interezza, perché costituzionalmente necessaria per garantire una tutela minima ai nati da procreazione artificiale⁽⁹⁾.

Il referendum si svolse il 12 e 13 giugno 2005, ma non raggiunse il *quorum* necessario per la sua validità, dato che parteciparono alla consultazione referendaria solo il 25,9% degli aventi diritto. La responsabilità di questa scarsa affluenza alle urne fu imputata, in gran parte, all'intervento delle alte gerarchie della chiesa cattolica, che in quell'occasione fecero ampio uso degli strumenti massmediatici per persuadere i cittadini cattolici ad astenersi dal voto.

2.4. *Corte costituzionale: l'ordinanza 369 del 2006 (meramente processuale) sul divieto di diagnosi preimpianto*

Anche la via dell'incidente di costituzionalità fu tentata subito: la prima ordinanza in materia è del tribunale di Catania e risale al 3 maggio 2004. In quell'occasione, però, il giudice *a quo* respinse l'istanza di parte di sollevare questione di legittimità costituzionale, ritenendola manifestamente infondata⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ I quesiti referendari di abrogazione parziale miravano a colpire le disposizioni della legge 1) che vietano l'utilizzo degli embrioni soprannumerari per finalità di ricerca clinica e sperimentale (sentenza 46/2005); 2) che limitano l'accesso alla procreazione medicalmente assistita e, in particolare, il divieto di revoca del consenso all'impianto dell'embrione dopo la fecondazione dell'ovulo; l'obbligo di non produrre più di tre embrioni, che devono essere impiantati contemporaneamente nell'utero materno; il divieto di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita per tutti coloro che non hanno problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità umana, ma che sono portatori di patologie genetiche trasmissibili al concepito (sentenza 47/2005); 3) che equiparano i diritti della donna ai diritti del concepito, e che al fine di tutelare quest'ultimo pongono limiti all'accesso alla procreazione medicalmente assistita (sentenza 48/2005); 4) che vietano la fecondazione eterologa (sentenza 49 del 2005).

⁽¹⁰⁾ Il ricorso mirava alla dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di diagnosi preimpianto. A commento della decisione, tra gli altri, M. OLIVETTI, *Decisione coerente, ma gli interessi vanno bilanciati*, in *Guida al diritto*, n. 23, 2004, 58 ss.; M. D'AMICO, *Ma riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice (quello delle leggi, appunto...)*, in www.forumcostituzionale.it.

Perché la questione approdasse alla corte costituzionale si dovette attendere il 2006 quando, con ordinanza n. 369, si pronunciò sulla questione di legittimità costituzionale promossa dal tribunale di Cagliari avverso l'articolo 13 della legge 40, «nella parte in cui non consente di accettare, mediante diagnosi preimpianto, se gli embrioni da trasferire nell'utero della donna ammessa alla procedura di procreazione medicalmente assistita siano affetti da malattie genetiche, di cui i potenziali genitori siano portatori, quando l'omissione di detta diagnosi implichì un accertato pericolo grave e attuale per la salute psico-fisica della donna».

Le ragioni di perplessità in ordine alla ragionevolezza di tale parte della legge gravitavano soprattutto intorno alla considerazione che, se da un lato la legge mirava a garantire l'intoccabilità degli embrioni quale che fosse il loro “stato di salute” vietando di svolgere su di essi qualsiasi diagnosi preimpianto, dall’altro restava aperta la possibilità di aborto terapeutico dei feti accertati come geneticamente tarati in seguito a diagnosi preparto (l. 194/1978), con l'esito paradossale e irrazionale di tutelare in modo differente e intermittente la medesima posizione soggettiva – il concepito – garantendo in modo più forte lo stadio più remoto rispetto alla nascita (embrioni intoccabili *vs* feti abortibili).

In quell’occasione, però, la corte, a fronte dell’alto grado di politicità della questione, decise di non decidere, e si trincerò dietro un’ordinanza processuale di manifesta inammissibilità da molti giudicata pilatesca (11).

2.5. *Corte costituzionale: la sentenza 151 del 2009 sulla produzione di embrioni in un numero strettamente necessario «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»*

A una pronuncia nel merito sulla legge 40 la corte costituzionale approdò nel 2009 con la sentenza n. 151, con la quale dichiarò l'illegittimità della legge in una delle sue parti più controverse: quella che, per ogni ciclo di fecondazione artificiale, impone la produzione di embrioni in un numero strettamente necessario «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» (art. 14, comma 2).

(11) Per un approfondimento sulla pronuncia sia consentito il rinvio a C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell’interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 369 del 2006)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2006, 3849 ss.

Prima dell'entrata in vigore della legge 40, al fine di limitare i disagi per l'aspirante madre causati dalla sottoposizione a stimolazioni ovariche plurime e a ripetuti interventi di prelievo di ovociti, si era affermata la prassi medica di produrre più ovociti in ogni ciclo di procreazione assistita, inseminarli tutti creando embrioni in soprannumerario, impiantarne un massimo di due e crioconservare gli altri per successivi interventi, nel caso in cui il primo tentativo non fosse andato a buon fine. Tutto ciò con una variabilità che dipendeva da diversi fattori da considerare quali, oltre alla qualità degli embrioni, la salute e l'età della donna e i precedenti esiti di altre procedure di procreazione medicalmente assistita. L'articolo 14, comma 2, della legge del 2004 vietava di continuare a procedere con questa prassi medica, imponendo quella alternativa della creazione di embrioni necessari a un unico e contemporaneo impianto, e comunque in numero non superiore a tre. Fine evidente della norma era quello di evitare la produzione di embrioni cosiddetti "soprannumerari" (cioè in numero superiore a quelli impiantabili in un'unica volta nell'utero materno), e dunque di rimuovere alla radice la controversa questione circa la loro destinazione.

Nella sentenza del 2009, la corte costituzionale, in coerenza con le denunce dei giudici *a quibus* e della dottrina maggioritaria⁽¹²⁾, constatò i risvolti negativi che la pratica imposta dalla legge finiva per avere nella prassi: per un verso, «rendendo necessario il ricorso alla reiterazione di detti cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non dia luogo ad alcun esito» e con ciò aumentando i rischi di insorgenza di patologie tumorali che a tale iperstimolazione possono essere collegate; per altro verso, determinando, «in quelle ipotesi in cui maggiori siano le possibilità di attecchimento, un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze di cui all'art. 14, comma 4, salvo il ricorso all'aborto». Tutto ciò reso possibile dal fatto che «da previsione legislativa non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al

⁽¹²⁾ Per tutti, R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Torino, Giappichelli, 2008.

minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto». La legge, insomma, secondo la corte, impediva ai medici di esercitare in conformità alla migliore pratica medica, limitandone ingiustificatamente l'autonomia e la conseguente responsabilità, con esiti esiziali sul diritto alla salute (della donna) costituzionalmente garantito dall'articolo 32 della costituzione.

Imponendo di riservare il medesimo trattamento a situazioni dissimili, il legislatore – continuava la corte – non violava solo il diritto a ricevere le cure più adeguate rispetto al proprio individuale caso clinico, ma anche contestualmente l'articolo 3 della costituzione, «riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di quello di uguaglianza», non tenendo in considerazione che nella procreazione assistita le possibilità di successo variano «in relazione sia alle caratteristiche degli embrioni, sia alle condizioni soggettive delle donne che si sottopongono alla procedura di procreazione medicalmente assistita, sia, infine, all'età delle stesse, il cui progressivo avanzare riduce gradualmente le probabilità di una gravidanza».

La sentenza della corte costituzionale cancellava per questi motivi dalla disposizione impugnata le parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», lasciando salvo il residuo disposto dell'art. 14, comma 2, per il quale «de tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto precisato dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario». L'intervento demolitorio manteneva così salvo il principio della «stretta necessarietà» nella produzione di embrioni, ma il *quantum* che soddisfaceva questo principio non veniva più stabilito *erga omnes* per legge, ma veniva demandato all'autonoma valutazione del medico, chiamato a decidere la pratica migliore per il singolo caso concreto, in scienza e coscienza e in accordo con la volontà del paziente. Come «logica conseguenza» della caducazione delle parole del secondo comma dell'articolo 14, derivava anche la necessità della deroga al principio generale del divieto di crioconservazione stabilito nel primo comma del medesimo articolo, e pertanto la corte dichiarava l'illegittimità costituzionale anche del comma 3 dell'articolo 14 della legge 40, nella parte in cui non disponeva che «il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna».

In altre parole, la disciplina che derivava dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale dei commi 2 e 3 dell'articolo 14

consentiva nuovamente, come antecedentemente alla legge 40, la crioconservazione degli embrioni eventualmente prodotti in soprannumero: il medico, insieme ai pazienti che avessero voluto sottoporsi alla pratica della procreazione medicalmente assistita, avrebbe valutato quanti ovociti prodotti da ogni ciclo di stimolazione ovarica fecondare, quanti embrioni così prodotti impiantare e quanti, di conseguenza, crioconservare, per altri eventuali futuri impianti⁽¹³⁾.

2.6. Giurisprudenza: soluzioni interpretative per consentire la diagnosi preimpianto alle coppie sterili o infertili e tentativi creativi per consentirla anche alle coppie fertili

Nel frattempo, in seguito alla mancata decisione della corte costituzionale sul divieto di diagnosi preimpianto, aveva trovato progressivo consolidamento tra i giudici un diritto vivente che, con interpretazione costituzionalmente orientata degli articoli 13 e 14 della legge, era giunto a ritenere lecita la diagnosi preimpianto in talune circostanze⁽¹⁴⁾.

In particolare, l'articolo 13, comma 2, della legge 40, laddove afferma che «da 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», veniva interpretato nel senso che era da ritenersi lecita la diagnosi preimpianto qualora fosse richiesta da soggetti che legittimamente avessero avuto accesso alle pratiche di procreazione medicalmente assistita ai sensi della legge (dunque coppie sterili o infertili); avesse a oggetto embrioni destinati all'impianto nel grembo materno; fosse strumentale all'accertamento di eventuali malattie dell'embrione e finalizzata a garantire agli aspiranti genitori un'adeguata informazione sullo stato di salute degli embrioni da impiantare ex articolo 14, comma 5, della legge, potendo essi scegliere, in caso di esito infausto della diagnosi, anche di rifiutare l'impianto

⁽¹³⁾ Per i commenti politici alla sentenza, sia consentito il rinvio a C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena difendere»?*, (Commento alla sentenza della Corte costituzionale 151/2009), in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2009, 1696 ss.

⁽¹⁴⁾ Tribunale di Cagliari, 22-24 settembre 2007; tribunale di Firenze, 17 dicembre 2007; tar Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398; tribunale di Bologna, 29 giugno 2009.

dell'embrione stesso, con conseguente sua cultura in vitro fino al suo estinguersi⁽¹⁵⁾.

Residuava però un profilo della legge sul quale non pareva possibile alcuna interpretazione adeguatrice, pena l'andare contro la sua lettera: la permanente esclusione dalla possibilità di accesso alle pratiche di procreazione medicalmente assistita, e con esse alle tecniche di diagnosi preimpianto, per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche; e dunque il dubbio sulla ragionevolezza di una disciplina che discrimina gli aspiranti genitori che necessitano dell'aiuto della tecnica per procreare in ragione delle loro "condizioni personali" (non fertili *vs* fertili)⁽¹⁶⁾.

