



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Storia e Filosofia del Diritto e Diritto Canonico

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA
INDIRIZZO UNICO
CICLO XXII

IL DIRITTO DI (AUTO)DETERMINAZIONE
IDEE, NORME, FATTI

Direttore della Scuola: Ch.mo Prof. Francesco Cavalla

Supervisore: Ch.mo Prof. Francesco Cavalla

Dottoranda: Letizia Mingardo

INDICE

Abstract	p. 5
Premessa	p. 11
Parte Prima. Questioni bioetiche di inizio vita	p. 19
Capitolo Primo. La diagnosi genetica preimpianto. L'autodeterminazione degli aspiranti genitori	
1. Introduzione	p. 21
2. Il percorso della giurisprudenza	p. 24
3. La sterilità come malattia	p. 28
4. La riproduzione come diritto	p. 33
5. Diagnosi (eu)genetica preimpianto?	p. 37
6. Volontà o salute?	p. 42
Capitolo Secondo. Il cd. diritto a non nascere. L'autodeterminazione del nascituro	
1. Introduzione	p. 47
2. Il caso giudiziario	p. 49
3. I genitori: "esiste un diritto a non nascere". Implicazioni	p. 52
4. La Cassazione: "non esiste un diritto a non nascere"	p. 54
5. Alla base: la qualità della vita	p. 56
6. Autodeterminazione del nascituro?	p. 59
Capitolo Terzo. Il prelievo di materiale embrionale. L'analogia con la donazione <i>post mortem</i>	
1. Introduzione	p. 63
2. Gli embrioni senza scopo	p. 66
3. Struttura dell'analogia	p. 69
4. Scopo dell'analogia	p. 72
5. Implicazioni dell'analogia	p. 76
6. Un dono preteso?	p. 81
Osservazioni conclusive. La (ri)costruzione della volontà del nascituro	
1. Il tribunale del cittadino futuro	p. 87
2. Diritti, desideri ed oggettivazione	p. 91
3. Sullo statuto dell'embrione	p. 93

Parte Seconda. Questioni bioetiche di fine vitap. 97

Capitolo Primo. Il caso Welby. L'autodeterminazione del paziente cosciente

1. Introduzionep. 99
2. Il principio di autodeterminazione vale e non vale p. 101
3. I trattamenti sanitari non rifiutabili: fallacia di una specificazione..... p. 105
4. Gli *endoxa* biogiuridici di riferimento: loro vaghezza e loro mancato riconoscimento p. 109
5. L'impossibile tutela civile del diritto all'autodeterminazione p. 112
6. La possibile (indiretta) tutela penale del diritto all'autodeterminazione p. 115

Capitolo Secondo. Il caso Englaro. L'autodeterminazione del paziente incosciente

1. Introduzione p. 119
2. Il *substituted judgement* negli USA: dal caso Quinlan al caso Cruzan p. 122
3. Il *substituted judgement* negli USA: una ricostruzione sistematica p. 127
4. Il *substituted judgement* in Italia: il caso Englaro p. 131
5. La soluzione italiana a cavallo fra Quinlan e Cruzan..... p. 134
6. Volontà sulle cure reale o fittizia?..... p. 140

Capitolo Terzo. Il testamento biologico come possibile strumento di autodeterminazione

1. Introduzione p. 145
2. Il testamento biologico nell'ordinamento italiano p. 147
3. Tesi: il d.d.l. Carloni-Chiaromonte p. 153
4. Antitesi: il d.d.l. Tomassini..... p. 157
5. Sintesi? Il d.d.l. Calabrò p. 160
6. Le matrici culturali dei disegni di legge p. 162

Osservazioni conclusive. La (ri)costruzione della volontà del paziente

1. Logica e direttive anticipate di trattamento sanitario p. 169
2. In particolare: il giudizio sostitutivo..... p. 171
3. Un possibile scacco: il dissolvimento dell'autodeterminazione p. 174

Conclusioni p. 179

Bibliografia p. 189

ABSTRACT

Oggetto della presente tesi di dottorato è il diritto di autodeterminazione nel suo aspetto di diritto individuale a decidere per sé circa la propria vita e la propria salute. Più precisamente, ci si propone di indagare quali ricadute giusfilosofiche abbia comportato l'avvento delle biotecnologie sull'*endoxon* 'autodeterminazione'. In particolare, si intende chiarire quale concezione di autonomia individuale e quale visione antropologica siano sottese all'appello al diritto di autodeterminazione così come speso nel recente dibattito biogiuridico italiano, specialmente dalla cd. biogiurisprudenza.

A tal fine vengono affrontate sia questioni etico-giuridiche inerenti la fase iniziale della vita umana, che questioni inerenti la sua fase terminale. Quanto al primo ambito, vengono approfonditi i controversi temi della diagnosi genetica embrionale preimpianto, del cd. diritto a non nascere se non sani e del prelievo di cellule embrionali; quanto al secondo, vengono approfonditi il tema del diritto al rifiuto delle cure e quello delle direttive anticipate di trattamento sanitario, con uno studio dei casi Welby (relativo all'autodeterminazione del paziente cosciente) ed Englaro (relativo all'autodeterminazione del paziente incosciente).

Dapprima viene effettuata una analisi della giurisprudenza rilevante o di rilevanti pareri del Comitato Nazionale per la Bioetica. Tale esame viene condotto alla luce del quadro normativo vigente in Italia, con qualche accenno alle soluzioni offerte a problemi simili dagli ordinamenti stranieri. In seguito si accede a una riflessione critica di ordine giusfilosofico, con un percorso argomentativo che conduce, quindi, dai fatti (i casi), attraverso le norme, alle idee: dal biodiritto alla bioetica.

Sul piano bioetico, ciò che viene posto in evidenza è l'emergere, nei casi esaminati, di una declinazione dell'autonomia nei termini individualistici, volontaristici e razionalistici tipici della mentalità moderna. Tale declinazione risulta influenzare profondamente la concezione del diritto alla autodeterminazione.

Si sostiene, allora, che il diritto alla autodeterminazione cui si fa appello nel dibattito biogiuridico è il prodotto di una evoluzione del volontarismo moderno.

Si espone, inoltre, che un esito coerente di questa evoluzione consiste nella metamorfosi dell'autodeterminazione in eterodeterminazione, un fenomeno rintracciabile in tutte le questioni bioetiche esaminate: dal caso del diritto a non nascere, ad esempio, che cela la decisione abortiva dei genitori dietro una impossibile, per quanto invocata, autodeterminazione del feto, al caso della ricostruzione della volontà sulle cure del paziente incosciente, con l'intervento di un rappresentante terapeutico che, in assenza di preve esplicite indicazioni del paziente, si trasforma in vero e proprio decisore surrogato.

Il carattere di assolutezza comunemente attribuito alla volontà individuale non risulta in grado di porre l'autodeterminazione al riparo dall'innescarsi di dinamiche eterodeterminative, che, anzi, contribuisce surrettiziamente ad alimentare.

Ecco come il diritto individuale alla autodeterminazione può nascondere il diritto di altri a determinare la vita o la salute dell'individuo: un diritto alla (auto)determinazione.

* * *

In this PhD thesis I investigate the right of self-determination meant as individual right to decide about our own life or health. More precisely, the research examines how biotechnologies influence the concept of self-determination in legal theory and practice. My attention will be focused both on beginning-of-life issues and end-of-life issues.

Among the first ones, I deepen the questions about preimplantation genetic diagnosis, wrongful life actions and embryonic stem cell sampling. Among the second ones, the study takes into account the questions about the right to refuse medical treatments and advance health care directives, with specific references to the Welby case and the Englaro case. The former deals with self-determination of conscious patients, the latter deals with self-determination of unconscious patients.

As for the research method, firstly I analyze relevant judicial decisions or responses of the Italian Ethics Committee, comparing them with Italian law and also

with foreign judicial decisions on similar problems. Secondly I suggest some philosophical remarks, moving from biolaw to bioethics.

From a bioethical perspective, I assume that, in the cases I analyzed, autonomy is characterized by individualism, rationalism and voluntarism. These attitudes typically belong to a modern approach. Such a conception of autonomy deeply influences the right of self-determination.

Therefore, my thesis tends to show that the plea for self-determination, which is very frequent in biolaw, is a product of modern voluntarism. Moreover, a consequence of such a perspective results in the metamorphosis of self-determination into hetero-determination. This phenomenon can be found in all the bioethical issues I examined: wrongful life actions, for example, hide parental decisions for abortion behind an impossible, though invoked, self-determination of the foetus; on the other hand, the so called 'substituted judgement', which tries to reconstruct the will of unconscious patients, can hide the will of surrogate decision-makers behind the self-determination of the patient.

Absolutizing individual will can not protect self-determination from hetero-determination. Rather, it contributes to foster dynamics of hetero-determination. In this way, the individual right of self-determination can conceal someone else's right to determine our life or health: a right of (self-)determination.

Ai Maestri

PREMESSA

Da decenni, soprattutto nelle società occidentali, si assiste a una crescente accelerazione del progresso scientifico, favorita da un legame sempre più stretto tra sapere teorico e applicazione pratica. Si è accresciuta non solo la conoscenza scientifica, ma anche la possibilità tecnica e tecnologica di intervenire sul reale e sul vivente. Lo sviluppo della tecno-scienza in ambito biomedico, in particolare, dischiude opportunità e rischi che suonano inediti all'uomo di oggi e sui quali riflette, con la sua vocazione interdisciplinare, la bioetica.

La “sfida tecnologica” investe anche l'esperienza giuridica¹, chiamando il giurista a fornire soluzioni a problemi nuovi, attraverso quello che viene ormai comunemente chiamato ‘biodiritto’². Uno strumento che è stato definito “cieco” in assenza della riflessione bioetica, così come questa rischia di risultare “vuota” senza l'ausilio del diritto³.

Si parla spesso, a tale proposito, di problematiche del tutto originali e ‘di frontiera’, ma, a ben guardare, l'era tecnologica pone in forme nuove interrogativi antichi⁴. I dilemmi biogiuridici e bioetici, “se esaminati nella loro radice e ragion d'essere ultima”⁵, propongono domande ricorrenti per la filosofia, e per la filosofia del diritto in special modo.

¹ Cfr. S. COTTA, *La sfida tecnologica*, Il Mulino, Bologna, 1968.

² Per una definizione di biodiritto, cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2009. Per una riflessione sui principi informatori del biodiritto, cfr. F. MANTOVANI, *Principi personalistici di biodiritto*, in *Archivio giuridico*, fasc. 2, 2007, pp. 163-185.

³ D. GRACIA, *Fondamenti di bioetica. Sviluppo storico e metodo*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 1993, p. 685. Sul problema dei rapporti tra bioetica e diritto, cfr. altresì P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Zadig, Milano, 1999, p. 191 ss., nonché P. ZATTI, *Maschere del diritto e volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 5 ss.