La questione di legittimità costituzionale sotto questo profilo avrebbe potuto essere sollevata dal tribunale di Salerno in occasione del giudizio, il 9 gennaio 2010, sul caso di una coppia fertile che chiedeva di poter ricorrere alla diagnosi preimpianto per non trasmettere malattie genetiche ai figli. Ma il giudice di Salerno, anziché sollevare la questione di fronte alla corte costituzionale, ritenne di poter fare un'interpretazione adeguatrice della legge 40, nel senso di consentire l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita anche alle coppie fertili, giacché «il diritto a procreare, e lo stesso diritto alla salute dei soggetti coinvolti, verrebbero irrimediabilmente lesi da una interpretazione delle norme in esame che impedissero il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita da parte di coppie, *pur non infertili o sterili*, che però rischiano concretamente di procreare figli

⁽¹⁵⁾ Tar Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, infatti, ha dichiarato illegittima per eccesso di potere la disposizione delle *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita* (dm 21 luglio 2004, ministro Turco), per la quale «è proibita ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica» e «ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'articolo 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale». È rimasta salva, invece, giacché non era oggetto di impugnazione, la parte della disposizione che prevedeva che, «qualora dall'indagine vengano evidenziate gravi anomalie irreversibili dello sviluppo di un embrione, il medico responsabile della struttura ne informa la coppia ai sensi dell'articolo 14, comma 5» e, «ove in tal caso il trasferimento dell'embrione, non coercibile, non risulti attuato, la coltura in vitro del medesimo deve essere mantenuta fino al suo estinguersi». Resa possibile la diagnosi preimpianto, si trovava dunque nelle linee guida stesse la procedura da seguire in caso di rifiuto da parte della coppia dell'impianto dell'embrione a seguito della notizia della suo cattivo stato di salute.

⁽¹⁶⁾ Le *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita* consentono la procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili esclusivamente in caso di malattie infettive a trasmissione sessuale, come HIV o epatite B e C.

affetti da gravi malattie a causa di patologie geneticamente trasmissibili». Decisione criticabile, perché l'interpretazione adeguatrice rispetto alla costituzione di un testo di legge è possibile solo ove a ciò non osti la lettera della legge stessa: non si può cioè dire che, laddove la legge scrive “infertile”, va interpretata come se dicesse “fertile” perché così vuole la costituzione. Se una legge è contraria a costituzione, e l'errore non è rimediabile per via interpretativa perché la soluzione adeguata non è tra le possibilità ermeneutiche del testo della legge, l'unica via è sollevare la questione di legittimità di fronte alla corte costituzionale, pena il sostituire la decisione del parlamento con quella di un giudice che, ribellandosi alla soggezione alla legge, si fa egli stesso legislatore (17). Peraltro, agendo senza coinvolgere la corte costituzionale e forzando il testo della legge, il giudice di Salerno, se da un lato raggiunse l'obiettivo di garantire quello che egli riteneva essere un diritto della coppia che ricorreva di fronte a lui, dall'altro privò tutte le altre coppie nella medesima condizione della possibilità di vedere affermato quello stesso diritto in via generale e astratta per mezzo di una declatoria di illegittimità costituzionale (18).

(17) Sia consentito il rinvio a C. TRIPODINA, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Orvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in www.costituzionalismo.it, n. 1/2010.

(18) Dopo la sentenza del tribunale di Salerno sono seguite altre decisioni nel medesimo senso dei tribunali di Bologna e Firenze, che hanno consentito indagini preimpianto sull'embrione a coppie non sterili né inferti, e il trasferimento in utero dei soli embrioni sani. La questione se coppie fertili portatrici di malattie genetiche possano ricorrere alla diagnosi preimpianto è stata portata anche di fronte alla corte europea dei diritti dell'uomo (*Costa and Pavan c. Italy*, application n. 54270/2010), che il 27 giugno 2011 ha ritenuto ammissibile il ricorso. Per altro, le nuove *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita 2011* sulla legge 40 - presentate dalla sottosegretaria alla salute Roccella del dimissionario governo Berlusconi il 15 novembre 2011 al consiglio superiore della sanità per il parere, che è stato reso in senso favorevole sia pure con l'indicazione di alcuni suggerimenti il 23 febbraio 2012, e che sono ora in attesa della firma dell'attuale ministro della salute Balduzzi - non recepiscono affatto l'evoluzione giurisprudenziale illustrata nel testo, tornando a vietare *tout court* «ogni diagnosi reimpianto a finalità eugenetica», dovendo «le indagini relative allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro*» essere sempre «volte alla tutela della salute e dello sviluppo di ciascun embrione». Proprio su questo punto, tuttavia, vi sarebbe stata una spaccatura all'interno del consiglio superiore della sanità: secondo alcuni membri infatti, la fattispecie del test preimpianto su coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche (che rientrerebbero secondo alcuni specialisti nella categorie delle coppie inferti poiché impossibilitate a procreare prole sana) non sarebbe “eugenetica” e dunque, in conseguenza di tale interpretazione, sarebbe possibile effettuare il test.

2.7. *I ricorsi per la dichiarazione di incostituzionalità della fecondazione eterologa, le sentenze della corte di Strasburgo e l'ordinanza 150 del 2012 della corte costituzionale*

Da ultimo, un nuovo recente attacco è stato sferrato contro la legge 40 per sostenerne l'illegittimità costituzionale nella parte in cui, all'articolo 4, comma 3, vieta il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

La questione è stata portata di fronte alla corte costituzionale con tre ordinanze di rimessione, avanzate rispettivamente dal tribunale di Firenze, dal tribunale di Catania e dal tribunale di Milano (19), che hanno motivato nel senso dell'incostituzionalità del divieto assoluto di fecondazione eterologa sotto molteplici profili, a partire dal contrasto con l'articolo 117, 1 comma, della costituzione, per violazione degli articoli 8 e 14 della convenzione europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione offerta dalla prima sezione della corte di Strasburgo nella decisione *Case of S.H. and others v. Austria* del 1 aprile 2010.

In questa sentenza la corte Edu, nel giudicare sulla compatibilità con la convenzione europea dei diritti dell'uomo della legge austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita, nella parte in cui vieta il ricorso ad alcune pratiche di fecondazione eterologa (segnatamente la donazione di ovuli e la fecondazione in vitro di gameti maschili donati), ha esposto, a giudizio dei giudici *a quibus*, principi di ordine generale applicabili anche in riferimento all'ordinamento italiano. In particolare, la corte ha ritenuto che il diritto di una coppia a concepire un figlio rientri nell'ambito del diritto al rispetto della vita privata e familiare tutelato dall'articolo 8 Cedu, e che l'esercizio di tale diritto debba essere consentito dagli stati aderenti alla convenzione senza alcuna discriminazione e disparità di trattamento, così come previsto dall'articolo 14 della Cedu; che, pur gli stati godendo di ampia discrezionalità in tema di procreazione medicalmente assistita, tale libertà discrezionale non comporti automaticamente la ragionevolezza di qualunque scelta legislativa effettuata e che, qualora lo stato scelga di consentire il ricorso alle pratiche di procreazione artificiale, la disciplina dettata a tale scopo debba essere sviluppata in modo coerente, tale da prevedere una adeguata considerazione degli interessi legittimi coinvolti

(19) Ordinanze n. 19, 6 settembre 2010, in *Gazzetta Ufficiale*, I serie speciale, n. 6 del 2-2-2011; n. 34, 21 ottobre 2010, in *Gazzetta Ufficiale*, I serie speciale, n. 10 del 2-3-2011; n. 163, 2 febbraio 2011, in *Gazzetta Ufficiale*, I serie speciale, n. 30 del 13-7-2011.

e non comportare discriminazioni irragionevoli tra situazioni analoghe; che i pur importanti obiettivi di garantire la certezza in materia di diritto di famiglia e il diritto del figlio a conoscere la sua ascendenza effettiva non vedono nel divieto di fecondazione eterologa l'unico rimedio possibile, essendo rinvenibili anche altri mezzi adeguati e meno afflittivi nei confronti dell'aspirazione alla genitorialità delle persone sterili.

I giudici *a quibus* - concordi nel rigettare la tesi dell'avvenuta "comunitarizzazione" della Cedu in seguito al trattato di Lisbona (20) - hanno ritenuto che il contrasto tra l'articolo 4, comma 3, della legge 40 e il combinato disposto degli articoli 8 e 14 della Cedu nella lettura offerta dalla corte di Strasburgo non fosse componibile in via ermeneutica attraverso l'istituto dell'interpretazione conforme, per l'assolutezza del divieto di fecondazione eterologa contenuto nella legge italiana, e hanno rimesso pertanto la questione alla corte costituzionale, secondo le indicazioni della sua giurisprudenza più recente (21).

Altro profilo di contrasto con la costituzione denunciato dai giudici remittenti è, in riferimento all'articolo 3, rispetto alla ragionevolezza di una disciplina legislativa che, da un lato, prevede l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o

(20) Tesi sostenuta dai ricorrenti (sulla scorta della giurisprudenza amministrativa del consiglio di stato, decisione 2 marzo 2010, n. 1220, sez. IV e del Tar Lazio, sentenza 18 maggio 2010, n. 11894), in base alla quale le norme Cedu, in seguito alla modifica dell'articolo 6 del trattato sull'Unione Europea ad opera del trattato di Lisbona, sarebbero venute a beneficiare del medesimo statuto delle norme comunitarie, divenendo direttamente e immediatamente applicabili nell'ordinamento interno, con conseguente disapplicazione da parte del giudice ordinario delle norme interne con esse contrastanti. Sul punto A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in www.giustamm.it.

(21) Il riferimento è alla giurisprudenza costituzionale inaugurata a partire dalle sentenze nn. 348 e 349/2007, e poi confermata con successive sentenze (*ex multis*, n. 39/2008; nn. 311 e 317/2009; n. 236/2011, n. 78/2012), per la quale le norme della Cedu, nel significato loro attribuito dalla corte europea dei diritti dell'uomo, integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, della costituzione, nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali». Al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò è permesso dai testi delle norme; qualora ciò non sia possibile e residui il dubbio della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale interposta, egli deve investire la corte costituzionale delle questioni di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma.

dalla infertilità umana» (art. 1.1), e anzi lo consente solo «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità» (art. 1.2), dall'altro, finisce paradossalmente per escludere da tali tecniche proprio le coppie con le forme più gravi di sterilità, come quelle che costringono senza alternative al ricorso a gameti esterni alla coppia, con ciò ponendosi in contrasto con la stessa finalità dichiarata dalla legge (irragionevolezza strumentale), e creando nello stesso tempo un'irragionevole discriminazione tra coppie con limiti di procreazione a seconda del grado della loro patologia (irragionevolezza intersoggettiva). La violazione dell'articolo 3 della costituzione viene segnalata pure sotto il profilo di un'irragionevole discriminazione tra coppie a seconda delle loro condizioni economiche: da un lato, quelle che per le loro condizioni economiche non floride possono rivolgersi solo a sanitari operanti in Italia, non potendo così ricorrere a tutti i tipi di pratiche mediche volte a superare i problemi di procreazione, atteso il divieto gravante sui medici italiani di ricorrere a interventi di tipo eterologo; dall'altro, quelle più facoltose che possono ricorrere a tutte le tecniche di fecondazione rivolgendosi a sanitari operanti all'estero, posto che la legge italiana non sanziona le coppie che ricorrono all'eterologa, ma solo i medici che la praticano (c.d. «turismo procreativo»). Ancora viene denunciata, sempre con riferimento all'articolo 3, la non proporzionalità tra il divieto di fecondazione eterologa e le finalità perseguitate, fra le quali principalmente quella di impedire la realizzazione di parentele atipiche, soprattutto nel contesto di un sistema che conosce altri istituti giuridici che prevedono la possibilità di una discrepanza tra genitorialità genetica e genitorialità legittima (come l'adozione, in cui lo stato riconosce rapporti parentali fondati sul legame affettivo e sull'assunzione di responsabilità, prescindendo e superando la necessità di una relazione biologica).