⁴ Osserva Eligio Resta: “mentre, con una certa enfasi, si esaltano le cesure rispetto al passato operate dalla tecnica (...), al diritto si rivolgono sempre più forti richieste di indicare i limiti e di esplicitare confini normativi dentro i quali definire le possibilità. La tradizione giuridica, dalla quale la tecnica prende distanza travolgendone tutti i riferimenti, mostra consapevolezza di tali problemi; e non da oggi. Il rapporto che il diritto ha da sempre stabilito con la ‘vita’ è meno ingenuo di quanto possa apparire” (E. RESTA, *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 81). Sul rapporto fra diritto e tecnica, cfr. N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

⁵ F. D'AGOSTINO, L. PALAZZANI, *Bioetica. Nozioni fondamentali*, Editrice La Scuola, Brescia, 2007, p. 10.

Interrogarsi sulla liceità degli interventi tecno-scientifici dell'uomo sulla vita, infatti, significa interrogarsi sul senso della vita umana e sul fondamento del suo valore, "sui limiti della disponibilità e indisponibilità dell'uomo rispetto alla vita (propria e altrui), sui confini della libertà e della responsabilità dell'uomo nei confronti degli altri"⁶.

I giuristi, dunque, sono stimolati "non solo ad abbandonare la loro neutralità assiologica, ma soprattutto a ritornare alle origini della loro stessa disciplina: riprendere l'esame della funzione propria del divieto, del senso incluso nelle nozioni giuridiche, della finalità del diritto"⁷.

Tuttavia, un tema risulta sollecitato in maniera inusitata dal potenziarsi della tecnica: quello inerente la capacità di governarsi da sé, di 'darsi una regola', il tema, in altri termini, dell'*autonomia* individuale⁸. Di fronte al rischio di predominio della tecnica stessa sull'uomo, oggi viene sempre più rivendicata la centralità del soggetto libero e capace di decisione autonoma.

Il potere della tecnica medica viene subordinato alla essenziale autonomia del paziente: "questi si presenta come l'autentico soggetto etico poiché da una parte è oggetto di cure mediche (come corpo) e dall'altra parte gli è riconosciuto il primato di decidere di sé, cioè della propria vita e del proprio corpo, in quanto l'istituzione non deve contrapporre alcuna istanza alla libera volontà del paziente"⁹.

Tale primato nel decidere della propria vita e della propria salute assume la veste giuridica del diritto alla *autodeterminazione*. Autonomia, autodeterminazione e volontà sono le parole chiave della presente tesi di dottorato, la quale muove da alcuni dubbi di fondo: disporre della propria vita e del proprio corpo assecondando solo personali progetti esaurisce il senso della autonomia o della autodetermi-

⁶ *Ibidem*, pp. 10-11.

⁷ C. LABRUSSE-RIOU, *Destino biologico e finalità del diritto*, in S. RODOTÀ, a cura di, *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp. 375-385:381.

⁸ Per una introduzione al dibattito contemporaneo sull'autonomia, cfr. R. GIOVAGNOLI, *Autonomia: questioni di contenuto*, in *Ragion pratica*, n. 2, 2006, pp. 555-572; nonché P. CATTORINI, E. D'ORAZIO, V. POCAR, a cura di, *Bioetiche in dialogo. La dignità della vita umana, l'autonomia degli individui*, Zadig, Milano, 1999.

⁹ R. KIRCHMAYR, *Morire da soli. La medicalizzazione come supplemento di cura*, in *Aut aut*, n. 340, 2008, pp. 37-58:41.

nazione? L'autonomia e l'autodeterminazione comprendono anche la possibilità di disporre di altre vite e di altri corpi e di decidere, per sé o per altri, la prospettiva dell'essere tecnicamente prodotto o condizionato?¹⁰

Se, come generalmente si riconosce, la sfera dell'autogoverno coincide con la libertà di agire indipendentemente da cause esterne determinanti, assume primaria importanza "essere sicuro che solo la mia voce esca dalle mie labbra"¹¹. Ma ciò è realmente garantito dalla concezione di autonomia e autodeterminazione che traspare dalla esperienza giuridica al confronto con le biotecnologie?

Per tentare di rispondere a queste domande, sembra utile volgere lo sguardo al passato, per cercare nel nostro patrimonio giuridico-culturale quel carico di significati, non sempre evidenti, che gli argomenti spesi nell'attuale dibattito biogiuridico portano con sé¹².

In effetti, oggi nessuno contesta l'esistenza del diritto alla vita e del diritto alla salute, di cui ogni uomo sarebbe titolare in quanto uomo; ma solo la consapevolezza delle premesse culturali di tale convinzione può svelare come nell'era tecnologica si intenda realmente il rapporto fra l'individuo e la sua stessa vita, e con quali conseguenze. Infatti, sebbene si parli abitualmente di diritto *alla* vita e *alla* salute, si può notare come questi vengano spesso pensati come se si trattasse di diritti *sulla* vita e *sulla* salute: corpo, salute e vita sono considerati beni a disposizione del soggetto titolare, ad esclusione di altri soggetti, come avviene nella relazione giuridica di proprietà¹³.

La cultura giuridica contemporanea si dimostra in questo frangente fortemente tributaria del pensiero della modernità. In particolare, è la moderna Scuola del Diritto Naturale a creare quel contesto unitario che finisce col concepire la titolarità del singolo di un naturale diritto *sulla* vita. Il giusnaturalismo, che vede nella leg-

¹⁰ Cfr. A.C. AMATO MANGIAMELLI, *Corpi docili. Corpi gloriosi*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 143.

¹¹ *Ibidem*, p. 144.

¹² Cfr. F. ZANUSO, *Neminem laedere. Verità e persuasione nel dibattito bio-giuridico*, Cedam, Padova, 2005; C. VIAFORA, S. MOCELLIN, a cura di, *L'argomentazione del giudizio bioetico. Teorie a confronto*, Franco Angeli, Milano, 2006.

¹³ Cfr. F. CAVALLA, *Diritto alla vita e diritto sulla vita: sulle origini del problema dell'eutanasia*, in G. BAX, E. BERTI, F. CASSON, *La vita: realtà e valore: studi in onore di mons. Girolamo Bortignon*, Gregoriana Libreria Editrice, Padova, 1990, pp. 169-192.

ge naturale un sistema di valori di riferimento, oggettivo e conoscibile, ha dell'uomo una visione razionalistica e individualistica: l'essere umano è pensato in grado di conoscere la verità, tramite la ragione, e di raggiungere ciò che è bene per sé, tramite la volizione¹⁴.

Il mondo considerato quale fascio di oggetti diventa completamente disponibile al moderno *homo faber*¹⁵. Ed è la proprietà, assunte le vesti di diritto soggettivo, a farsi paradigma dell'affermazione della sovranità del volere individuale sugli oggetti¹⁶.

La libertà, intesa come assenza di vincoli esterni al volere, garantisce l'autonomia del soggetto, che può essere legittimamente compressa solo ove sia lesiva della libertà e dell'autonomia altrui. Risulta, dunque, insindacabile ogni decisione del singolo che non danneggi gli altri, anche quando tale decisione riguardi la sua stessa vita o la sua salute.

Così, il rapporto tra l'uomo e la sua sfera biologica si delinea in epoca moderna seguendo i canoni dell'oggettivismo, del razionalismo e del volontarismo: l'individuo può dirsi libero se dominante il mondo che lo circonda (compresa la sua stessa corporeità), e se incondizionato nel suo volere¹⁷. Si tratta di una visione antropologica e di un patrimonio concettuale che si sono depositati pressoché inalterati nelle legislazioni contemporanee¹⁸.

¹⁴ Per una panoramica sulle origini e i temi del pensiero giusnaturalista, cfr. F. TODESCAN, *Etiamsi daremus. Studi sinfonici sul diritto naturale*, Cedam, Padova, 2003.

¹⁵ Per le radici neoplatoniche del moderno atteggiamento tecnico-dominativo dell'uomo sul mondo, favorito da un pensiero dualista che separa nettamente il Principio e le cose, cfr. M. MANZIN, *Ordo iuris. La nascita del pensiero sistematico*, Franco Angeli, Milano, 2008.

¹⁶ Si passa dal concetto medievale di *dominium*, "espressione di un mondo permeato dal Sacro", al concetto moderno di proprietà, "espressione di un mondo secolarizzato"; il diritto di proprietà viene "inteso come potere di un soggetto, anzi, come il potere per eccellenza dell'individuo; non regola che l'uomo legge nelle cose perché nelle cose scritte, ma sua creatura, finalizzata al consolidamento della sua posizione di superiorità, facendo dell'avere una, anzi, la prima, dimensione dell'essere del soggetto" (F. GENTILE, *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 28-29).

¹⁷ Osserva Heidegger: "l'uomo decide in proprio del modo in cui deve situarsi rispetto all'ente ridotto ad oggetto. Ha così inizio quel modo di esser uomo che consiste nel prender possesso della sfera dei poteri umani come luogo di misura e di dominio dell'ente nel suo insieme" (M. HEIDEGGER, *Sentieri interrotti*, La Nuova Italia, Firenze, 1984, p. 93).

¹⁸ P. SOMMAGGIO, *Il dono preteso. Il problema del trapianto di organi: legislazione e principi*, Cedam, Padova, 2004, p. 224. Per una riflessione specifica sulla configurazione giuridica del rapporto dell'individuo con se stesso nel sistema del diritto penale, cfr. M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*,

Queste ultime continuano per molti aspetti a considerare il corpo (vivente o in stato di morte, intero o in parti) come una *res*; inoltre, tendono a configurare il rapporto che il soggetto (privato o pubblico) intrattiene con la 'bio-materia' secondo lo schema giuridico della proprietà. Su tale rapporto la volontà soggettiva è incline a esercitare un dominio che si pretende incontrastabile. Nell'intreccio fra le componenti razionali e le componenti volitive della deliberazione, il ruolo della ragione sembra farsi subordinato a quello della volontà: *hoc volo, sic iubeo, sit pro ratione voluntas*¹⁹.

Tuttavia, tale presupposto individualistico dell'uomo 'padrone di se stesso' non evita, anzi alimenta, grazie alla sua connaturata ambiguità, la discussione su chi debba essere il titolare dei diritti umani (se il singolo o la comunità) e a quali limiti (sempreché si considerino necessari) debba essere sottoposto il loro esercizio²⁰. Lo stato civile della collettività organizzata viene così concepito alternativamente come "l'organismo che è al servizio della volontà individuale", oppure come "l'autorità nella cui libertà ogni individuo deve identificarsi"²¹.

Ecco delinarsi due prospettive le cui matrici culturali affondano, rispettivamente, nel pensiero di Locke e di Rousseau: mentre la prima individua nel singolo l'unico soggetto legittimato a disporre del proprio corpo e della propria salute, la seconda riconosce nella collettività il soggetto in grado di regolare l'esercizio individuale del diritto alla vita e alla salute.