Da ultimo, vengono denunciate la violazione degli articoli 2, 29 e 31 della costituzione, letti in combinato disposto quali fondamento del diritto alla piena realizzazione della vita privata familiare e del diritto di autodeterminazione in ordine alla medesima, in quanto, in presenza del divieto di donazione di gameti, le coppie affette dalle forme più gravi di sterilità si troverebbero nell'impossibilità di creare una famiglia e quindi di costruire liberamente la propria vita ed esistenza; nonché la violazione degli articoli 3 e 32 della costituzione, dal momento che il divieto di fecondazione eterologa rischierebbe di compromettere l'integrità fisico-psichica delle coppie in cui uno dei componenti non presenti gameti idonei a concepire un embrione, limitando contestualmente irragionevolmente anche la libertà e il dovere del

medico di suggerire e praticare la cura ritenuta più efficace nel caso concreto, sia in relazione ai risultati da raggiungere che alla tutela della salute.

Nelle more del giudizio costituzionale, la sentenza della prima sezione della corte di Strasburgo del 1 aprile 2010, chiamata a conforto dei loro ricorsi da tutti i giudici rimettenti, è stata impugnata dal governo austriaco e rivista completamente il 3 novembre 2011 dalla grande camera, che ha a giudicare non incompatibili con l'articolo 8 Cedu le restrizioni alla donazione di gameti previsti dalla legislazione austriaca.

In particolare la *grand chambre*, nel valutare l'ampiezza del margine di discrezionalità di cui godono gli stati nelle cause che coinvolgono l'articolo 8 della convenzione, ha ricordato, da un lato, che «laddove un importante aspetto dell'esistenza o dell'identità di un individuo sia in gioco, il margine consentito allo Stato è di norma limitato»; ma, dall'altro, che laddove «non esiste alcun consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, sia per ciò che riguarda l'importanza relativa degli interessi in gioco o il mezzo migliore per salvaguardarli» (assenza di *consensus standard* o *common ground*) e laddove «da causa sollevi questioni di sensibilità morale o etica», «il margine è più ampio» (c.d. dottrina del «margine di apprezzamento»). Infatti, «grazie al loro diretto e continuo contatto con le forze vitali dei loro paesi, le autorità dello Stato sono, in linea di massima, in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale per pronunciarsi non solo “sull'esatto contenuto dei requisiti della morale” nel loro paese, ma anche sulla necessità di una limitazione destinata a dar loro una risposta»⁽²²⁾; senza che ciò significhi, tuttavia, «che le soluzioni del legislatore non possano essere soggette ad analisi della Corte». Spetta infatti alla corte «esaminare attentamente gli argomenti presi in considerazione nel corso del processo legislativo che hanno condotto alle scelte fatte dal legislatore e determinare se un armonioso equilibrio sia stato stabilito tra gli opposti interessi dello Stato e quelli di coloro che sono direttamente toccati da tali scelte legislative»⁽²³⁾. Nel caso di specie la corte ha ritenuto che, «poiché l'utilizzo della fecondazione in vitro ha sollevato e continua a sollevare questioni delicate di ordine etico e morale che rientrano in un contesto di progressi rapidissimi in campo medico e scientifico», e

⁽²²⁾ Corte europea dei diritti dell'uomo, *S.H. e altri C. Austria*, Grande camera, 3 novembre 2011, § 94.

⁽²³⁾ *Ibidem*, § 97.

«poiché le questioni sollevate dalla presente causa vertono su aree in cui non vi è ancora una omogeneità tra gli Stati membri» (nonostante vi sia «ora una chiara tendenza nella legislazione degli Stati contraenti verso l'approvazione della donazione di gameti per la fecondazione in vitro»⁽²⁴⁾), «il margine di discrezionalità di cui deve disporre lo Stato convenuto sia ampio»⁽²⁵⁾. La corte di conseguenza ha concluso che «il legislatore austriaco non ha *all'epoca* ecceduto il margine di discrezionalità concessogli»⁽²⁶⁾ e pertanto «non vi è stata alcuna violazione dell'articolo 8 della Convenzione»⁽²⁷⁾. Anche se - ha raccomandato - in materia di procreazione artificiale, «in cui il diritto sembra essere in costante evoluzione e che è particolarmente soggetta ad un rapido sviluppo per ciò che attiene alla scienza e al diritto», resta necessario «un esame permanente da parte degli Stati Contraenti»⁽²⁸⁾.

È alla luce di questa sentenza della grande camera della corte di Strasburgo, che la corte costituzionale, il 22 maggio 2012, con ordinanza n. 150, ha deciso «da restituzione degli atti, affinché i rimettenti procedano ad un rinnovato esame dei termini delle questioni», dal momento che «da diversa pronuncia della Grande Camera in ordine all'interpretazione accolta dalla sentenza della Prima Sezione, espressamente richiamata dai rimettenti – operata all'interno dello stesso giudizio nel quale è stata resa quest'ultima pronuncia – incide sul significato delle norme convenzionali considerate dai giudici *a quibus* e costituisce un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta». Spetta dunque ora ai giudici rimettenti «accertare, alla luce della nuova esegesi fornita dalla Corte di Strasburgo, se ed entro quali termini permanga il denunciato contrasto» tra il divieto di fecondazione eterologa e la costituzione italiana (anche se il fatto che la *grand chambre* insista in più punti della sua sentenza nel volere circoscrivere il giudizio di compatibilità della legge austriaca con la Cedu «all'epoca» in cui la questione fu decisa in Austria dal giudice di ultima istanza - la corte costituzionale austriaca, nel 1999⁽²⁹⁾ – induce a ritenere che un giudizio così storicamente

⁽²⁴⁾ *Ibidem*, § 96.

⁽²⁵⁾ *Ibidem*, § 97.

⁽²⁶⁾ *Ibidem*, § 115.

⁽²⁷⁾ *Ibidem*, § 116.

⁽²⁸⁾ *Ibidem*, § 118.

⁽²⁹⁾ Oltre ai passi già citati nel testo, si veda § 84: «Dal materiale a disposizione della Corte, risulta che dalla decisione della Corte Costituzionale nel caso di specie vi sono stati molti progressi nella scienza medica ai quali alcuni Stati contraenti hanno dato una risposta nella loro legislazione. Tali

circostanziato sia privo di valore generale e attuale, e tale pertanto da non essere idoneo ad essere esteso *tout court* a un contesto cronologico-culturale assai differente – oltre tredici anni, su una materia «che è particolarmente soggetta ad un rapido sviluppo per ciò che attiene alla scienza e al diritto» non sono, infatti, pochi. In altre parole, difficilmente la decisione della *grand chambre* potrà scoraggiare i giudici italiani dal ripresentare la questione di fronte alla corte costituzionale).

Quale che sia il corso che in Italia avrà la questione di legittimità costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa, il caso descritto resta emblematico del modo in cui può operare quella tutela multilevel dei diritti di cui si dirà nell'ultimo paragrafo.

3. *Sul morire: i casi Welby ed Englaro e il diritto all'autodeterminazione terapeutica nelle fasi finali della vita*

Quanto al morire, e in particolare quanto al diritto di morire naturalmente, si tratta di un caso doppiamente “difficile”: non solo difficile perché, come il diritto a procreare artificialmente, si trova al crocevia di istanze etiche, scientifiche e politiche di segno opposto, ma difficile anche nel senso in cui Dworkin parla di “casi difficili”: è infatti, in Italia, ancora privo di una legge che lo disciplini compiutamente, e tuttavia esige di essere deciso dai giudici. Hanno dimostrato con plastica evidenza questa doppia difficoltà le vicende umane e processuali di Pier Giorgio Welby ed Eluana Englaro, che, in forza della loro drammaticità, hanno imposto l'inserimento nell'agenda politica della questione cruciale dei confini dell'autodeterminazione terapeutica nelle fasi finali della vita.

3.1. *L'articolo 32, II comma, della costituzione e il diritto al rifiuto delle cure*

Se è vero che sulla questione dell'autodeterminazione terapeutica nelle fasi finali della vita – e in particolare sulla questione se un paziente abbia il diritto di chiedere la non applicazione o la sospensione di

cambiamenti potrebbero pertanto avere delle ripercussioni sulla valutazione dei fatti operata dalla Corte. Tuttavia, non spetta alla Corte considerare se il divieto della donazione di sperma e ovuli in questione sarebbe o meno giustificato dalla Convenzione. Ciò che spetta alla Corte decidere è se tali divieti fossero giustificati al momento in cui sono stati presi in considerazione dalla Corte Costituzionale austriaca».

determinati trattamenti terapeutici, anche qualora siano esiziali per il suo mantenimento in vita – in Italia manca una legge che ne detti una disciplina compiuta, non si può dire che su di essa vi sia un vuoto di norme. La costituzione, infatti, nel secondo comma dell'articolo 32, stabilisce con un disposto di rara chiarezza che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

Pure chiara, dalla lettura degli atti dell'assemblea costituente, risulta l'intenzione che mosse il legislatore storico nella stesura di tale testo: fu l'on. Aldo Moro a presentare l'emendamento aggiuntivo per l'introduzione del secondo comma dell'articolo 32, con la seguente motivazione: «Si tratta di un problema di libertà individuale che non può non essere garantito dalla costituzione, quello cioè di affermare che non possono essere imposte obbligatoriamente ai cittadini pratiche sanitarie, se non vi sia una disposizione legislativa, impedendo, per conseguenza, che disposizioni del genere possano essere prese dalle autorità senza l'intervento della legge [...]. Ma si pone anche un limite al legislatore, impedendo pratiche sanitarie lesive della dignità umana»⁽³⁰⁾. Il secondo comma dell'articolo 32 fu dunque scritto affinché il nucleo duro dell'esistenza umana – il *noli me tangere* – fosse dichiarato una volta per tutte intoccabile e incoercibile, senza che più nessuno potesse tornare a discutere e decidere su di esso; posto, insieme all'articolo 13, a baluardo della sfera più personale dell'uomo dalle intromissioni di chicchessia: di qualunque autorità come di qualunque privato.

Alla luce di tale chiarezza di testo e di intenti, l'articolo 32, secondo comma – spesso letto congiuntamente con l'articolo 13, primo comma – viene interpretato dalla giurisprudenza e dalla dottrina dominanti nel senso che un determinato trattamento sanitario può essere legittimamente imposto esclusivamente nei casi eccezionali e tassativi in cui vi sia una legge a prevederlo e ciò sia necessario, «non solo a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale»⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ A. MORO, *Seduta del 28 gennaio 1947 della Commissione per la Costituzione*.

⁽³¹⁾ Corte costituzionale, sent. 307/1990. *Ex multis*, si vedano anche corte costituzionale, sentt. 88/1979; 471/1990; 118/1996; 238/1996;

Sicché, quando in gioco sia solo l'interesse del singolo alla propria salute, la costituzione dà la priorità al principio di autodeterminazione dell'individuo, risolvendo a favore di quest'ultimo il difficile bilanciamento con il parimenti fondamentale principio di tutela della vita.

Ogni paziente ha, dunque, il diritto a che venga rispettato il suo rifiuto di atti diagnostici e terapeutici: non solo l'accanimento terapeutico – giacché il legislatore costituzionale non ha posto alcuna specificazione in tal senso –, ma ogni atto compiuto su di lui, contro la sua volontà, costituisce offesa e attentato alla sua libertà. E ciò pure se l'atto terapeutico sia salva-vita, diretto a salvaguardare il benessere e a evitare la morte del paziente. È questo il risvolto negativo del diritto alla salute garantito dall'articolo 32, secondo comma, della costituzione: il diritto di non curarsi; il diritto di perdere la salute; il diritto, anche, di lasciarsi morire.