Tali prospettive tornano a riemergere con vigore all'interno dell'attuale dibattito biogiuridico in tema di autonomia e autodeterminazione. Ciò si riscontra tanto

n. 3, 2008, pp. 984-1003. Per una riflessione sullo stesso tema, ma inerente il sistema del diritto civile, cfr. G. CRICENTI, *Il lancio del nano. Spunti per un'etica del diritto civile*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 1, 2009, pp. 21-39.

¹⁹ Per Paolo Moro, il noto brocardo di Giovenale descrive espressivamente il senso e la portata del primato della volontà umana che surroga la ragione (P. MORO, *Dignità umana e consenso all'atto medico*, in F. ZANUSO, a cura di, *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 131-153:144).

²⁰ Francesco Gentile parla di "aporia dell'individualismo" per sottolineare come l'antropologia moderna finisca per perseguire la reificazione dell'uomo attraverso la umanizzazione delle cose. L'Autore evidenzia come questo fenomeno, solo apparentemente paradossale, risulti manifesto nella società tecnologica, cfr. F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 223-229.

²¹ F. CAVALLA, *Diritto alla vita e diritto sulla vita: sulle origini del problema dell'eutanasia*, in G. BAX, E. BERTI, F. CASSON, *La vita: realtà e valore: studi in onore di mons. Girolamo Bortignon*, Gregoriana Libreria Editrice, Padova, 1990, pp. 169-192:183.

nelle questioni di inizio vita, quanto in quelle di fine vita: si pensi, ad esempio, alle discussioni sulla titolarità del materiale biologico embrionale (spetta ai genitori, agli scienziati, all'embrione stesso, alla collettività?) o a quelle sulla legittimità delle direttive anticipate di trattamento sanitario (può il singolo disporre liberamente della propria vita o la collettività deve imporre dei limiti?).

Il problema è che finché si resta fedeli ai presupposti dell'antropologia moderna “non si può fondare un criterio univoco che imponga di reprimere la volontà del singolo che non tenda più alla conservazione della vita” e della salute; “non si riesce più ad affermare, in effetto, che la libertà individuale pretende l'intangibilità della vita per la natura intrinseca di tale bene: giacché si è indotti a ritenere piuttosto che la vita è inviolabile perché (e, dunque, finché) il soggetto lo vuole”²². Si rendono così possibili una amplificazione e una assolutizzazione della volontà individuale, di cui si possono portare due esempi.

Da un lato, si possono citare quelle teorie che subordinano l'attribuzione di personalità al concepito a un *atto di volontà* della madre, il quale risulta in grado di *creare* la persona: “la decisione sulla natura di (futura) persona dell'embrione non può che essere rimessa all'autonomia morale della donna, in forza della natura appunto morale e non semplicemente biologica dell'atto con cui la madre lo concepisce (letteralmente) come persona”²³. Tali teorie tendono a giustificare ed estendere la liceità delle pratiche abortive e di utilizzazione degli embrioni a fini medico-scientifici.

Dall'altro, si possono citare le istanze volte a ottenere il riconoscimento giuridico di un diritto alla eutanasia o al suicidio assistito²⁴. L'aspetto rilevante consiste non tanto nella volontà eutanasi o suicidiaria in sé (tutt'altro che sconosciuta all'essere umano), ma nella sua aspirazione a configurarsi come diritto soggettivo positivo: non si reputa più sufficiente che l'ordinamento lasci l'individuo libero di darsi, nel privato, la morte; piuttosto, si ritiene lo Stato *tenuto* a predisporre un

²² *Ibidem*, p. 177.

²³ L. FERRAJOLI, *Teoria del diritto*, vol. 1 di Principia iuris. *Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, p. 352.

²⁴ Cfr. G. DWORKIN, R.G. FEY, S. BOK, *Eutanasia e suicidio assistito: pro e contro*, Edizioni di Comunità, Torino, 2001.

apparato in grado di assecondare le richieste in tal senso, pena la violazione del diritto alla autodeterminazione.

La volontà individuale, insindacabile e autosufficiente, sembrerebbe priva di limiti di principio. Tuttavia, nell'esaminare alcuni fra i casi recentemente dibattuti nel panorama biogiuridico italiano, si è intravisto nella esaltazione dell'autodeterminazione un esito aporetico: contro le sue stesse aspirazioni, il diritto di autodeterminazione non riesce a porre l'individuo al riparo da qualunque ingerenza esterna, ma, anzi, finisce surrettiziamente col consentire l'innescarsi di dinamiche eterodeterminative.

Si pensi ai meccanismi di ricostruzione della volontà presunta del nascituro o del paziente (che saranno oggetto di specifica attenzione nel corso dei prossimi capitoli): essi possono nascondere dietro l'appello al diritto alla autodeterminazione del singolo la decisione di altri.

L'autonomia, oggi pur tanto invocata e perseguita come baluardo della dignità umana²⁵, rischia di sciogliersi nella inconsapevole delega ad altri del potere di prendere decisioni sulla propria vita e salute²⁶. Nelle prossime pagine si osserverà tale fenomeno, così come emergente nell'esperienza biogiuridica, per evidenziare come sia implicato dalla particolare concezione di matrice moderna del principio di autonomia²⁷.

Si indagherà, dunque, la metamorfosi dell'autodeterminazione in eterodeterminazione quale possibile scacco all'autodeterminazione. Uno scacco in grado di

²⁵ Sull'attuale operare del concetto di dignità quale *topos* argomentativo, cfr. U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Laterza, Roma-Bari, 2009. Per una disamina giusfilosofica sul tema, cfr. altresì P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, Morcelliana, Brescia, 2009.

²⁶ Un aspetto del problema, come si vedrà, è connesso al tema foucaultiano del controllo della sfera biologica individuale da parte della biopolitica (cfr. M. FOUCAULT, *Biopolitica e liberalismo. Detti e scritti su potere ed etica, 1974-1985*, Medusa, Milano, 2001; ID., *La nascita della biopolitica. Corso al Collège de France, 1978-1979*, Feltrinelli, Milano, 2005). Per una introduzione all'argomento, cfr. E. GREBLO, *Sorveglianza a bassa intensità*, in *Aut aut*, n. 340, 2008, pp. 14-36.

²⁷ Un punto di osservazione privilegiato sarà quello della cd. biogiurisprudenza. Si condivide, infatti, quanto osservato da Salvatore Amato: i giudici alle prese coi dilemmi bioetici "non possono, indirettamente e molto spesso inconsapevolmente, non incidere anche sull'essere, sul modo di intendere il rapporto dell'uomo con il corpo. Abbiamo, quindi, una bio-giurisprudenza che, sentenza per sentenza, costruisce diritti, crea aspettative, definisce modelli di vita (...). Una decisione giudiziale è in sé un fatto isolato, ma poi diviene un 'precedente', influenza un'altra decisione e poi un'altra fino a contrassegnare l'orizzonte culturale molto più di qualsiasi elaborazione teorica" (S. AMATO, *Bio-giurisprudenza. Dal mercato genetico al self-service normativo*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 11).

mettere in luce il carattere autocontraddittorio del diritto all'autodeterminazione, qualora supportato da una declinazione in senso solipsistico del principio di autonomia e da una visione radicalmente individualistica della libertà²⁸.

²⁸ Cfr. M. RONCO, *L'indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita*, in *Cristianità*, nn. 341-342, 2007, pp. 11-34. L'Autore sottolinea come la contemporanea esasperazione del principio di autonomia in termini assolutistici comporti lo svuotamento della tutela penale della vita, assieme a una serie di altre conseguenze: la contrattualizzazione del rapporto medico-paziente, l'espunzione della considerazione dei principi di beneficalità e giustizia dalle deliberazioni bioetiche e l'annichilimento del significato stesso del diritto quale garante della coesistenza sociale.

PARTE PRIMA

QUESTIONI BIOETICHE DI INIZIO VITA

CAPITOLO PRIMO

LA DIAGNOSI GENETICA PREIMPIANTO L' AUTODETERMINAZIONE DEGLI ASPIRANTI GENITORI

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il percorso della giurisprudenza – 3. La sterilità come malattia – 4. La procreazione come diritto – 5. Diagnosi (eu)genetica preimpianto? – 6. Volontà o salute?

1. Introduzione

“Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”: così è rubricata la legge n. 40/2004 che disciplina il ricorso alle tecniche di riproduzione artificiale in Italia¹. Benché nel dibattito biogiuridico, per apprezzabili ragioni di praticità, sia invalso l'uso di considerare equivalenti le espressioni ‘fecondazione assistita’, ‘riproduzione artificiale’ e ‘procreazione assistita’, tuttavia la scelta del titolo operata dal legislatore non appare casuale. Essa assume, piuttosto, le vesti di una ‘dichiarazione d'intenti’ riguardo al modo di considerare e regolamentare l'interesse alla genitorialità: da una parte, il termine ‘procreazione’ svincola l'atto riproduttivo dal riferimento al mero ambito biologico (cui si addice maggiormente il termine ‘riproduzione’), rimandando alla specifica dimensione della umanità, e perciò della responsabilità; dall'altra, l'aggettivo ‘assistita’ suggerisce l'idea che l'intervento della tecnologia non sia tale da sostituire *in toto* la funzione riprodut-

¹ Per i profili storici, il dibattito parlamentare e il contenuto della legge, cfr. C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La Legge 19 febbraio 2004, n. 40, “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”*. *Commentario*, Giappichelli, Torino, 2004; per una disamina degli aspetti giuridici più rilevanti, cfr. E. CAMASSA, C. CASONATO, a cura di, *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Università degli Studi, Trento, 2005; M. DE TILLA, U. OPERAMOLLA, a cura di, *Seminari di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 351-429; P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE, a cura di, *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004; per un esame analitico del testo legislativo, cfr. M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Ipsoa, Milanofiori Assago, 2004; per un commento alla legge, cfr. altresì F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita: commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004.

tiva naturale, ma che sia d'aiuto nel portare a compimento un processo biologico mal funzionante².

La normativa, integrata dalle linee guida ministeriali³, è rivolta alle coppie sterili o infertili e consente loro il ricorso a diverse tecniche di procreazione medicalmente assistita (d'ora in poi, PMA), alcune delle quali prevedono la fecondazione extracorporea e, dopo un congruo periodo di sviluppo del prodotto del concepimento, il successivo trasferimento dell'embrione nel corpo della donna.

È nel corso di queste pratiche che risulta tecnicamente possibile ricorrere alla diagnosi genetica preimpianto (d'ora in poi, DGP), la quale consiste nel prelevare, tramite una microbiopsia, del materiale biologico dall'embrione ai primissimi stadi di sviluppo, per poi analizzarlo alla ricerca di aberrazioni cromosomiche o geni patogeni⁴. L'informazione, così ottenuta, sullo stato di 'salute genetica' degli embrioni può offrire agli aspiranti genitori la possibilità di decidere se procedere o meno all'impianto degli embrioni risultati affetti da disordini genetici. Ad oggi non risulta possibile alcun intervento terapeutico sull'embrione per curarne eventuali anomalie genetiche.