Naturalmente, alla base del rifiuto e a conforto della sua assoluta rispettabilità, è necessario che il paziente sia non solo nel pieno possesso delle sue facoltà mentali e giuridicamente capace, ma anche in grado di conoscere e comprendere pienamente – sulla base di una corretta informazione e adeguata comunicazione che è dovere giuridico del medico fornire – le conseguenze della sua determinazione e le

257/1996. In dottrina, fra gli altri, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1984, 385 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e Società*, n. 1/1994, 55 ss.; L. CARLASSARE, *L'art. 32 Cost. e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, Neri Pozza, 1967, 105 ss.; L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, 149; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1982, 557 ss.; A. D'ALOIA, *Diritto di morire?*, *La problematica dimensione costituzionale della «fine della vita»*, in *Politica del diritto*, n. 4/1998, 611; M. LUCIANI, *Diritto alla salute*, in *Encyclopedie Giuridica*, XXVII, Roma, 1991, 9 ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1982, 303 ss.; C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, I, 1961, 1 ss. (anche in *Raccolta di scritti*, III, Milano, Giuffrè, 1972, 435 ss.); M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Diritto a morire*, in *Digesto delle Discipline Penali*, IV, Torino, Utet, 1990, 5; R. ROMBOLI, *Commento all'articolo 5 del codice civile (Eutanasia)*, in A. SCIALOJA - G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna, Zanichelli, 1988, 174 ss.; C. TRIPODINA, *Articolo 32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, diretto da S. Bartole - R. Bin, Padova, Cedam, 2008, 321 ss.; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007, 209 ss.

possibili alternative terapeutiche che possono essere prospettate. È il cosiddetto *consenso/dissenso informato*: esito ultimo della scelta terapeutica che compete al paziente compiere, ma attraverso l'ineliminabile apporto di corrette informazioni e adeguate spiegazioni che spetta al medico fornire. Quel che viene definita "alleanza terapeutica", che tiene uniti medico e paziente nella ricerca, insieme, di ciò che è meglio, spettando in ogni caso l'ultima parola al paziente⁽³²⁾.

Sulla base di queste premesse scritte in costituzione, un rifiuto delle cure personale, consapevole, autentico, esplicito, specifico e informato dovrebbe costituire limite inderogabile per ogni intervento del medico, il quale, cessando il suo agire nel rispetto della volontà del paziente, non porrebbe in essere alcuna omissione giuridicamente rilevante, non essendo più tenuto a curare, e la morte non sarebbe imputabile a lui. Anzi, in presenza di un rifiuto delle cure siffatto, l'astensione del medico non sarebbe da ritenersi solo legittima, ma anche doverosa⁽³³⁾: la condotta del sanitario che si determinasse comunque al trattamento medico o chirurgico sarebbe da ritenersi inaccettabile tanto sotto il profilo costituzionale che deontologico⁽³⁴⁾; tale da tradursi, al limite, in un illecito penale *ex articolo 610 del codice penale o in altro delitto contro la libertà individuale*

⁽³²⁾ Il diritto al consenso informato trova in Italia il suo implicito riconoscimento già negli artt. 1 della l. 180/1978 e 33, co. 1, della l. 833/1978 («Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari»), ma bisogna attendere sino agli anni Novanta del Novecento per veder l'espressione "consenso informato" fare ufficialmente il suo ingresso nella legislazione italiana (art. 19, d.m. Sanità, 15 gennaio 1991, attuativo della l. 107/ 1990, in materia di trasfusioni di sangue). Il principio è sancito anche all'art. 5 della convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, nonché all'art. 3, comma II, della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il codice di deontologia medica del 2006 lo disciplina agli artt. 33, 35, 38. Si veda, da ultimo, l'importante sentenza della corte costituzionale n. 438/2008 (ripresa in corte costituzionale, n. 253/2009), nella quale si riconosce esplicitamente che il consenso informato, inteso quale «consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico», si configura quale «principio fondamentale in materia di tutela della salute»; «vero e proprio diritto della persona» che «trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della costituzione» e che si pone come «sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute» (in commento, tra gli altri, R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2008, 4953 ss.; D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il "consenso informato" ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2008, 4970 ss.).

⁽³³⁾ Corte di cassazione, sentt. 585/2001; 731/2001; 26446/2002; 21748/2007.

⁽³⁴⁾ Artt. 33, 35, 38 codice di deontologia medica 2006.

costituendo coazione violenta a subire qualcosa di esplicitamente rifiutato⁽³⁵⁾ e, dal punto di vista civile, in fonte di responsabilità risarcitoria, a prescindere dalla correttezza e dal buon esito del trattamento⁽³⁶⁾. Quando una libera, cosciente e informata volontà può essere espressa, insomma, nient'altro dovrebbe venire a questa sostituito nella decisione terapeutica.

Il principio *voluntas aegroti suprema lex* non dovrebbe tuttavia trasformarsi in alibi per l'indifferenza dello stato verso la salute e la vita dei cittadini che scelgano di rinunciarvi: in tali casi è dovere dello stato assicurarsi che essi parlino in forza della loro volontà e non in ragione della loro debolezza. Lo stato, allora, dovrebbe impegnarsi in una “strategia della persuasione”, volta a incentivare l'interesse dei cittadini per la propria salute e per la propria vita, attraverso la liberazione da quelle forme di privazione che potrebbero indurre un cittadino a maturare la scelta della rinuncia a esse sotto l'assillante pressione esercitata dalla condizione di bisogno, sofferenza, dolore e dall'impossibilità di assicurare a sé e alla propria famiglia un'esistenza dignitosa, anche nelle condizioni di malattia, invalidità, vecchiaia. Garantire a tutti il diritto di non soffrire, incentivando le cure palliative e le terapie del dolore per consentire di avere pensieri altri dalla propria sofferenza; creare strutture di assistenza e di sostegno materiale e psicologico per il malato terminale e per i suoi familiari, devono essere gli obiettivi di uno stato moderno che realmente voglia darsi sociale e che assuma la solidarietà e la tutela dei soggetti deboli e sofferenti come obiettivo fondamentale dell'azione dei pubblici poteri e delle istituzioni sociali (alla luce degli articoli 3, II comma, e 38 della costituzione).

Nonostante la chiarezza di questo disegno costituzionale teso a tenere insieme autodeterminazione terapeutica e solidarietà nei confronti dei deboli, tuttavia nelle stanze degli ospedali, nelle aule dei tribunali e, a quanto pare, anche nelle camere del parlamento, il rifiuto delle cure è ancora lontano dall'essere diritto garantito. Illustrano bene questa situazione di complessità e incertezza i casi giudiziari di Piergiorgio Welby ed Eluana Englaro, come pure il disegno di legge

⁽³⁵⁾ Corte d'assise di Firenze, sent. 18 ottobre 1990, n. 13 (*Caso Massimo*); corte di cassazione, sentt. 5639/1992; 1572/2001; 731/2001; 26446/2002.

⁽³⁶⁾ Corte di cassazione, sentt. 4394/1985; 10014/1994; 364/1997; 589/1999; 5444/2006.

recante *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*.

3.2. *Il diritto al rifiuto delle cure di persona capace e cosciente: il caso Welby*

Illuminante della contraddittoria attuazione del diritto costituzionale al rifiuto delle cure il caso giudiziario di Piergiorgio Welby, malato di distrofia muscolare scapolo-omerale progressiva dal 1963, senza possibilità di guarigione, ma non in fase terminale, ed anzi con una non brave aspettativa di vita; da anni costretto a uno stato di totale paralisi del corpo, fatta eccezione per i movimenti labiali e oculari, e dipendente dal 1997 da un apparato di ventilazione meccanica per respirare. Nonostante negli ultimi anni Welby riuscisse a comunicare con estrema difficoltà, conduceva con forza e consapevolezza una battaglia pubblica affinché potesse trovare riconoscimento il suo diritto di interrompere la terapia che lo teneva in vita contro la sua volontà⁽³⁷⁾.

La prima pronuncia che riguarda il caso Welby è l'ordinanza del tribunale di Roma, prima sezione civile, deposita il 16 dicembre 2006, che ha dichiarato inammissibile il ricorso *ex articolo 700* del codice procedura civile con cui Welby chiedeva, tramite i suoi rappresentanti, che si ordinasse a coloro che lo avevano in cura di «procedere all'immediato distacco del ventilatore artificiale» che gli assicurava la respirazione assistita, e contestualmente di procedere alla somministrazione di terapie sedative «idonee a prevenire e/o eliminare qualsiasi stato di sofferenza fisica e/o psichica del paziente stesso».

A fronte di tale richiesta, il tribunale di Roma, da un lato, riconosceva che «il principio dell'autodeterminazione e del consenso informato è una grande conquista civile delle società culturalmente evolute» che può considerarsi «ormai positivamente acquisito» (citando gli articoli 2, 13 e 32 della costituzione), per poi, dall'altro, lamentare che tuttavia, per i trattamenti terapeutici salva-vita, l'ordinamento giuridico «non prevede nessuna disciplina specifica sull'orientamento del rapporto medico-paziente e sulla condotta del medico ai fini dell'attuazione pratica del principio di autodeterminazione per la fase finale della vita umana, allorché la richiesta

⁽³⁷⁾ In una lettera aperta al presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, datata 22 settembre 2006, gli chiedeva di svolgere una funzione di sensibilizzazione nei confronti del parlamento affinché riflettesse sul tema dell'eutanasia, e nel libro *Lasciatemi morire* del 2006 chiedeva pubblicamente che fosse riconosciuto il suo diritto di morire con dignità.

riguardi il rifiuto o l'interruzione di trattamenti medici di mantenimento in vita del paziente». Anzi, se proprio si vuole ricavare qualche indicazione, «il principio di fondo ispiratore dell'intero ordinamento è quello dell'indisponibilità del bene vita», che il giudice di Roma desume dall'articolo 5 del codice civile, dagli articoli 575, 576, 577, 579, 580 del codice penale, nonché dagli articoli 35 e 37 del codice di deontologia medica del 2006. Sicché, concludeva il giudice, «il diritto del ricorrente di richiedere la interruzione della respirazione assistita e il distacco del respiratore artificiale, previa somministrazione della sedazione terminale, deve ritenersi sussistente», ma si tratta di un «diritto non concretamente tutelato dall'ordinamento», mancando una disposizione normativa *ad hoc*⁽³⁸⁾.

L'aspetto più grave di una pronuncia siffatta è stato il ritenere la costituzione italiana come qualcosa di esterno, separato rispetto al resto dell'ordinamento giuridico italiano, o comunque di non direttamente applicabile dai giudici ordinari nei rapporti intersoggettivi. Cosa che va contro l'opinione, ampiamente dominante nella giurisprudenza e dottrina costituzionali, per la quale le norme costituzionali possono costituire la base giuridica su cui fondare il riconoscimento immediato di diritti, da far valere tanto nei rapporti verticali con gli apparati pubblici, quanto, come in questo caso, nei rapporti orizzontali tra privati (c.d. *Drittewirkung*)⁽³⁹⁾. In altre parole, la giustiziabilità di interessi fondamentali della persona prescinde dalla mediazione legislativa e reclama una diretta tutela giurisdizionale sulla base della immediata precettività delle norme costituzionali; ragionando altrimenti, si incorre in una palese violazione dei principi che presiedono alla gerarchia delle fonti, condizionando l'applicazione di una norma costituzionale all'esistenza di fonti di rango inferiore. Non si può affermare, allora, che esiste un diritto soggettivo perfetto, ma che questo è insuscettibile di tutela: un diritto soggettivo o esiste o non esiste; se esiste non potrà

⁽³⁸⁾ Per commenti all'ordinanza del tribunale di Roma si vedano S. RODOTA, *Su Welby l'occasione mancata dei giudici*, in *La Repubblica*, 18 dicembre 2006, 1; F. SORRENTINO, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari; sulla facoltà del malato di interrompere le cure (tra art. 32 Cost. e c.p.)*, in *Quaderni regionali*, nn. 1-2/2007, 441 ss.; N. VICECONTE, *Il diritto di rifiutare le cure: un diritto costituzionalmente non tutelato? Riflessioni a margine di una discussa decisione del giudice civile sul «Caso Welby»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2007, 2359 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il giudice, la legge e i diritti di Welby*, in *La Repubblica*, 19 marzo 2007, 1 e 18.