La legge n. 40/2004 ha da subito impegnato gli interpreti a chiarire se e in che termini essa consenta la DGP, che non è espressamente contemplata dal dettato legislativo. Tra gli articoli rilevanti, infatti: l'art. 13 (Sperimentazione sugli embrioni umani) stabilisce, al comma 2, che "la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative"; lo stesso articolo, al comma 3, lettera b), vieta "ogni forma di se-

² Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La fecondazione assistita. Documenti del Comitato Nazionale per la Bioetica*, 17 febbraio 1995, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 1995, <http://www.governo.it/bioetica/testi/fecondazione170295.pdf>, p. 47.

³ Ministero della Salute, d.m. 11.4.2008 (in Gazzetta Ufficiale n. 101 del 30.4.2008), che sostituisce le precedenti linee guida di cui al d.m. 21.7.2004 (in Gazzetta Ufficiale n. 191 del 16.8.2004). L'emanazione di linee guida da aggiornarsi periodicamente, almeno ogni tre anni, in rapporto all'evoluzione tecnico-scientifica, è prevista dall'art. 71 n. 40/2004.

⁴ Cfr. J. SUAUDEAU, *La diagnosi pre-impiantatoria. Lo stato dell'arte scientifico e gli interrogativi etici – Parte I*, in *Medicina e morale*, n. 3, 2007, pp. 491-531; ID., *La diagnosi pre-impiantatoria. Lo stato dell'arte scientifico e gli interrogativi etici – Parte II*, in *Medicina e morale*, n. 4, 2007, pp. 717-751.

lezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo”; ancora lo stesso articolo sanziona penalmente, ai commi 4 e 5, la violazione dei divieti appena menzionati; l’art. 14 (Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni) dispone, al comma 5, che i soggetti legittimati al ricorso alle tecniche di PMA siano “informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero”.

Sembra significativo che anche fra la dottrina critica nei confronti della legge, ritenuta eccessivamente restrittiva, alcuni non dubitino della sussistenza del divieto di DGP⁵. Dal canto suo la giurisprudenza, che in un primo momento ha negato la liceità di tale diagnosi, è recentemente approdata a sostenerne la lecita praticabilità.

Scopo del presente capitolo è proporre una riflessione sulla particolare configurazione dell’interesse alla genitorialità che emerge da questo percorso della giurisprudenza. Una precipua attenzione sarà rivolta a due nuclei tematici, dai quali giudici e commentatori hanno attinto argomenti a sostegno della propria *opinione* e/o a critica della *opinione* altrui: la considerazione della sterilità come una malattia e la qualificazione della riproduzione come un diritto. Si cercherà poi di esaminare le ricadute di tali argomenti sul piano della riflessione bioetica, verificando se la DGP non consenta, di fatto, una selezione eugenetica degli embrioni.

⁵ Cfr. C. FLAMIGNI, M. MORI, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita. Paradigmi a confronto*, Net, Milano, 2005, pp. 51-52 e pp. 128-132, nonché P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 165-174.

2. Il percorso della giurisprudenza

La spinosa questione della liceità della DGP secondo la l. n. 40/2004 si presenta all'autorità giudiziaria poco dopo l'approvazione della legge. Nei primi mesi del 2004, infatti, il Tribunale di Catania si trova a decidere del caso di una coppia di aspiranti genitori, portatori sani di beta-talassemia, che chiedono al giudice, in via cautelare d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, di: dichiarare il loro diritto a impiantare nell'utero della donna gli embrioni creati che non presentino patologie genetiche all'esito della DGP; disporre in attesa di giudizio la crioconservazione dei residui embrioni risultati malati; ordinare al medico la prosecuzione del protocollo di PMA finalizzato all'impianto degli embrioni sani o portatori sani. A fronte del rifiuto del medico di procedere alla DGP, fondato sul divieto della legge, i ricorrenti invocano un ordine giudiziario, sollevando in subordine questione di legittimità costituzionale.

I ricorrenti, infatti, ritengono che il rifiuto sia illegittimo perché lede diritti personalissimi quali quelli alla salute, all'autodeterminazione e alla libera scelta e, conseguentemente, si rivolgono al giudice al fine di accertare il loro diritto a vedere trasferiti i soli embrioni sani già in forza dell'ordinamento giuridico vigente. Per l'ipotesi in cui il giudice non ritenesse di accogliere l'interpretazione prospettata, rilevano il palese contrasto della nuova normativa sulla PMA con i principi costituzionali. Il Tribunale afferma la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale e rigetta il ricorso, sottolineando come non faccia parte dei diritti della persona né della sua integrità psicofisica la possibilità di selezionare eugeneticamente i figli⁶.

A un anno di distanza, nel 2005, il Tribunale di Cagliari affronta il caso simile di una coppia di aspiranti genitori che domandano al giudice, in via cautelare d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, di dichiarare il loro diritto di ottenere la DGP dell'embrione già formato, al fine di evitare che l'attesa della diagnosi prenatale,

⁶ Trib. Catania, ord. 3.5.2004, in *Famiglia e Diritto*, n. 4, 2004, pp. 372-379, con note di G. FERRANDO, *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto di embrioni ammalati?*, pp. 380-384 e di M. DOGLIOTTI, *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita: tutte infondate le questioni di legittimità costituzionale?*, pp. 384-386.

nel ragionevole dubbio che l'embrione sia portatore di beta-talassemia, possa arrecare un grave pregiudizio alla salute psicofisica della donna, che pure desidera la gravidanza e la procreazione di un figlio non portatore di gravi malattie. Anche qui i ricorrenti sollevano, in subordine, questione di legittimità costituzionale sulla base di argomentazioni analoghe a quelle della coppia catanese.

Il Tribunale reputa sussistente il divieto di DGP, sebbene sospetto di incostituzionalità; ritenendo di non poter procedere a una interpretazione adeguatrice delle norme della l. n. 40/2004 in conformità alla Costituzione, solleva la questione di legittimità costituzionale nei confronti dell'art. 13 della legge perché contrastante con gli artt. 2, 3, 32 Cost., ordina la sospensione della causa e la trasmissione degli atti alla Consulta⁷.

Nel 2006 la Corte Costituzionale dichiara la manifesta inammissibilità della questione, valutando come contraddittoria e illogica l'ordinanza di remissione del giudice *a quo*, il quale, pur giudicando il divieto di DGP desumibile da più norme della l. n. 40/2004, tuttavia impugna il solo art. 13⁸.

A seguito di tale decisione, la coppia cagliaritana abbandona il procedimento cautelare e intraprende un nuovo procedimento in via ordinaria, davanti allo stesso Tribunale di Cagliari, domandando che venga dichiarato il diritto della donna alla DGP e che vengano condannati alla sua esecuzione i sanitari convenuti, sollevando in subordine questione di legittimità costituzionale. In questa sede, nel 2007, il giudice afferma la liceità della DGP nel caso di specie, perché strumentale all'accertamento di malattie dell'embrione e finalizzata a garantire a chi ha avuto legittimo accesso alle tecniche di PMA una adeguata informazione sullo stato di salute degli embrioni da impiantare. I convenuti vengono dunque condannati a eseguire la DGP reclamata dalla coppia, ma non, si noti, a procedere all'impianto

⁷ Trib. Cagliari, ord. 16.7.2005, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 6, 2006, pp. 613-619, con nota di E. PALMERINI, *La Corte costituzionale e la procreazione assistita*, pp. 619-629.

⁸ Corte Cost., ord. 9.11.2006, n. 369, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 1, 2007, pp. 21-27, con nota di L. D'AVACK, *L'evasiva ordinanza n. 369 della Corte Costituzionale del 9 novembre 2006 in merito alla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, pp. 27-36. Si veda altresì R. VILLANI, *Procreazione assistita e diagnosi preimpianto: la Corte costituzionale salva "pilatescamente" il divieto*, in *Studium iuris*, n. 2, 2007, pp. 127-130.

dei soli embrioni sani, domanda, quest'ultima, che non era stata avanzata dagli attori⁹.

A tale approdo giunge nello stesso anno il Tribunale di Firenze, che, adito in via cautelare d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, accoglie le richieste di una coppia di aspiranti genitori, ordinando al centro di fecondazione assistita convenuto sia di procedere alla DGP degli embrioni creati, che di trasferire in utero solo gli embrioni sani o portatori sani rispetto alla patologia di esostosi, di cui soffre la donna, con crioconservazione degli embrioni malati sino all'esito della tutela di merito (peraltro eventuale)¹⁰.

In maniera analoga decide nel corso del 2009 il Tribunale di Bologna, forte della declaratoria di illegittimità parziale della l. n. 40/2004 ad opera della Corte Costituzionale, nel frattempo intervenuta¹¹: “deve ritenersi ammissibile la diagnosi preimpianto, nonché il diritto di abbandonare l'embrione risultato malato e di ottenere il solo trasferimento di quello sano”¹².

Per chiarire e completare il dibattito giudiziario, è opportuno accennare brevemente alla questione della legittimità delle linee guida ministeriali per la PMA. Le pronunce del 2007 dei tribunali civili di Cagliari e Firenze, infatti, affermano la liceità della DGP negando l'esistenza del relativo divieto all'interno della l. n. 40/2004 e disapplicando, in particolare, una disposizione regolamentare di cui al d.m. 21.7.2004, perché ritenuta illegittima.

⁹ Trib. Cagliari, sent. 22-24.9.2007, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2, 2008, pp. 249-260, con nota di E. PALMERINI, *Procreazione assistita e diagnosi genetica: la soluzione della liceità limitata*, pp. 260-265.

¹⁰ Trib. Firenze, ord. 17.12.2007, in *Famiglia e diritto*, n. 7, 2008, pp. 723-725, con nota di F. ASTIGGIANO, *Evoluzione delle problematiche relative all'analisi preimpianto dell'embrione e nuove linee guida ministeriali*, pp. 725-731.

¹¹ Nel 2009 la Corte Costituzionale, riunendo più giudizi, dichiara: l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della l. n. 40/2004, limitatamente alle parole “ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre”; l'illegittimità costituzionale del comma 3 del medesimo articolo nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come previsto in tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna; l'inammissibilità, per difetto di rilevanza nei giudizi principali, delle questioni di legittimità costituzionale degli articoli 6, comma 3, e 14, commi 1 e 4 (Corte Cost., sent. 8.5.2009, n. 151, in *Famiglia, Persone e Successioni*, nn. 8-9, 2009, pp. 684-694, con nota di F.R. FANTETTI, *Illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, pp. 694-699).

¹² Trib. Bologna, ord. 29.6.2009, in *Giurisprudenza di merito*, n. 12, 2009, pp. 3000-3002:3002, con nota di G. CASABURI, *Il restyling giurisprudenziale della l. n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, pp. 3002-3020.

Secondo tale disposizione “ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro*, ai sensi dell’art. 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale”. Risulta consentito, così, solo un esame non invasivo, volto a valutare la compattezza e lo stato di aggregazione delle cellule costituenti l’embrione, inidoneo a individuare eventuali anomalie genetiche. Per i giudici questa prescrizione scavalca la legge ordinaria, introducendo un divieto di indagine non osservazionale (peraltro penalmente sanzionato) non previsto dalla fonte normativa di rango superiore¹³.