⁽³⁹⁾ A partire da corte costituzionale, sent. 45/1965; sentt. 88/1979; 212/1983; 167/1986; 184/1986; 559/1987; 307/1990; 455/1990; 202/1991; 356/1991; 218/1994; 118/1996; 399/1996.

non essere tutelato, incorrendo l'organo di giustizia in un inammissibile *non liquet*, con l'effetto di lasciare senza risposta una pretesa giuridicamente riconosciuta. Al più, di fronte all'intreccio e alla confligenza di più interessi tutti costituzionalmente rilevanti (il diritto alla vita, il diritto all'autodeterminazione del paziente, la libertà di coscienza del medico), il tribunale di Roma, se proprio riteneva di non avere gli strumenti per interpretare l'ordinamento giuridico e operare un adeguato bilanciamento tra gli interessi contrapposti, piuttosto che denegare giustizia, avrebbe dovuto portare la questione di fronte alla corte costituzionale.

La richiesta di Piergiorgio Welby, rimasta inudita di fronte al tribunale civile di Roma, è stata accolta dal medico anestesista Mario Riccio, che il 20 dicembre 2006 ha proceduto al distacco del ventilatore polmonare e alla contestuale somministrazione di terapie sedative idonee a eliminare la possibile insorgenza di dolore in conseguenza del distacco stesso, ma in dosi comunque non sufficienti a inibire da sole la funzione respiratoria. Tutto ciò senza l'autorizzazione, ma anzi contro la recentissima decisione dell'autorità giudiziaria. Piergiorgio Welby è morto la notte di quello stesso giorno.

Per questo il dottor Mario Riccio è stato imputato per il reato di omicidio del consenziente con l'ordinanza del gip del tribunale di Roma, 10 luglio 2007, nonostante il procuratore della Repubblica di Roma avesse richiesto l'archiviazione del fascicolo (5 marzo 2007), ritenendo che il distacco del respiratore fosse stato posto in essere «per dare effettività al diritto fondamentale del paziente di rifiutare il trattamento medico al quale era sottoposto» e quindi non potesse essere ritenuta *contra legem*, e in questo senso pure si fosse espresso l'ordine dei medici di Cremona. Per il gip, invece, pur essendo molto avvertita «l'esigenza di rispettare la volontà del paziente, nella fase finale della propria vita», tuttavia, non si può che ribadire «la necessità di una disciplina normativa che preveda delle regole alle quali attenersi in simili casi, fissando, in particolare, il momento in cui la condotta del medico rientri nel divieto di accanimento terapeutico». In assenza di tale disciplina normativa, «al principio di cui all'art. 32 Cost. o alle altre norme internazionali o di grado secondario, non può essere riconosciuta un'estensione tale da superare il limite insuperabile del diritto alla vita», che «nella sua sacralità, inviolabilità e indisponibilità, costituisce un limite per tutti gli altri diritti che, come quello affermato dall'art. 32 Cost., siano posti a tutela della dignità umana».

Il procedimento nei confronti di Mario Riccio – e con esso anche la vicenda giudiziaria del caso Welby – si è concluso con la sentenza del

tribunale penale di Roma del 23 luglio 2007 (depositata il 17 ottobre 2007), che ha dichiarato il non luogo a procedere nei suoi confronti «perché non punibile per la sussistenza dell'esimente dell'adempimento di un dovere». Ciò sulla base dell'argomento per cui il rifiuto di una terapia, anche già iniziata, «costituisce un diritto costituzionalmente garantito e già perfetto, rispetto al quale sul medico incombe, in ragione della professione esercitata e dei diritti e doveri scaturenti dal rapporto terapeutico instauratosi con il paziente, il dovere giuridico di consentirne l'esercizio». Con la conseguenza che se il medico, in ottemperanza a tale dovere, contribuisce a determinare la morte del paziente con l'interruzione di terapie salva-vita, egli non è chiamato a rispondere penalmente del diritto di omicidio del consenziente, «in quanto avrebbe operato alla presenza di una causa di esclusione del reato e segnatamente quella prevista dall'art. 51 c.p.». La fonte del dovere per il medico, quindi, «risiederebbe in prima istanza nella stessa norma costituzionale, che è fonte di rango superiore rispetto alla legge penale, e l'operatività della scriminante nell'ipotesi sopra delineata è giustificata dalla necessità di superare la contraddizione dell'ordinamento giuridico che, da una parte, non può attribuire un diritto e, dall'altro, incriminarne l'esercizio».

3.3. *Il rifiuto delle cure per persona non più capace e in stato di incoscienza: il caso Englaro*

Altro caso che ha avuto ampia risonanza nelle cronache italiane è quello di Eluana Englaro, donna in stato vegetativo permanente dal 1992, quando, ventenne, aveva riportato un gravissimo trauma cranico-encefalico a seguito di un incidente stradale. In ragione del suo stato, Eluana, pur essendo in grado di respirare autonomamente, e pur conservando le funzioni cardiovascolari, gastrointestinali e renali, era radicalmente incapace di vivere esperienze cognitive ed emotive, e quindi di avere alcun contatto con l'ambiente esterno.

La vicenda giudiziaria – che ha interessato diverse decisioni, a partire dal ricorso *ex articolo* 732 del codice di procedura civile depositato il 19 gennaio 1999 presso il tribunale di Lecco – verteva intorno alla richiesta del signor Englaro, tutore legale della figlia interdetta, affinché anche a Eluana, nonostante il suo stato, fosse riconosciuto il diritto al rifiuto delle cure, e in particolare che le fosse riconosciuto il diritto alla sospensione della nutrizione e idratazione artificiale dalle quali dipendeva il suo mantenimento in stato vegetativo permanente.

La sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007 della prima sezione civile della corte di cassazione ha segnato le fasi conclusive della vicenda, dettando la regola di diritto da fare valere nel caso in cui manchi una esplicita manifestazione di volontà (attuale o pregressa) del paziente in stato vegetativo permanente, ma il suo mantenimento in vita attraverso trattamenti di sostentamento artificiale venga denunciato dai suoi legali rappresentanti come per lui non dignitoso e degradante.

In essa la corte di cassazione opera, in primo luogo, una riconoscenza dei principi vigenti nell'ordinamento giuridico italiano in materia di autodeterminazione terapeutica: il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario e, «senza il consenso informato, l'intervento medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente»; il principio del consenso informato 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, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale»; il diritto del singolo alla salute «implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute», dovendosi escludere «che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita»; l'obbligo del medico di curare, che si fonda sul consenso del malato, «cessa – insorgendo il dovere giuridico del medico di rispettare la volontà del paziente contraria alle cure – quando il consenso viene meno in seguito al rifiuto delle terapie da parte di costui»; alla dichiarazione attuale di volontà del paziente cosciente sono equiparate quelle con le quali il paziente in stato di incoscienza abbia, «allorché era nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, specificamente indicato, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza».

Tale quadro compositivo dei valori in gioco – essenzialmente fondato sulla libera disponibilità del bene salute da parte del diretto interessato nel pieno possesso delle sue capacità di intendere e di volere – non è tuttavia riproducibile qualora il soggetto adulto non sia più in grado di manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità e neppure l'abbia dichiarata prima di cadere in tale condizione. In tale situazione, per la corte di cassazione, «pur a fronte dell'attuale carenza di disciplina legislativa, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela» e impone al giudice

una «delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali».

In caso di incapacità del paziente, i principi costituzionali di ispirazione solidaristica esigono in prima battuta che il medico intervenga ed effettui «quegli interventi urgenti che risultino nel miglior interesse terapeutico del paziente». Ma, superata l'urgenza dell'intervento derivante dallo stato di necessità, 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 che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati». I doveri di cura della persona in capo al tutore si sostanziano, dunque, anche nel prestare il consenso informato con riferimento ai trattamenti medici che hanno come destinatario la persona in stato di incapacità, con i limiti dell'«agire nell'esclusivo interesse dell'incapace» e del «decidere non "al posto" dell'incapace né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace», ricostruendo cioè la *presunta volontà del paziente incosciente* «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».

Se prima si esigeva, per darle corso, una volontà del paziente, attuale o pregressa, purché acclarata da documenti inequivocabili e pertinenti con lo stato di malattia in atto, dopo la sentenza della cassazione assume rilievo anche la volontà presunta della persona in stato di incoscienza, «ricostruita alla stregua di chiari, univoci e convincenti elementi di prova», quali vengono ritenuti non solo precedenti dichiarazioni dell'interessato, ma anche il suo stile di vita, il suo carattere, il suo senso dell'integrità, i suoi interessi critici e di esperienza.

La domanda che si impone, a fronte di un'interpretazione sì lata del principio di autodeterminazione terapeutica, è quanto di tale principio effettivamente persista in una lettura che qualifica come autonomia anche la decisione presa da altri sulla base della ricostruzione di una volontà presunta, e quanto invece esso non finisce per scolorare nell'assai più liquido principio del miglior interesse, che gode di una base costituzionale decisamente meno vincolante rispetto a quella offerta dall'articolo 32, II comma, della costituzione. Il dubbio che resta è se una decisione assunta con l'intento di non discriminare i pazienti in

base alla loro condizione di capacità o incapacità non finisce in realtà per discriminare proprio le persone in stato vegetativo permanente: mentre, infatti, per tutti gli altri pazienti – sia coscienti, sia in stato di incoscienza – si esige un test rigoroso di chiarezza e fermezza della loro volontà, soprattutto quando sia nel senso della sospensione o non applicazione di trattamenti di sostegno vitale, per quelli in stato vegetativo permanente si ritiene sufficiente la prova della loro volontà presunta quale ricostruita dal legale rappresentante. Di fronte a decisioni tragiche, come quelle che possono condurre alla morte una persona attraverso la sospensione o non applicazione di trattamenti che sarebbero in grado di mantenerla in vita, il principio di precauzione imporrebbe che si ottenessse il massimo grado di certezza sulla volontà in tal senso della persona stessa: se l'autodeterminazione terapeutica è ciò che consente di sacrificare il bene della vita a fronte di una scelta di non curarsi, essa dovrebbe anche essere elemento imprescindibile affinché tale sacrificio possa avvenire.

Alla sentenza 21748 del 2007 ha dato attuazione il decreto della prima sezione civile della corte d'appello di Milano, n. 88 del 26 giugno 2008, che, ritenendo ricorrenti le condizioni poste dalla sentenza della corte di cassazione, ha disposto l'interruzione dei trattamenti. Ma la sentenza non ha avuto solo un seguito giudiziario, ma anche politico-istituzionale: le camere, infatti, hanno sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello stato contro la corte di cassazione, muovendo l'accusa di aver condotto un'attività giudiziaria completamente al di fuori da ogni canone ermeneutico, priva di *riscontri* normativi nell'ordinamento giuridico esistente; e dunque arbitraria, creativa, sostanzialmente legislativa, nomogenetica anziché nomofilattica, compiendo di fatto scelte di politica generale spettanti alle camere. Sui ricorsi di camera e senato, la corte costituzionale ha deciso con ordinanza n. 334/2008, pronunciandosi nel senso dell'inammissibilità in quanto «non sussiste il requisito oggettivo per l'instaurazione dei conflitti sollevati»⁽⁴⁰⁾.