D’altra parte, nelle more dei giudizi civili cui si è fatto riferimento, la questione della legittimità delle linee guida viene sottoposta alla giustizia amministrativa. Nel corso del 2005 il TAR Lazio respinge più ricorsi contro il d.m. 21.7.2004¹⁴. La sentenza di rigetto del 9.5.2005, n. 3452, viene appellata e nel 2007 il Consiglio di Stato la annulla, rinviando la vicenda ad un nuovo esame del giudice di primo grado¹⁵. Nel 2008 il TAR Lazio, in sede di rinvio, sconfessando il suo precedente orientamento, accoglie in parte il ricorso e annulla per eccesso di potere la disposizione regolamentare che impone la sola indagine osservazionale dell’embrione, sollevando inoltre questione di legittimità costituzionale su altri aspetti della l. n. 40 /2004¹⁶.

L’annullamento viene di seguito recepito nelle nuove linee guida ministeriali di cui al d.m. 11.4. 2008, che non contemplano più il vincolo osservazionale, pur mantenendo il divieto di “ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica”, già

¹³ Cfr. F. RE, *La rilevanza penale delle nuove linee guida nella procreazione medicalmente assistita*, in *Rivista penale*, n. 9, 2008, pp. 857-861; C. CASSANI, *La diagnosi genetica preimpianto e la sua rilevanza penale*, in *L’indice penale*, n. 1, 2009, pp. 89-137.

¹⁴ Cfr. TAR Lazio, sez. III-ter, sent. 9.5.2005, n. 3452, http://www.giustizia-amministrativa.it/Sentenze/RM_200503452_SE.doc;
TAR Lazio, sez. III-ter, sent. 23.5.2005, n. 4047, http://www.giustizia-amministrativa.it/Sentenze/RM_200504047_SE.doc.

¹⁵ Cons. St., sez. V, sent. 28.3.2007, n. 1437, http://www.giustizia-amministrativa.it/Sentenze/CDS_200701437_SE_5.doc.

¹⁶ TAR Lazio, sez. III-quater, sent. 21.1.2008, n. 398, http://www.giustizia-amministrativa.it/Sentenze/RM_200800398_SE.doc. La questione di legittimità costituzionale prospettata dal Tar, accolta dalla Consulta con sent. n. 151/2009, verte sul numero massimo di tre embrioni che possono essere creati e impiantati e sul divieto pressoché totale di crioconservazione embrionale. Per una disamina delle problematiche sottese, cfr. 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. Atti del seminario “preventivo” (Ferrara, 18 aprile 2008)*, Giappichelli, Torino, 2008 [e-book].

presente nel d.m. del 2004, in conformità col chiaro divieto di selezione eugenetica degli embrioni di cui all'art. 13, comma 3, lett. b) della l. n. 40/2004.

Questo in estrema sintesi il percorso della giurisprudenza ad oggi compiuto. Ma quali sono gli argomenti sfruttati per arrivare a sancire la liceità della DGP?

3. *La sterilità come malattia*

Secondo l'art. 1, comma 2, l. n. 40/2004 il ricorso alla PMA è consentito “qualora non vi siano *altri* metodi *terapeutici* efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità”¹⁷. Dalla legge, dunque, si evince una qualificazione delle tecniche di PMA in termini di cura di una situazione considerata patologica. Nei casi giudiziari di DGP, l'infertilità si accompagna a malattie a rischio di trasmissione ereditaria. In questo contesto la DGP viene presentata dagli aspiranti genitori come un rimedio al problema di far nascere figli malati¹⁸.

L'argomento della terapeuticità della PMA è sfruttato tanto a sostegno della illiceità della DGP, quanto a sostegno della sua liceità. Nel primo senso si esprimono il Tribunale di Catania nel 2004 e il TAR Lazio nel 2005, laddove affermano che: “il legislatore ha scelto che la legge sulla procreazione medicalmente assistita si limiti a porre rimedio alle malattie – note e ignote – che in qualsiasi modo producono la sterilità della coppia, consentendo a quest'ultima di avere figli, ma di averli in condizione analoghe a come, per natura, le hanno le coppie fertili. Senza, cioè, la possibilità di selezionare i nascituri in sani e malati, eliminando questi ultimi”¹⁹; “non può sostenersi, già sul piano della ragionevolezza, che il metodo (artificiale) della procreazione assistita, il cui fine è solamente quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità od infertilità umane, possa offrire delle opportunità maggiori del ‘metodo naturale’ ”²⁰.

¹⁷ Nelle linee guida i due termini, infertilità e sterilità, sono usati come sinonimi e viene definita sterilità (infertilità) l'assenza di concepimento, oltre ai casi di patologia riconosciuta, dopo 12/24 mesi di regolari rapporti sessuali non protetti.

¹⁸ Cfr. M.L. UZIELLI GIOVANNUCCI, *Fecondazione assistita: sterilità, infertilità e disordini genetici*, in A. BUCELLI, a cura di, *Produrre uomini*, Firenze University Press, Firenze, 2005, pp. 105-126.

¹⁹ Trib. Catania, ord. 3.5.2004, in *Famiglia e Diritto*, n. 4, 2004, pp. 372-379:374.

²⁰ TAR Lazio, sez. III-ter, sent. 9.5.2005, n. 3452,

http://www.giustizia-amministrativa.it/Sentenze/RM_200503452_SE.doc, p. 25.

Nello stesso senso, certa dottrina sottolinea come ammettere la DGP significherebbe vanificare il dato normativo di cui all'art. 1 e travolgere l'intero impianto della legge, perché inevitabilmente bisognerebbe superare anche i divieti di soppressione, sperimentazione e congelamento degli embrioni. Inoltre, "la stessa condizione di sterilità-infertilità diverrebbe incongrua perché apparirebbe irragionevole ammettere la DGP nel caso di sterilità-infertilità accompagnata da rilevanti rischi di trasmissione di una malattia ereditaria e non consentirla, invece, nei casi in cui la coppia non è affetta da sterilità-infertilità, ma è portatrice, per parte maschile e/o femminile, di una anomalia genetica"²¹.

A sostegno, invece, della ammissibilità della DGP, pur sempre rifacendosi al carattere terapeutico della PMA, si esprimono i Tribunali di Cagliari e Firenze del 2007. Riconducendo le istanze di fecondazione assistita all'interno della categoria del diritto fondamentale alla salute, essi supportano la liceità della DGP sulla base del principio del consenso informato. Dato che le tecniche di PMA vengono considerate trattamenti sanitari terapeutici, si afferma l'innegabilità del diritto degli aspiranti genitori a ricevere ogni informazione inerente il trattamento cui si sottopongono. Lo stato di normalità genetica dell'embrione viene incluso fra le informazioni da garantire alla donna paziente affinché possa esprimere un consenso compiutamente informato rispetto allo specifico atto sanitario dell'impianto embrionale in utero²².

È in linea con tale orientamento il TAR Lazio del 2008, laddove annulla il limite dell'indagine osservazionale di cui alle linee guida per salvaguardare "l'ambito oggettivo di delimitazione della disciplina della PMA" (spettante al legislatore e non all'esecutivo). Tale ambito viene circoscritto nel prosieguo della sentenza definendo la pratica della PMA come "un rimedio ad una patologia qual è la sterilità/infertilità" e "un trattamento sanitario, vale a dire di una 'pratica tera-

²¹ M. CASINI, *L'opposizione globale alla legge n. 40 e le lacune della sentenza cagliaritana: i diritti del concepito e le modalità esecutive della diagnosi preimpianto*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 1, 2008, pp. 287-306:291-292. La stessa considerazione è svolta da Tar Lazio, sez. III-ter, sent. 9.5.2005, n. 3452.

²² Cfr. L. D'AVACK, *Il Tribunale di Cagliari dichiara la legittimità dell'indagine preimpianto nella PMA, privilegiando il diritto della madre alla piena informativa sull'atto sanitario*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 1, 2008, pp. 281-287.

peutica tesa a sopperire ad alterazioni dell'organismo' per la cui somministrazione dovrebbe essere riconosciuta, al medico curante, la possibilità di una valutazione del singolo caso sottoposto al trattamento”²³.

Come si vede la qualificazione della sterilità come di una malattia e delle pratiche di PMA come atti sanitari terapeutici, che il legislatore pare abbia concepito nell'ottica di una PMA che porta a compimento la natura (l' *epitelein* di aristotelica memoria), finisce per diventare funzionale ad una PMA che si sostituisce alla natura (il *mimeisthai* di aristotelica memoria)²⁴, consentendo una selezione degli embrioni impossibile nella riproduzione naturale.

Ciò impone qualche riflessione sul concetto di malattia e sullo speculare concetto di salute, che, se di primo acchito possono sembrare semplici e intuitivi, si rivelano carichi di molteplici sfumature di significato. In questo si palesano come veri e propri *endoxa* (luoghi comuni, opinioni notevoli) apparenti, cioè come delle premesse solo apparentemente condivise, da cui si traggono conclusioni opposte²⁵.

In generale la malattia è l'alterazione del funzionamento normale di un organismo, potenziale causa di sofferenza e di pericolo per la sopravvivenza. Già questa definizione d'uso rimanda all'inadeguatezza verso un modello di *perfezione* o di pienezza, costituente l'orizzonte ideale della salute. I diversi livelli di significato possibili (biologico, medico, psicologico, sociale, morale) alludono all'idea della

²³ TAR Lazio, sez. III-quater, sent. 21.1.2008, n. 398, http://www.giustizia-amministrativa.it/Sentenze/RM_200800398_SE.doc, pp. 20, 23, 31, rispettivamente. Sulle implicazioni della terapeuticità della PMA in termini di illegittimità costituzionale di alcuni contenuti della l. n. 40/2004, cfr. M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2004, pp. 453-466.

²⁴ ARISTOTELE, *Phys.*, II, 8, 199 a 15. Sul rapporto fra *techne* e natura in Aristotele, cfr. S. FUSELLI, *La lanterna di Diogene: alla ricerca dell'uomo negli esperimenti di ibridazione*, in F. ZANUSO, a cura di, *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 91-109.

²⁵ ARISTOTELE, *Top.*, 100 b, 24-25. Sul tema, cfr. G.M. AZZONI, *Endoxa e fonti del diritto*, in G.A. FERRARI, M. MANZIN, a cura di, *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, collana *Acta methodologica* 1, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 123-155; F. CAVALLA, voce *Topica giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 720-739; F. ZANUSO, *Neminem laedere. Verità e persuasione nel dibattito bio-giuridico*, Cedam, Padova, 2005, pp. 11-17; EAD., *Laicità e laicismo nell'argomentazione biogiuridica*, in F. CAVALLA, a cura di, *Retorica Processo Verità. Principi di filosofia forense*, Franco Angeli, Milano 2007, pp. 227-254.

chiusura dell'orizzonte di possibilità offerto dalla vita stessa²⁶. Sul piano esistenziale-psicologico, la malattia comporta l'esperienza del dolore e della sofferenza, avvertita come una perdita dell'integrità individuale.