Eluana Englaro è morta il 9 febbraio 2009. La notizia è giunta mentre in senato si stava svolgendo un dibattito dai toni infuocati tra le diverse componenti politiche (ma anche etiche) in esso presenti su di un disegno di legge di iniziativa governativa, composto da un unico articolo, che vietava la sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione

⁽⁴⁰⁾ Sulla vicenda Englaro e sulla pronuncia della corte costituzionale sul conflitto di attribuzione sia consentito il rinvio a C. TRIPODINA, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del «caso Englaro»)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5/2008, 371 ss.

artificiale in soggetti non in grado di provvedere a se stessi⁽⁴¹⁾. Cessata l'urgenza di provvedere per il caso di Eluana, il disegno di legge di iniziativa governativa è stato ritirato e si è aperta la discussione su di un testo più articolato relativo al testamento biologico e alla disciplina dei casi di fine vita.

3.4 *Il disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate: profili di illegittimità*

Il disegno di legge recante *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, dopo avere passato il vaglio del senato e poi, con emendamenti, della camera, è ora allo studio del senato per la sua approvazione definitiva⁽⁴²⁾.

Esso si connota, a prima lettura, per il ruolo debole che viene attribuito alla volontà del paziente e, di conseguenza, alle dichiarazioni anticipate di trattamento. Basti dire che le parole “volontà” e “autodeterminazione” non compaiono mai e, nell’ultima versione uscita

⁽⁴¹⁾ Il disegno di legge n. 1369[33], contenente *Disposizioni in materia di alimentazione ed idratazione*, era stato presentato alla presidenza del senato della Repubblica il 6 febbraio 2009 dal presidente del consiglio dei ministri (Berlusconi) e dal ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali (Sacconi), e si componeva di un unico articolo del seguente tenore: «1. In attesa dell’approvazione di una completa e organica disciplina legislativa in materia di fine vita, l’alimentazione e l’idratazione, in quanto forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze, non possono in alcun caso essere sospese da chi assiste soggetti non in grado di provvedere a se stessi. 2. La presente legge entra in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale». Il disegno di legge aveva l’identico contenuto di un decreto legge, che però il capo dello stato Napolitano aveva rifiutato di emanare, non riscontrando, tra l’altro, la ricorrenza dei presupposti di necessità e urgenza.

⁽⁴²⁾ Il disegno di legge è stato dapprima approvato dal senato della Repubblica il 26 marzo 2009, in un testo risultante dall’unificazione di diversi disegni di legge; approvato poi con modifiche dalla camera dei deputati il 12 luglio 2011, è stato nuovamente trasmesso al senato, dove ora giace, in attesa di ulteriore approvazione. A commento del disegno di legge si vedano, tra gli altri, F. MANNELLA, *Prime osservazioni sul d.d.l. in materia di “alleanza terapeutica, consenso informato, dichiarazioni anticipate di trattamento”: quando l’indisponibilità del diritto alla vita si traduce nell’impossibilità di autodeterminazione*, in www.gruppodipisa.it; A. PIOGGIA, *Il disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento: esempi di fallimenti e di molte occasioni perdute nell’attuazione della Costituzione*, in www.costituzionalismo.it, n. 1/2009; M. VILLONE, *Costituzione liberale vs legislatore illiberale. Il caso del testamento biologico*, in www.costituzionalismo.it, n. 1/2011.

dalla camera, è stata soppressa anche la parola “indicazioni”: si parla esclusivamente di “orientamenti” espressi dal dichiarante.

Tra i *principi generali* che governano la legge, l’articolo 1, al primo comma, elenca «la tutela della vita umana, quale diritto inviolabile ed indisponibile, garantito anche nelle fasi terminali dell’esistenza e nell’ipotesi in cui la persona non sia più in grado di intendere e volere»; la garanzia della «dignità di ogni persona in via prioritaria rispetto all’interesse della società e alle applicazioni della tecnologia e della scienza»; il divieto di «ogni forma di eutanasia o di aiuto al suicidio»; l’obbligo per il medico di informare il paziente «sui trattamenti terapeutici più appropriati» e «sul divieto di qualunque forma di eutanasia»; il riconoscimento che «nessun trattamento sanitario può essere attivato a prescindere dall’espressione del consenso informato». L’auspicato e atteso divieto generale e assoluto di accanimento terapeutico nei confronti di qualunque paziente, indipendentemente dallo stato terminale della sua malattia, è trasformato nella più flebile e meno chiara garanzia che il medico, per i (soli?) «casi di pazienti in stato di fine vita o in condizioni di morte prevista come imminente», si debba astenere dal porre in essere «trattamenti straordinari non proporzionati rispetto alle condizioni cliniche del paziente o agli obiettivi di cura». Nonostante l’esplicito richiamo agli articoli 2, 13 e 32 della costituzione, tra i principi generali non si fa dunque cenno al rispetto dell’autodeterminazione terapeutica del paziente, che pure, di un disegno di legge così intitolato, avrebbe dovuto costituire la chiave di volta.

L’autodeterminazione del paziente appare, al contrario, fortemente limitata nella misura in cui la manifestazione del consenso ai trattamenti sanitari viene prevista come necessaria solo per quelli che debbano essere ancora *attivati*⁽⁴³⁾, mentre nulla si dice circa l’eventuale mancanza di consenso o l’esplicito dissenso rispetto ai trattamenti già attivi dei quali si voglia la sospensione. Il testo della legge mira così a legittimare la tesi della differenza giuridica, oltreché morale, tra non iniziare un trattamento medico e sosporarlo, nonostante il fatto che le ragioni che giustificano il non avvio di un trattamento possono

⁽⁴³⁾ Nell’articolo 1.1.e) si afferma, infatti, che «nessun trattamento sanitario può essere *attivato* a prescindere dall’espressione del consenso informato», e nell’articolo 2.1 si ribadisce che «ogni trattamento sanitario è *attivato* previo consenso informato esplicito ed attuale del paziente prestato in modo libero e consapevole».

giustificare anche l'interruzione (in entrambi i casi occorre la medesima coscienza morale e in entrambi i casi il medico non instaura il processo causale che conduce alla morte del paziente, ma si inserisce in un processo già messosi in atto autonomamente) e, soprattutto, nonostante il fatto che l'articolo 32, II comma, della costituzione, nell'affermare che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario, non lasci intravedere alcuna differenza tra il rifiutare un trattamento da attivare e il rinunciare a un trattamento già avviato.

Il cuore normativo del disegno di legge è contenuto negli articoli 3 e 4, dove vengono tracciati i contorni del nuovo strumento giuridico delle *dichiarazioni anticipate di trattamento* (dat), definite come un documento redatto «in stato di piena capacità di intendere e di volere e di compiuta informazione medico-clinica, con riguardo ad un'eventuale futura perdita permanente della propria capacità di intendere e volere», nel quale siano espressi «orientamenti e informazioni utili per il medico, circa l'attivazione di trattamenti terapeutici, purché in conformità a quanto prescritto dalla presente legge» (art. 3.1).

Quanto a *forma e durata*, il progetto di legge dispone che «le dichiarazioni anticipate di trattamento non sono obbligatorie, sono redatte in forma scritta con atto avente data certa e firma del soggetto interessato maggiorenne, in piena capacità di intendere e volere dopo una compiuta e puntuale informazione medico-clinica, e sono raccolte esclusivamente dal medico di medicina generale che contestualmente le sottoscrive» (art. 4.1); eventuali dichiarazioni di intenti o orientamenti espressi dal soggetto al di fuori delle forme e dei modi previsti dalla presente legge «non hanno valore e non possono essere utilizzati ai fini della ricostruzione della volontà del soggetto» (art. 4.2). Le dichiarazioni anticipate hanno validità di cinque anni, termine oltre il quale perdono ogni efficacia, ma possono essere rinnovate più volte (art. 4.3); possono essere revocate o modificate in ogni momento dal soggetto interessato (art. 4.4); devono essere inserite nella cartella clinica dal momento in cui assumono rilievo dal punto di vista clinico (art. 4.5); l'articolo 8 prevede l'istituzione di un registro delle dichiarazioni anticipate di trattamento nell'ambito di un archivio unico nazionale informatico presso il ministero della salute. Il progetto di legge, all'articolo 6, prevede anche la possibilità di nomina di un *fiduciario* «maggiorenne, capace di intendere e volere, il quale accetta la nomina sottoscrivendo la dichiarazione»; egli «è l'unico soggetto legalmente autorizzato ad interagire con il medico e si impegna ad agire nell'esclusivo e migliore interesse del paziente, operando sempre e solo secondo le

intenzioni legittimamente esplicitate dal soggetto nella dichiarazione anticipata» (art. 6.3); in caso di assenza di nomina del fiduciario, i suoi compiti «sono adempiuti dai familiari, come indicati dal libro secondo, titolo II, capi I e II, del codice civile» (art. 6.8).

Quanto ai *contenuti*, e soprattutto ai limiti ai contenuti, nelle dichiarazioni anticipate di trattamento si possono esclusivamente esprimere «orientamenti e informazioni utili per il medico, circa l'attivazione di trattamenti terapeutici» (art. 3.1), senza che nulla – anche in questo caso – possa essere determinato circa eventuali trattamenti già applicati, di cui si voglia chiedere l'interruzione. L'unica cosa alla quale si può rinunciare esplicitamente nelle dichiarazioni anticipate di trattamento sono «forme particolari di trattamento terapeutico in quanto di carattere sproporzionato o sperimentale» (art. 3.2); e pare davvero curioso, per non dire irrazionale, che si riconosca come una facoltà del paziente la possibilità di rinunciare proprio (e solo) a quei trattamenti sproporzionati dai quali in altra parte della legge si garantisce che il medico debba astenersi (art. 1.1, f): se i trattamenti sproporzionati sono in sé un male dal quale garantire il paziente, non si vede poi come gli possa essere lasciata la scelta di decidere circa la loro applicazione.

Al comma 4 dell'articolo 3, la legge si occupa di *alimentazione e idratazione artificiale*, forse il nodo più controverso della legge e sicuramente il fulcro da cui ha preso le mosse. Essa stabilisce che «alimentazione e idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, devono essere mantenute fino al termine della vita, ad eccezione del caso in cui le medesime risultino non più efficaci nel fornire al paziente in fase terminale i fattori nutrizionali necessari alle funzioni fisiologiche essenziali del corpo». Idratazione e nutrizione artificiale non sono dunque rifiutabili: un divieto netto che, per come è formulato, appare assoluto, non riferito, cioè, alle sole dichiarazioni anticipate di trattamento, delle quali comunque il progetto di legge precisa che non possono formare oggetto⁽⁴⁴⁾. Il legislatore prende così posizione su una questione assai dibattuta, non solo nel mondo politico, ma anche e soprattutto

⁽⁴⁴⁾ In tal caso, qualora il divieto fosse realmente assoluto, si porrebbero dubbi sulla ragionevolezza della distinzione tra la possibilità di rifiutare sempre cibo e acqua (si pensi, per esempio, al divieto di alimentazione forzata dei detenuti in sciopero della fame, su cui, tra gli altri, V. ONIDA, *Dignità della persona e "diritto di essere malati"*, in *Questione giustizia*, n. 2/1982, 361 ss.; M. RUOTOLI, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2002) e l'impossibilità di fare altrettanto con idratazione e nutrizione artificiale.

scientifico – spaccato sul punto se i trattamenti di nutrizione e idratazione artificiale possano essere configurati come “trattamenti sanitari” e dunque rifiutati *ex articolo* 32 della costituzione⁽⁴⁵⁾, o non rientrino piuttosto in quel prendersi cura minimo che deve essere garantito a ogni persona affinché non muoia di fame o di sete⁽⁴⁶⁾ –, ponendosi in urto con le indicazioni della corte costituzionale, per le quali «non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni», ma qualora voglia intervenire in materia, dovrebbe farlo sulla base «dello stato attuale delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite»⁽⁴⁷⁾.