È chiaro che la nozione di malattia non può essere ricondotta esclusivamente alle sue dimensioni descrittive (biologico-funzionali), perché “è intrinseca al concetto una dimensione valutativa, che rimanda all'esperienza effettiva della malattia come un *male habitus* per il vivente (...). Sotto questo profilo, la questione filosofica centrale è questa: se gli aspetti valutativi siano in ultima analisi soggettivi o oggettivi”²⁷.

Il nostro ordinamento, tendendo verso la prima alternativa e in linea con il parere dell'Organizzazione Mondiale della Sanità²⁸, accoglie una nozione ampia di salute, coincidente con lo stato di completo benessere psico-fisico della persona, attenta anche alla percezione che l'individuo ha della propria condizione: “inscrivere la salute nell'orbita del benessere psico-fisico del soggetto comporta la necessità di relativizzare talune malattie, collocandole nel concreto contesto in cui si manifestano”²⁹.

Un documento delle Nazioni Unite del 1996 descrive la salute riproduttiva in termini assolutamente conformi a questa impostazione, come “una condizione di completo benessere fisico, mentale e sociale e non solamente l'assenza di malattie relative a una delle funzioni e dei processi del sistema riproduttivo”³⁰.

Proprio in questa cornice culturale si iscrive la innovativa disposizione delle linee guida sulla PMA del 2008 che estende la condizione di sterilità, necessaria per l'accesso alle tecniche di riproduzione assistita, anche agli uomini portatori di

²⁶ Cfr. R. MORDACCI, *I significati di salute e malattia*, in P. CATTORINI, R. MORDACCI, M. REICHLIN, a cura di, *Introduzione allo studio della bioetica*, Europa scienze umane, Milano, 1996, pp. 157-203; cfr. altresì P.A. ROVATTI, *Note sulla medicalizzazione della vita*, in *Aut Aut*, n. 340, 2008, pp. 3-13.

²⁷ R. MORDACCI, voce *Malattia*, in *Enciclopedia Filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, p. 6935.

²⁸ “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity” (Preamble to the Constitution of the World Health Organization in <http://www.who.int/about/definition/en/>).

²⁹ P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 88.

³⁰ ONU, *Reproductive Rights and Reproductive Health. A concise Report*, New York 1996, E. 96, XII, II.

AIDS, epatite B ed epatite C, malattie sessualmente trasmissibili che non causano l'infertilità in chi ne è colpito³¹.

In questi casi il pericolo di contagio induce la coppia ad avere rapporti sessuali protetti. I "problemi riproduttivi" richiesti dalla legge vengono collegati, dunque, alla adozione di precauzioni volte a evitare il concepimento naturale, il quale comporterebbe l'infezione della madre e/o del nascituro.

Con riguardo al rischio di concepire un figlio malato, allora, la norma potrebbe porre problemi di discriminazione rispetto alle coppie affette da malattie genetiche che non compromettono naturalisticamente la capacità riproduttiva, coppie che potrebbero avvalersi della PMA per generare figli sani³². Tramite la DGP³³.

Ecco riapparire la questione della DGP in questo processo che vede dilatarsi le nozioni di malattia e salute (le cui componenti oggettive sfumano a favore di quelle soggettive) e, conseguentemente, anche la nozione di intervento terapeutico (che tutela una salute intesa in senso sempre più ampio)³⁴. Le valutazioni soggettive dell'individuo assumono crescente importanza e contribuiscono a improntare sempre più la PMA ad una *mimesi* della natura. Ma di quale veste giuridica si avvalgono queste determinazioni individuali? E di quali istanze culturali si fanno portatrici?

³¹ Secondo le nuove linee guida l'elevato rischio di infezione per la madre o per il feto costituisce di fatto, in termini obiettivi, una causa ostativa della procreazione, imponendo l'adozione di cautele che si traducono, necessariamente, in una condizione di infertilità.

³² Sospetta che la disposizione innovi illegittimamente la legge in punto di soggetti ammessi all'accesso alle tecniche di riproduzione assistita G. M. SALERNO, *Sulle malattie sessualmente trasmissibili uno 'sconfinamento' di competenza*, in *Guida al Diritto*, n. 20, 17.5.2008, pp. 28-30; saluta invece con favore la novità introdotta dalle linee guida F. RE, *La rilevanza penale delle nuove linee guida nella procreazione medicalmente assistita*, in *Rivista penale*, n. 9, 2008, pp. 857-861.

La Cassazione si è espressa per la legittimità della disposizione in commento, sulla base della natura integrativa delle linee guida rispetto alla legge (cfr. Cass. Pen., sez. I, sent. 21.1-13.3.2009, n. 11259, in *Guida al diritto*, n. 20, 16.5.2009, pp. 91-92, con nota critica di F.M. BOUGLEUX, *Protezione di un diritto soggettivo raggiunta con argomenti poco convincenti*, pp. 93-94).

³³ In effetti, nel gennaio 2010, il Tribunale di Salerno arriva ad autorizzare la diagnosi genetica preimpianto ad una coppia fertile portatrice di una grave malattia ereditaria (la notizia di questa recentissima decisione è apparsa nel quotidiano *Il Sole 24 Ore* del 14.1.2010, p. 33).

³⁴ La salute è passata "da un modello oggettivo a una visione sempre più psicologista e individualistica, sempre più legata all'idea della qualità della vita" (S. AMATO, *La riproduzione assistita come diritto. Riflessioni biogiuridiche*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 1, 2001, pp. 89-117:110).

4. La riproduzione come diritto

Secondo l'art. 1, comma 1, l. n. 40/2004 il ricorso alla PMA è consentito “al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana ... *alle condizioni e secondo le modalità previste* dalla presente legge, che assicura i diritti di *tutti* i soggetti coinvolti, compreso il *conceptito*”³⁵.

La tecnica normativa utilizzata dal legislatore italiano per disciplinare la PMA è quella del permesso/divieto. Essa accomuna tutte le leggi europee in materia, pur nella notevole diversità di contenuti che le contraddistingue. In generale gli ordinamenti europei considerano estraneo alla loro tradizione giuridica un approccio libertario che sancisca un diritto alla procreazione, anche artificiale, potenzialmente illimitato³⁶. Un indirizzo di questo tipo, proprio del modello americano, viene sospettato di minacciare l'etica della responsabilità connessa alla nascita del rapporto di filiazione³⁷.

La struttura permesso/divieto serve, quindi, per controllare che l'esercizio della libertà individuale non confligga con talune scelte di politica legislativa, che, nel caso italiano, riguardano la tutela non solo degli aspiranti genitori, ma anche dell'embrione, alla ricerca di una composizione fra l'aspettativa di gravidanza degli aspiranti genitori e l'aspettativa di nascita dell'embrione.

³⁵ Per la questione dello statuto dell'embrione, dichiarata irrisolvibile sulla base di considerazioni scientifiche, cfr. *ex multis* il recente P. SCHLESINGER, *Il conceptito e l'inizio della persona*, in *Rivista di diritto civile* n. 3, 2008, pp. 247-256; nonché, specificamente in relazione alla PMA: G. ALPA, *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità e divieti*, in M. DE TILLA, U. OPERAMOLLA, a cura di, *Seminari di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 359-390; A. SCERBO, *Procreazione medicalmente assistita*, in M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, A. SCERBO, a cura di, *Questioni di vita o di morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 170-190:182 ss.

³⁶ “Ogni legge sulla *pma* contiene soprattutto *limiti e divieti*, che vengono imposti alle scelte individuali e all'operato di medici e biologi. Il legislatore non accetta che le scelte in materia siano demandate per intero agli attori della *pma*, in particolare al medico, ma rivendica per sé una valutazione bilanciata degli interessi in gioco” (E. DOLCINI, *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione medicalmente assistita. Ambiguità e rigori della legge n. 40 del 2004*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1, 2009, pp. 27-50:29).

³⁷ Cfr. V. ZAMBRANO, *La fecondazione assistita: profili giuridici di un fenomeno (in)naturale*, in C. CASONATO, T. E. FROSINI, a cura di, *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 177-205.

Per uno studio comparatistico della PMA, oltre al volume appena citato, cfr. S. BAGNI, *L'argomento comparatistico nel dibattito parlamentare sulla procreazione assistita*, in *Politica del diritto*, n. 4, 2008, pp. 635-668.

È proprio all'interno di questo delicato bilanciamento che si colloca la questione della DGP, particolarmente difficile da decifrare anche in ragione dell'ambiguità insita nel richiamo al cd. diritto umano alla riproduzione, operato nel dibattito giudiziario e dottrinario sulla l. n. 40/2004. Nonostante i contenuti essenziali di questo diritto sembrano immediatamente percepibili, infatti, la sua complessità concettuale di *endoxon* (luogo comune in senso aristotelico) è invece tale, ove non consaputa, da trasformarsi in vaghezza e pregiudicare la chiarezza e correttezza del ragionamento³⁸.

I ccdd. diritti riproduttivi, pretesa veste giuridica di rivendicazioni relative al controllo del proprio corpo e della propria funzione riproduttiva, sono oggetto di discussione e concettualizzazione relativamente recenti. Nella nozione trovano posto sia i ccdd. diritti riproduttivi negativi, volti al 'non riprodursi', ad una sessualità senza riproduzione (attraverso, ad esempio, le metodiche contraccettive), che i ccdd. diritti riproduttivi positivi, volti al 'riprodursi comunque', ad una riproduzione senza sessualità (attraverso, ad esempio, la PMA). Storicamente, a seguito del riconoscimento dei primi si è avuta una sistematica e progressiva apertura verso la categorizzazione del più generale 'diritto alla scelta riproduttiva' come diritto umano di ultima generazione³⁹.

Già i primi commenti alla l. n. 40/2004 testimoniano la possibilità di considerazioni diametralmente opposte sul tema: vi è chi, in accordo con la tecnica permesso/divieto adottata dalla legge, ritiene che non esista un vero e proprio diritto alla procreazione, comunque e con qualsiasi modalità, da intendersi nel senso di una libertà di scegliere volontariamente e autonomamente tra il metodo naturale e quello artificiale⁴⁰; ma vi è anche chi critica i divieti imposti dalla legge (come quello di inseminazione eterologa o di ricorso alle tecniche di PMA da parte di

³⁸ F. ZANUSO, *Neminem laedere. Verità e persuasione nel dibattito bio-giuridico*, Cedam, Padova, 2005, pp. 58-72. Sulla ambiguità che ormai caratterizza in generale il concetto di diritti umani, cfr. anche M. JASONNI, *Crisi della laicità e diritti umani*, in *Archivio giuridico*, n. 1, 2008, pp. 75-90.

³⁹ Cfr. P. IAGULLI, *"Diritti riproduttivi" e riproduzione artificiale. Verso un nuovo diritto umano? Profili ricostruttivi e valutazioni biogiuridiche*, Giappichelli, Torino, 2001. Più in generale, per una riflessione giusfilosofica sul tema dei 'nuovi diritti', cfr. F. RICCOBONO, *Soggetto Persona Diritti*, Terzo Millennio Edizioni, Napoli, 1999, p. 75 ss.

⁴⁰ M. DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Famiglia e diritto*, n. 2, 2004, pp. 117-121.

single) in nome del diritto, costituzionalmente garantito⁴¹, alla procreazione cosciente e responsabile⁴².

Concentrandosi sulla qualificazione giuridica della posizione soggettiva degli aspiranti genitori che richiedono la DGP, il Tribunale di Catania dichiara che la legge “non incide su diritti fondamentali della persona (l’odierna ricorrente), che non ha un diritto fondamentale a produrre un figlio conforme ai suoi desideri”; che con le richieste dei ricorrenti “si afferma di voler difendere il diritto di taluno a nascere sano e si difende, invece, un preteso diritto dei genitori ad avere solo figli sani a qualunque costo, diritto che la nostra Costituzione non riconosce loro”; che, inoltre, “nessun ‘bilanciamento di interessi’ i coniugi ricorrenti propongono fra i loro interessi e quelli del concreto nascituro eventualmente malato, antepo- nendo a tutto incondizionatamente il loro desiderio-interesse ad avere un figlio sano”; che, infine, non fa parte “dei diritti della persona né della sua integrità psico- fisica la possibilità di selezionare eugeneticamente i suoi figli”⁴³. Il Tar Lazio nel 2005 si esprime analogamente per la “inesistenza di un fondamento alla prete- sa di avere un figlio sano. Si va, in tale modo, ben oltre la questione della configu- rabilità di un diritto alla procreazione, che è poi l’interfaccia del desiderio di esse- re genitori”, precisando che la conclusione rimarrebbe ferma “anche ad ammetter- si, *per mera ipotesi*, l’esistenza di un siffatto diritto della personalità”⁴⁴.

⁴¹ Nel 2005 la Corte Costituzionale ritiene inammissibile la richiesta di referendum diretto ad abrogare l’intera l. n. 40/2004, qualificando la legge come costituzionalmente necessaria e relativa a “una pluralità di rilevanti *interessi* costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa” (Corte Cost., sent. 28.1.2005, n. 45,

<http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bV ar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>).

Sul tema, cfr. A. PUGIOTTO, *È ancora ammissibile un referendum abrogativo totale?*, in *Qua- derna costituzionali*, n. 3, 2005, pp. 545-572; T. F. GIUPPONI, *Il “giudizio di legittimità” nel refe- rendum e i limiti del legislatore*, in R. PINARDI, a cura di, *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull’ammissibilità del referendum abrogativo*, Giap- pichelli, Torino, 2007, pp. 315-318.

⁴² F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia e dirit- to*, n. 6, 2004, pp. 629-642.

⁴³ Trib. Catania, ord. 3.5.2004, in *Famiglia e Diritto*, n. 4, 2004, pp. 372-379, le citazioni sono riprese, rispettivamente, dalle pp. 378, 377, 378, 379.

⁴⁴ TAR Lazio, sez. III-ter, sent. 9.5.2005, n. 3452,

http://www.giustizia-amministrativa.it/Sentenze/RM_200503452_SE.doc, p. 25.

Alcuni studiosi, in linea con questo orientamento, sottolineano la scarsa utilità di un ragionamento incentrato sul ‘diritto’ poiché nella corsa ai nuovi diritti non si possono trasformare in tali tutti gli interessi emergenti, e, come talvolta si pretende, perfino i desideri⁴⁵. Altri evidenziano come l’aspirazione a diventare genitori, benché sia un desiderio assolutamente apprezzabile, non possa essere il contenuto di un diritto umano fondamentale⁴⁶.

A sostegno della tesi della liceità della DGP, il Tribunale di Cagliari nel 2007 si richiama all’interesse dei futuri genitori ad avere una adeguata informazione sullo stato di salute dell’embrione, al diritto alla piena consapevolezza in ordine ai trattamenti sanitari, e vede nella DGP uno strumento indispensabile “sia nella prospettiva di una gravidanza pienamente consapevole, consentendo ai futuri genitori di prepararsi psicologicamente ad affrontare eventuali problemi di salute del nascituro, sia in funzione della tutela della salute gestazionale della donna”⁴⁷; il Tribunale di Firenze, infine, richiamandosi al diritto alla salute dell’individuo e del nucleo familiare, nonché al diritto all’informazione nel caso di trattamento sanitario, si appella al “diritto alla procreazione cosciente e responsabile”⁴⁸.

Vi è chi, concorde con la decisione fiorentina, parla di “diritto *sui generis*” della donna all’impianto dei soli embrioni sani (al fine di non ricorrere, poi, all’aborto del feto malato)⁴⁹, usando un’espressione che denota tutta la difficoltà, dal punto di vista teorico, nel qualificare giuridicamente la pretesa.

Altri ricostruiscono la possibilità della DGP come espressione del *diritto soggettivo* della coppia ad essere informata sullo stato di salute degli embrioni da trasferire, come parte integrante del diritto alla salute (della madre e del feto) di cui all’art. 32 Cost., “e non già mero e non protetto interesse o capriccio soggettivo dei genitori biologici ad avere un figlio che presenti questa o quella caratteristica.

⁴⁵ P. STANZIONE, *Procreazione assistita e categorie civilistiche*, in AA. VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Giuffrè, Milano, 1998, vol. 2, pp. 859-866.

⁴⁶ Cfr. M. CASINI, *L’opposizione globale alla legge n. 40 e le lacune della sentenza cagliaritano: i diritti del concepito e le modalità esecutive della diagnosi preimpianto*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 1, 2008, pp. 287-306:301.

⁴⁷ Trib. Cagliari, sent. 22-24.9.2007, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2, 2008, pp. 249-260:256.

⁴⁸ Trib. Firenze, ord. 17.12.2007, in *Famiglia e diritto*, n. 7, 2008, pp. 723-725:724.

⁴⁹ F. ASTIGGIANO, *Evoluzione delle problematiche relative all’analisi preimpianto dell’embrione e nuove linee guida ministeriali*, in *Famiglia e diritto*, n. 7, 2008, pp. 725-731:729.

Con il riconoscimento di siffatto profilo evolutivo del diritto alla salute, si riconosce in effetti alla donna la *libertà di autodeterminazione* in ordine al proprio corpo, da cui discende il diritto alla procreazione cosciente e responsabile⁵⁰.

La giurisprudenza in tema di DGP denota una evoluzione nel modo di considerare il desiderio di genitorialità: a sfondo della tesi della illiceità della DGP pare trovarsi una sua qualificazione in termini di interesse, e non di diritto, o, al più, di diritto non autonomo, connesso ai diritti alla salute e all'uguaglianza, e inserito in una cornice relazionale che prende in forte considerazione l'aspettativa di nascita dell'embrione; a sfondo della tesi della liceità della DGP, pare trovarsi una sua qualificazione più sicura in termini di diritto soggettivo, compiuta adottando come 'chiave di volta' il riferimento al diritto alla salute, e inserita in una cornice individualistico-libertaria, in cui assume preponderante rilievo la spinta all'autodeterminazione⁵¹.

5. Diagnosi (eu)genetica preimpianto?

Sebbene la legge sembri imporre l'impianto in utero degli embrioni ottenuti con le tecniche di PMA, non ci sono dubbi che la donna possa legittimamente rifiutarlo, in conformità al principio costituzionale secondo cui nessun atto medico può essere effettuato senza il consenso del paziente⁵². All'esito di una infausta diagnosi preimpianto, dunque, la donna può legittimamente negare il consenso all'impianto di embrioni con anomalie genetiche.

⁵⁰ V. DI CAPUA, *Il divieto di diagnosi preimpianto nel procedimento di fecondazione assistita al vaglio critico di un'innovativa giurisprudenza*, in *Bioetica*, n. 2, 2008, pp. 306-321:310-311.

⁵¹ Per un chiarimento sui paradigmi biogiuridici individualistico-libertario e relazionale, sulle loro matrici culturali e sulle loro implicazioni etiche, cfr. P. IAGULLI, "Diritti riproduttivi" e riproduzione artificiale. Verso un nuovo diritto umano? *Profili ricostruttivi e valutazioni biogiuridiche*, Giappichelli, Torino, 2001; sul tema della autodeterminazione riproduttiva, cfr. altresì M. REICHLIN, *Autonomia e responsabilità nella sfera procreativa*, in P. CATTORINI, E. D'ORAZIO, V. POCAR, a cura di, *Bioetiche in dialogo. La dignità della vita umana, l'autonomia degli individui*, Zadig, Milano, 1999, pp. 177-195; nonché L. PALAZZANI, *La "questione femminile" e le tecnologie riproduttive: riflessioni di filosofia del diritto*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 3, 1999, pp. 504-518.

⁵² A meno che non si tratti di trattamento sanitario obbligatorio, i cui presupposti non ricorrono nel caso di specie, cfr. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 161-165; cfr. altresì L. BOZZI, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Europa e diritto privato*, n. 1, 2008, pp. 225-245.

Questo è un punto nevralgico della questione: una volta accertato il diritto all'informazione sulla 'salute genetica' dell'embrione, non occorre accertare il diritto all'impianto dei soli embrioni sani per ottenere il risultato sperato dagli aspiranti genitori; alla donna basterà rifiutare, di fatto, l'inoculazione dell'embrione malato e, in presenza di più embrioni, il medico non potrà che procedere all'impianto, questa volta ovviamente acconsentito, dell'embrione eventualmente risultato sano. A questo stadio della procedura di PMA, infatti, il medico non potrebbe sollevare alcuna obiezione di coscienza (art. 16 della legge), né comunque gli sarebbe consentito mettere a repentaglio la vita dell'embrione sano, che la donna è pronta ad accogliere, con un rifiuto di trasferimento⁵³.

Il diritto all'informazione, premessa di questo sillogismo⁵⁴, tanto più assume una connotazione di innegabilità quanto più viene connesso alla salute della donna, e quanto più ancora la salute viene ampiamente intesa come benessere fisico e psichico.

In questo modo, si supera la spinosa questione della selezione eugenetica, il dubbio, cioè, che la DGP sia volta non tanto a favorire la riproduzione di soggetti 'socialmente desiderabili' (eugenetica positiva), quanto a prevenire la nascita di soggetti 'indesiderabili', perché malati (eugenetica negativa)⁵⁵.