Limiti forti al diritto di autodeterminazione terapeutica derivano non solo dai contenuti che, per il progetto di legge, possono assumere le dichiarazioni anticipate di trattamento, ma anche dall'*efficacia* che a esse si riconosce. Da un lato, il progetto dice che la dichiarazione anticipata di trattamento «assume rilievo nel momento in cui il soggetto si trovi nell’incapacità permanente di comprendere le informazioni circa il trattamento sanitario e le sue conseguenze per accertata assenza di attività cerebrale integrativa corticale-sottocorticale, e pertanto non

⁽⁴⁵⁾ Così, tra gli altri, GRUPPO DI LAVORO SU NUTRIZIONE E IDRATAZIONE NEI SOGGETTI IN STATO DI IRREVERSIBILE PERDITA DELLA COSCIENZA, *La nutrizione e idratazione nei soggetti in stato di irreversibile perdita della coscienza*, in *Bioetica*, n. 2/2001, 306; SOCIETA ITALIANA DI NUTRIZIONE ARTIFICIALE E METABOLISMO (SINPE), *Linee guida SINPE per la Nutrizione Artificiale Ospedaliera 2002*, in *Rivista Italiana di Nutrizione Parenterale ed entrale*, 2002, 51 ss. Nella letteratura medica straniera: AMERICAN ACADEMY OF NEUROLOGY, *Guidelines on the vegetative state: Commentary on the American Academy of Neurology statement and Position of the American Academy of Neurology on certain aspects of the care and management of the persistent vegetative state*, in *Neurology*, 1989, 39, 123-126; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Withholding and Withdrawing Life-prolonging Medical Treatment*, BMJ Books, London 1999 (il testo è stato elaborato dal *Medical Ethics Committee* della BMA e riprende, confermandolo, l’orientamento già espresso nel 1992 dallo stesso organismo). In questo senso anche corte di cassazione, n. 21748/2007.

⁽⁴⁶⁾ GRUPPO DI STUDIO BIOETICA E NEUROLOGIA, *Documento sullo stato vegetativo persistente*, in *Bioetica*, n. 2/1993, 385-391. Tra i documenti della Chiesa Cattolica: PONTIFICIO CONSIGLIO “COR UNUM”, *Questioni etiche relative ai malati gravi e ai morenti*, Giugno 1981; PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA PASTORALE PER GLI OPERATORI SANITARI, *Carta degli operatori sanitari*, n. 120, 1995, 93 s.; CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Risposte a quesiti della conferenza episcopale statunitense circa l’alimentazione e l’idratazione artificiali*, 1 agosto 2007.

⁽⁴⁷⁾ Corte costituzionale, sentt. nn. 282/2002, 338/2003, 151/2009.

possa assumere decisioni che lo riguardano» (art. 3.5) ⁽⁴⁸⁾; dall'altra, dispone che «in condizioni di urgenza o quando il soggetto versa in pericolo di vita immediato, la dichiarazione anticipata di trattamento non si applica» (art. 4.6): il quadro che ne risulta è quantomeno contraddittorio, in quanto proprio nel momento dell'urgenza e quando il soggetto versa in pericolo di vita, cioè tipicamente nel momento in cui il soggetto non è in condizioni di esprimere la propria volontà e vengono attivati trattamenti medici salva-vita, il legislatore stabilisce che non si debba tenere conto di eventuali dichiarazioni anticipate di volontà.

Il colpo finale all'istituto delle dichiarazione anticipate di trattamento viene inferto dall'articolo 7 del disegno di legge riservato al *ruolo del medico*: dispone infatti, al primo comma, che «gli orientamenti espressi dal soggetto nella sua dichiarazione anticipata di trattamento sono presi in considerazione dal medico curante che, sentito il fiduciario, annota nella cartella clinica le motivazioni per le quali ritiene di seguirli o meno» ⁽⁴⁹⁾. Il medico curante, qualora non intenda seguire gli orientamenti espressi dal paziente nelle dichiarazioni anticipate di trattamento, può dunque liberamente disattenderli, con il solo onere di sentire il fiduciario e annotare in cartella clinica le ragioni del suo dissenso. In tal modo è svuotata di senso la dichiarazione anticipata di trattamento del paziente, che, ben lungi dall'essere considerata *suprema*

⁽⁴⁸⁾ Senza tenere conto di altri casi, diversi dallo stato vegetativo permanente, in cui il soggetto potrebbe trovarsi comunque nelle condizioni di non potere manifestare il suo consenso perché privo di coscienza o in condizioni di coscienza alterata.

⁽⁴⁹⁾ La disposizione riecheggia l'articolo 9 della convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, per il quale «saranno prese in considerazione le volontà precedentemente espresse nei confronti dell'intervento medico se il paziente non è in grado di esprimere la sua volontà», ma, si noti, nella convenzione non si parla di orientamenti, bensì di volontà (ed è significativo che proprio questo termine sia stato emendato nell'articolo in parola nel passaggio del disegno di legge dal senato alla camera). Nel punto 62 del rapporto esplicativo si spiega, inoltre, che l'articolo 9 della convenzione «afferma che quando le persone hanno previamente espresso le loro volontà, tali volontà dovranno essere tenute in considerazione. Tuttavia tenere in considerazione i desideri precedentemente espressi non significa che essi debbano necessariamente essere seguiti. Per esempio, quando le volontà sono state manifestate molto tempo prima dell'intervento e nel frattempo le scienze si è evoluta, potrebbero essere giustificato non rispettare l'opinione del paziente. Il medico potrebbe così, per quanto possibile, assicurarsi che le volontà del paziente si applichino alla situazione presente e siano tutt'ora attuali, tenuto conto dell'evoluzione della tecnica medica».

lex, viene del tutto soggiogata alla volontà del medico, che, libero di valutarla «in scienza e coscienza» (art. 7.3), può opporre al suo rispetto non solo argomenti scientifici, ma anche di natura meramente etica. Per garantire la volontà del paziente, ma pure non soggiogare totalmente ad essa quella del medico, una soluzione intermedia avrebbe potuto essere quella di riconoscere alle dichiarazioni anticipate di volontà carattere non assolutamente vincolante, ma neppure meramente orientativo: ossia, da un lato – a salvaguardia della scienza del medico –, riconoscere vincolatività alla volontà del paziente *rebus sic stantibus*, garantendo cioè al medico uno spazio di valutazione discrezionale per verificare l'attualità delle dichiarazioni dal punto di vista scientifico, in relazione a eventuali sviluppi di rilievo della tecnologia medica obiettivamente inconoscibili dal paziente al momento della sottoscrizione delle dichiarazioni; dall'altro – a salvaguardia della coscienza del medico –, riconoscere il suo diritto all'obiezione di coscienza, ma associato all'onere di indirizzare il paziente presso altro medico pronto ad agire in conformità alle sue disposizioni⁽⁵⁰⁾.

Per altro, neppure la volontà del medico è sovrana, perché – puntualizza l'articolo 7, comma 3 – gli orientamenti del paziente devono essere valutati dal medico «in applicazione del principio di inviolabilità della vita umana e della tutela della salute e della vita, secondo i principi di precauzione, proporzionalità e prudenza»: le considerazioni scientifiche ed etiche del medico, dunque, non sono libere, ma devono piegarsi al rispetto della gerarchia di principi predeterminata in via generale ed astratta dal legislatore, senza che naturalmente tra questi trovi lo spazio di un ricordo il principio di autodeterminazione terapeutica⁽⁵¹⁾.

Il disegno di legge, per tutto ciò, appare nel suo complesso e nelle singole parti indicate in contrasto con il diritto all'autodeterminazione terapeutica quale risulta dalla lettura congiunta degli articoli 2, 13 e 32, II comma, della costituzione.

⁽⁵⁰⁾ Sul modello del *Natural Death Act* (sezione 7191, b), la prima legge approvata in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento, emanata in California nel 1976.

⁽⁵¹⁾ Nell'ultima versione approvata alla camera, sono stati soppressi le disposizioni riguardanti possibili conflitti tra fiduciario o familiari e medico curante (nella versione approvata dal senato si prevedeva la valutazione di un collegio di medici, il cui parere, comunque, non era vincolante per il medico curante «il quale non è tenuto a porre in essere prestazioni contrarie alle sue convinzioni di carattere scientifico e ideologico»).

4. Conclusioni: il “buon legislatore” nell’età della tecnica

Le narrate storie del diritto a procreare artificialmente e a morire naturalmente sono storie diverse sotto molti profili.

La storia del (rivendicato) diritto alla procreazione artificiale è la storia di un vuoto che la corte costituzionale chiede di colmare con legge – ritenuta costituzionalmente necessaria – per dare tutela ai diritti del nato da procreazione artificiale e ai plurimi interessi costituzionali coinvolti. Interviene una legge dai più percepita come eticamente orientata, e la storia continua con interventi dei giudici comuni e del giudice costituzionale diretti a correggerne i profili di contrasto con la costituzione.

La storia del (rivendicato) diritto a morire naturalmente è essa pure la storia di un vuoto legislativo, che ha però alle spalle una norma costituzionale chiara, che riconosce in modo esplicito il diritto a non essere obbligati ad alcun trattamento sanitario. È dunque sostanzialmente una storia di giudici che, in carenza del dato legislativo attuativo della costituzione, o dichiarano la propria impossibilità a risolvere attraverso i consueti strumenti interpretativi i casi che pendono di fronte a loro, finendo con il parlare di diritti costituzionalmente riconosciuti ma privi di tutela giuridica; o, per converso, riconoscono la doverosità di una decisione per dare tutela ai diritti costituzionalmente riconosciuti, impegnandosi a ricostruire la regola di giudizio da far valere nel caso concreto nel quadro dei principi costituzionali. In un caso, i giudici decidono di non decidere a causa della carenza legislativa; nell’altro, di decidere nonostante tale carenza; in entrambi, vi è chi ha polemizzato con tali decisioni, accusando i giudici o di aver violato il divieto di *non liquet*, o di avere posto in essere attività creatrice di diritto, così invadendo la sfera di competenza del legislatore. La storia continua con una proposta di legge in discussione in parlamento in materia di consenso informato e dichiarazioni anticipate di trattamento, anch’essa percepita dai più come eticamente orientata.

Pur nella diversità di queste storie, esse risultano comunque accomunate dal complesso intreccio tra diritto politico e diritto giurisprudenziale che in esse si consuma.

Andando più a fondo nell’analisi di questo intreccio, si può considerare – con rilievo, invero, banale – come i due elementi che lo compongono non siano pariordinati: la decisione sulle materie eticamente sensibili (come pure sulle altre materie) dovrebbe, infatti, spettare in prima battuta al legislatore, e solo in subordine ai giudici: dice la corte costituzionale, a fronte di casi che pongano in causa plurime esigenze costituzionali da tutelare, «l’individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti,

nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore»; tuttavia, secondariamente, qualora la legge manchi, «spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali»⁽⁵²⁾.

In realtà è proprio il rilievo banale della primazia della decisione legislativa che, di fronte a storie come quelle prese in considerazione in questo studio, e più in generale di fronte alle questioni eticamente sensibili, viene messo in discussione in Italia in questo scorciò di inizio millennio.

Di fronte a un legislatore che è in cronico ritardo ed eterno affanno rispetto all'evoluzione della scienza e ai problemi che essa pone, e che, quando decide, almeno in Italia, lo fa seguendo un “modello impositivo”⁽⁵³⁾, “dall'alto”⁽⁵⁴⁾, tale per cui a tutti impone ciò che la maggioranza (parlamentare) considera eticamente corretto (così sia la legge sulla procreazione medicalmente assistita, sia il disegno di legge su consenso informato e dichiarazioni anticipate di trattamento), da parte di molti si giunge a teorizzare la via giudiziaria come la più adeguata nell'assunzione di decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse (“modello del buon giudice”)⁽⁵⁵⁾. Secondo questa ricostruzione teorica, il diritto legislativo starebbe mostrando le corde, vale a dire la sua strutturale inadeguatezza a disciplinare le questioni più complesse che la società del presente, con il suo pluralismo di valori, di culture e di modelli, impone: inadeguatezza resa palese dal suo lessico schematizzante e paradigmatico,

⁽⁵²⁾ Secondo il dettato della già citata sentenza della corte costituzionale n. 347/1998.

⁽⁵³⁾ Parla di “modello impositivo” - che tende a imporre modelli di comportamento individuale tesi al rispetto e alla promozione, anche contro la volontà del singolo, di quello che l'ordinamento suppone sia il suo bene - in alternativa a un “modello permissivo” - che riconosce il singolo come agente morale assolutamente libero e ne rispetta l'autonomia e l'autodeterminazione - C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, Università degli studi di Trento, 2006, 131 ss.

⁽⁵⁴⁾ Parla di approccio del diritto “dall'alto” - in cui prevale un’idea astratta della persona e dei suoi interessi - in alternativa a un approccio “dal basso” - che pone al suo centro una visione concreta della persona e dei fatti in cui è coinvolta - P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 7 ss.

⁽⁵⁵⁾ Sui limiti del diritto legislativo come premessa per un aumento del potere creativo dei giudici, *ex multis*, M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984, 8 e, di recente, G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, Relazione al convegno *Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach*, tenutosi a Roma, Luiss-Guido Carli, 26 ottobre 2009, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

dalla sua astrattezza e generalità, dalla sua rigidità e fissità, dal fatto che può imporre a maggioranza scelte definitive tra valori in conflitto, quando il compromesso su di essi risulta troppo difficile o impossibile, con una delegittimazione quasi totale di quelli sacrificati. Viceversa, il diritto giurisprudenziale sarebbe in grado di offrire tutela ai diritti, e a quelli di ultima generazione in particolare, da un lato garantendo la massima aderenza del diritto alle mutevoli esigenze del caso concreto e la sua costante adattabilità a una realtà in continua trasformazione⁽⁵⁶⁾; dall'altro non imponendo mai scelte definitive tra i valori in conflitto, ma solo decisioni valide per casi o profili specifici⁽⁵⁷⁾. In ragione di tutto ciò, viene formulato l'auspicio di un incremento e potenziamento di operatività del già instaurato “dialogo tra le Corti”, ossia del circolo virtuoso attivo tra i giudici, comuni e costituzionali, nazionali e sovranazionali – ormai «*bouche du droit*» (dell'intero sistema normativo, cioè) e non della semplice *lois*⁽⁵⁸⁾ –, in grado di garantire la cosiddetta tutela *multilevel* dei diritti senza bisogno di passare dal legislatore, ma applicando in via diretta e immediata i testi costituzionali.

L'esito ultimo di una teorizzazione siffatta è chiaro: viene rinnegata qualunque priorità logico-temporale della decisione legislativa su quella giurisprudenziale, qualunque sua necessarietà. La “competenza normativa concorrente” del diritto giurisprudenziale⁽⁵⁹⁾, da eccezionale e residuale rispetto al diritto legislativo, si fa progressivamente ordinaria e prevalente, e la denuncia dell'assenza di una legge diviene mera clausola di stile per aprire a creazioni giurisprudenziali.

È questo esito desiderabile? È desiderabile la marginalizzazione del parlamento nell'assunzione delle decisione politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse, come quelle sul nascere e morire?

A me non pare, se, oltre ai possibili vantaggi – il diritto non più proprietà di uno solo, ma «oggetto delle cure di tanti»⁽⁶⁰⁾ –, si tengono in

⁽⁵⁶⁾ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite, Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, 84 ss.; ID., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2008, part. il capitolo intitolato *I casi giudiziari e le loro esigenze*, 161 ss.

⁽⁵⁷⁾ In realtà, come è noto, anche le decisioni del giudice costituzionale sono in grado di divenire “scelte definitive tra i valori in conflitto”, nel senso che hanno portata “generale e astratta”, e non limitata al singolo caso.

⁽⁵⁸⁾ A. DI GIOVINE, *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, in S. SICARDI (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Napoli, Esi, 2010, 36.

⁽⁵⁹⁾ Parla di competenza normativa concorrente tra legislatore e il continuum corte costituzionale-giudici M. DOGLIANI, *L'amministrazione dei diritti fondamentali: un insolubile dilemma costituzionale*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

⁽⁶⁰⁾ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 213.

considerazioni anche i possibili inconvenienti della cessione di potere decisionale dal potere politico a quello giudiziario: primi fra tutti – oltre all'assenza di discussione pubblica, di rappresentanza di tutte le parti, di responsabilità nel processo di assunzione delle decisioni politiche – le ricadute sulla certezza del diritto e sull'uguale trattamento dei cittadini. Inconvenienti tanto maggiori quanto più si ha a che fare con i diritti fondamentali della persona e le diverse possibilità interpretative circa la loro tutela coincidono con un conflitto etico profondo e aperto all'interno della società sui valori coinvolti⁽⁶¹⁾.

Le storie narrate in questo studio sono emblematiche di questa incertezza: il giudice che si trovi a dovere applicare la legge sulla procreazione medicalmente assistita può ritenere che essa non presenti alcun profilo di incostituzionalità, ma sia anzi coerente con una visione forte del principio personalista e di tutela della vita scritto in costituzione; o, viceversa, può ritenere che sia incostituzionale sotto molteplici profili, a partire dalla mancata tutela del diritto alla salute della donna. D'altra parte, il giudice che si trovi a giudicare un medico che, andando incontro alla richiesta del paziente, abbia sospeso cure salva-vita, può ritenerlo colpevole di omicidio del consenziente; o, viceversa, può ritenerlo non punibile per la sussistenza dell'esimente dell'adempimento di un dovere necessario a consentire l'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito. Ciascun giudice uomo-solo, a seconda della sua pre-comprensione del caso, del suo modello valoriale di riferimento, della sua interpretazione della costituzione, può offrire soluzioni diverse, quando non opposte, ai medesimi casi.

Questa incertezza, questa potenziale disuguaglianza di risulta, più di ogni altra cosa, mi pare inquietante e difficilmente arginabile nella teorizzazione di un modello ordinamentale che – pur in assenza del principio di *common law* dello *stare decisis* – spinga per una marginalizzazione del potere legislativo e per un collegamento diretto tra giudici e costituzione. Rischio tanto più alto quanto più la costituzione, nel dare riconoscimento a molteplici valori fondamentali, non li costringe in un rigido inquadramento gerarchico, ma – in piena coerenza con la sua natura di costituzione temperata, e non totale⁽⁶²⁾ – lascia convivere le une accanto

⁽⁶¹⁾ Nello stesso senso, A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, cit., XVI.

⁽⁶²⁾ Sul punto, V. ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, Costituzione totale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994, 15; C. TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F.

alle altre le “diverse possibilità” insite nel pluralismo democratico, consentendo al legislatore, ma in caso di suo silenzio anche all’interprete, la diversa ponderabilità dei valori stessi e dei principi che a essi danno traduzione.

A fronte di tutto ciò, la via che a me pare auspicabile per dare soluzione alle questioni eticamente controverse, e *in primis* a quelle sul nascere e morire, è una via non alternativa a quella del “buon giudice”, ma ad essa complementare: la via del “buon legislatore”.

In un contesto come quello dell’età della tecnica – nel quale, da un lato, la scienza medica mette l’uomo in condizione di determinare non solo *come* vivere, ma anche *se* vivere, affidandogli la scelta sul nascere e sul morire; dall’altro, la società è ormai fortemente pluralistica e secolarizzata, tanto da parlarsi di “società multietica” –, il “buon legislatore” è quello che non si sottrae al dovere di dettare una disciplina sui “casi difficili”, ma sa farlo rimanendo in equilibrio lungo il sottile crinale che gli è imposto dal rispetto di costituzione, scienza, coscienza e corpo. *Costituzione*, perché il buon legislatore non deve essere affannato e scoordinato segugio del novitismo scientifico, prono all’imperativo categorico per il quale “tutto ciò che è tecnicamente possibile fare va fatto”, ma deve sapere opporre al potere tecnologico i confini fissati dalla costituzione a difesa dei diritti fondamentali dell’uomo; *scienza*, perché il buon legislatore, salvaguardato il nucleo intangibile dei diritti costituzionali, deve conoscere e rispettare anche i limiti che la scienza pone all’esercizio della sua discrezionalità politica nelle materie che toccano il corpo dei cittadini, non potendo in questi campi prescindere dalle conoscenze scientifiche e dalle evidenze sperimentali acquisite; *coscienza*, perché il buon legislatore, soprattutto sulle materie eticamente controverse, deve saper assicurare a ciascuno spazi di libertà morale che gli consentano di agire in conformità alla propria coscienza, ricorrendo di preferenza a modalità deontiche deboli (permesso/facoltà), piuttosto che a quelle forti (obbligo/divieto); infine *corpo*, perché il buon legislatore, soprattutto sulle questioni che attengono al nascere e morire, sa che il rispetto della coscienza dei cittadini riverbera nel rispetto del loro corpo e che, viceversa, l’imposizione per legge di un’opzione etica si traduce automaticamente nella coercizione non solo della libertà morale dei cittadini che non la condividono, ma anche della loro libertà personale, costringendoli a

GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2008.

subire nella carne pratiche o situazioni da loro percepite come crudeli e degradanti.

Costituzione e scienza operano come limiti esterni, che il legislatore trova sopra e fuori da sé; coscienza e corpo operano come limiti interni, che il legislatore pone al proprio decidere per essere un “buon legislatore”, il cui mancato rispetto non necessariamente conduce all’incostituzionalità della legge. Nel senso che la scelta di rispettare la coscienza e il corpo dei cittadini sulle materie eticamente controverse non sempre discende in modo diretto dalla costituzione: la costituzione chiede che sia garantita la vita dei cittadini, la loro dignità; ma basta riflettere su come le parole “vita” e “dignità” siano portatrici di significati diametralmente opposti (a seconda che la vita venga intesa in senso biologico o biografico; a seconda che la dignità umana sia intesa in senso oggettivo o soggettivo), per comprendere come, per dare tutela ai diritti ad esse retrostanti, possano essere perseguitate politiche pure esse diametralmente opposte, e tuttavia parimenti difendibili alla luce (di una certa interpretazione) della costituzione. Tanto politiche impositive, che costringono la coscienza e il corpo dei cittadini per garantire l’inviolabilità della vita (biologica) e la sua dignità (oggettiva: la vita umana è degna in sé, dall’istante del concepimento all’istante in cui sussistono funzioni vitali); quanto politiche tolleranti, che assicurano la libertà della coscienza e del corpo dei cittadini proprio per garantire la dignità (soggettiva) della loro vita (biografica: la vita è degna se la reputa tale chi la conduce).

Posto dunque che anche scelte politiche ideologicamente orientate possono giustificarsi ed essere razionalmente difendibili alla luce (di una certa interpretazione) della costituzione, resta tuttavia che, soprattutto quando si tratta di decisioni politiche su questioni eticamente controverse come quelle che riguardano il nascere e il morire, solo una legge rispettosa della pluralità delle coscenze e dei corpi dei cittadini – oltre che naturalmente dei limiti imposti della costituzione e della scienza – sa porsi come autorevole senza essere autoritaria, scongiurando così il pericolo della fuga dal diritto politico.

Quella del “buon legislatore”, allora, se non è l’unica via possibile, pare però la più adatta a un’età multietica come quella della tecnica, nella quale nascere e morire sono divenuti, ormai irrimediabilmente, “casi difficili”. Resta da vedere se il legislatore italiano saprà e vorrà percorrerla.