Così il Tribunale di Cagliari nel 2007 argomenta che, come la legge sull'aborto non consente l'interruzione della gravidanza a fini eugenetici, rilevando lo stato di salute del feto non di per sé ma solo quale causa del verificarsi di uno stato patologico della gestante, così la l. n. 40/2004 vieta la selezione degli embrioni a scopo eugenetico; ma negli stessi termini in cui è consentita dalla l. n. 194/1978 l'interruzione della gravidanza per la tutela della salute della gestante (aborto te-

⁵³ In riferimento al caso deciso dal Tribunale di Cagliari con sentenza del 22-24.9.2007, si può ritenere che sia proprio la consapevolezza di questo meccanismo giuridico a indurre la coppia a chiedere in via ordinaria solo l'accertamento del diritto all'esecuzione della DGP, senza domandare l'accertamento del problematico diritto al trasferimento degli embrioni sani. La soddisfazione dell'interesse finale è comunque garantita.

⁵⁴ Così riassumibile: se va garantito il diritto all'informazione, e la DGP fornisce questa informazione, allora va garantita la DGP.

⁵⁵ Cfr. G. GAMBINO, voce *Eugenetica*, in *Enciclopedia Filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, pp. 3852-3854. Per un'indagine storico-filosofica sull'eugenetica, cfr. C. FUSCHETTO, *Fabbricare l'uomo. L'eugenetica tra biologia e ideologia*, Armando, Roma, 2004; per il problematico rapporto tra diritto ed eugenetica, cfr. C. CASONATO, *Diritto, diritti ed eugenetica: prime considerazioni su un discorso altamente problematico*, in *Humanitas*, n. 4, 2004, pp. 841-856.

rapeutico), allo stesso modo la donna potrà legittimamente rifiutare l'impianto dell'embrione prodotto in vitro allorché la conoscenza dell'esistenza di gravi malattie genetiche o cromosomiche nell'embrione medesimo abbiano determinato in lei una patologia tale per cui procedere ugualmente all'impianto sarebbe di grave nocimento per la sua salute fisica o psichica. In questo caso, infatti, prosegue il Tribunale, non si tratterebbe di pratica eugenetica, certamente vietata ai sensi dell'art. 13, ma di impossibilità di procedere all'impianto per "grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione" che ai sensi dell'art. 14, comma 3, legittima espressamente la crioconservazione dell'embrione sino a quando (*e se*) l'impedimento all'impianto venga meno⁵⁶.

Ovviamente vi sono, e vi saranno, casi e casi, ciascuno dei quali potrebbe presentare caratteristiche tali da imporre una valutazione completamente diversa rispetto agli altri, ma in linea generale questo esito apre la possibilità che accada per la DGP quanto accade per l'aborto. E cioè che, mantenendo ferma l'inesistenza nel nostro ordinamento di un 'diritto' della donna di abortire (o non impiantare) i nascituri malati in quanto tali, e dilatando le maglie del concetto di salute della donna, per interrompere la gravidanza (o la PMA) sia ritenuta sufficiente la prospettiva, e non la presenza attuale, di un disagio psichico o di una forte difficoltà esistenziale nel proseguire quel processo generativo⁵⁷.

L'ampliamento del concetto di malattia si potrebbe riscontrare anche dal lato dell'embrione: stante il continuo progresso scientifico-tecnologico, il numero delle malattie genetiche individuabili aumenta di giorno in giorno e, nel caso di diagnosi di malattie a insorgenza tardiva o multifattoriali, si aprirebbe la strada a forme di discriminazione nei confronti di malati 'asintomatici' o 'potenziali'⁵⁸,

⁵⁶ Trib. Cagliari, sent. 22-24.9.2007, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2, 2008, pp. 249-260:258.

⁵⁷ Di "diffuse prassi applicative" della l. n. 194/1978 "palesamente contrarie al suo spirito e anche alla sua lettera" parla il Tribunale di Catania del 2004 (Trib. Catania, ord. 3.5.2004, in *Famiglia e Diritto*, n. 4, 2004, pp. 372-379:375).

⁵⁸ R. MORDACCI, A. SERRA, voce *Genetica*, in *Enciclopedia Filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, pp. 4607-4609:4608. cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Orientamenti bioetici per i test genetici. Sintesi e raccomandazioni*, 19 novembre 1999, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 1999, <http://www.governo.it/bioetica/pdf/40.pdf>, pp. 67-80.

“selezionati nella vita prenatale ... sulla base di risultati cui non corrisponde necessariamente un concetto chiaro e definito di malattia”⁵⁹.

Per scongiurare il rischio eugenetico vi è chi propone di affidare ai genetisti la redazione di elenchi di malattie gravi, solo in presenza delle quali agli aspiranti genitori che ne sono affetti potrebbe essere consentita la DGP⁶⁰. La proposta è accattivante ma non priva di profili problematici: esiste davvero una compatta comunità di genetisti cui affidare il compito? In base a quali criteri sarebbero selezionati i genetisti competenti? E in base a quali criteri i genetisti potrebbero poi qualificare una malattia come grave? Se il giudizio concernesse la qualità della vita eventualmente consentita da queste malattie, si tratterebbe a questo punto di una valutazione scientifica?

A fronte di tutto ciò emerge il dubbio che la DGP non sia davvero un *mero* strumento conoscitivo, un'operazione a contenuto *neutro* rispetto a qualunque successivo intervento sull'embrione, come sostenuto dalla giurisprudenza e dalla dottrina che propendono per la liceità della DGP e che ne negano, in sé e per sé, ogni finalità eugenetica⁶¹.

Queste considerazioni inducono a soffermarsi sullo statuto epistemologico della scienza e sul suo strutturale carattere operativo, di cui la tecnica rappresenta l'espressione: la scienza conosce *per intervenire* sul mondo, piuttosto che conoscere per conoscere. Si potrebbero riportare le riflessioni di Günther Anders, per il quale nella nostra epoca la tecnica esercita un dominio totalitario e irreversibile, sulla scorta dell'imperativo secondo cui il tecnicamente possibile diviene “ciò che si deve fare”, superando artificialmente e continuamente le frontiere ‘naturali’ di

⁵⁹ G. GAMBINO, voce *Eugenetica*, in *Enciclopedia Filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, pp. 3852-3854:3853.

⁶⁰ L. D'AVACK, *Il Tribunale di Cagliari dichiara la legittimità dell'indagine preimpianto nella PMA, privilegiando il diritto della madre alla piena informativa sull'atto sanitario*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 1, 2008, pp. 281-287:284.

⁶¹ Nega che possa dirsi eugenetica la selezione, fra gli embrioni ottenuti, di quelli non affetti da malattie genetiche gravi C. CASSANI, *La diagnosi genetica preimpianto e la sua rilevanza penale*, in *L'indice penale*, n. 1, 2009, pp. 89-137:116; *contra*, A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa e diritto privato*, n. 1, 2009, pp. 1-58:49-58.

volta in volta abbattute⁶². Come si potrebbero riportare le riflessioni di Hans Jonas, secondo cui l'agire tecnico ha mutato l'equilibrio della vita entrando a definire un suo possibile senso, rispetto al quale l'uomo è chiamato continuamente a interrogarsi e a esercitare la sua responsabilità⁶³.

Non manca chi vede il serio pericolo che le tecniche di diagnosi genetica prenatale siano orientate da una eugenetica "di consumo": fornendo *test* ma non cure, si induce il singolo a operare scelte selettive che egli crede autonome, ma che sono sostanzialmente eterogestite e perseguono surrettiziamente forme di miglioramento della specie⁶⁴. Certo ciò non avviene nel contesto di un programma statale di miglioramento della 'razza', ma la selezione per eliminazione dei portatori di difetti genetici si produce "per effetto della preponderanza di modelli culturali e immagini dell'idea di 'vita umana accettabile' che plasmano le scelte procreative delle coppie" ed "è chiaro a tutti che una selezione attraverso modelli impliciti non è affatto meno discutibile di una selezione esplicitamente pianificata"⁶⁵.

Nel suo concreto esercizio, il cd. biopotere si propone "in maniera convincente e seducente, inducendo per esempio nei genitori il desiderio procreativo di un essere umano sempre più perfetto ... esorcizzando così il fantasma di ogni alterità

⁶² G. ANDERS, *L'uomo è antiquato. Sulla distruzione della vita nell'epoca della terza rivoluzione industriale*, Bollati Borlinghieri, Torino, 1992.

⁶³ H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità*, Einaudi, Torino, 1997; ID., *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino, 2002.

⁶⁴ H. ROSE, *Ideologia eugenetica di stato, ideologia eugenetica di consumo: sono possibili nuove prospettive?*, in P. DONGHI, *Il patto col diavolo*, Laterza, Roma-Bari 1997, pp. 73-95:81. Osserva Gabriella Gambino: "rispetto alla diagnosi prenatale, i bisogni vengono gradualmente concettualizzati in rapporto alla evoluzione della capacità diagnostica: le donne giungono ad averne bisogno solo dopo che vengono immessi nel mercato i test per determinati tipi di anomalie genetiche" (G. GAMBINO, *Il corpo de-formato tra cultura diagnostica e genetizzazione della medicina*, in F. D'AGOSTINO, a cura di, *Il corpo de-formato. Nuovi percorsi dell'identità personale*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 39-51:44); riflette sulla autenticità e genuinità dei desideri degli aspiranti genitori anche M. MONETI CODIGNOLA, *Produrre uomini. La rivoluzione delle tecnologie riproduttive*, in A. BUCELLI, a cura di, *Produrre uomini*, Firenze University Press, Firenze, 2005, pp. 13-45:26.

⁶⁵ R. MORDACCI, *Etica ed eugenetica*, in *Etica & Politica*, n. 2, 2004, http://www.units.it/etica/2004_2/MORDACCI.html. Per la "biopolitica delegata" di uno Stato che un tempo interdive e puniva, mentre ora si limita a sorvegliare, cfr. D. MEMMI, *Amministrare una materia sensibile. Intorno alla vita e alla morte*, in *Aut Aut*, n. 340, 2008, pp. 60-81.

non programmata, prefigurata nella sua eventuale diversità come una minaccia destabilizzante per la esistenza della famiglia e per quella della specie”⁶⁶.

Fortemente critico nei confronti dell’eugenetica cd. liberale, lo stesso Jürgen Habermas sottolinea come “nella diagnosi preimpianto risulta già oggi difficile rispettare i confini che separano l’eliminazione di predisposizioni genetiche indesiderate dalla ottimizzazione di predisposizioni desiderabili (...). Il confine concettuale tra il prevenire la nascita di un bambino gravemente malato e la decisione eugenetica di migliorare il patrimonio ereditario non è più tracciabile con sicurezza”⁶⁷.

La genetica stessa si rivela, dunque, caratterizzata da una ‘natura anfibia’, oscillante fra la prospettiva medico-predittiva riguardante il singolo e quella socio-politica riguardante la collettività, nonché da una serie di rischi, dischiusi proprio dalla sua indole bifronte⁶⁸.

6. *Volontà o salute?*

Quanto fin qui detto vorrebbe aver dimostrato come non sia un’operazione razionalmente indebita quella di effettuare quel “salto logico” che pur viene individuato fra il diritto alla conoscenza dello stato di ‘salute genetica’ dell’embrione e la decisione successiva di procedere o meno all’impianto⁶⁹. Si è tentato di far divenire la riflessione giuridica una riflessione sul significato antropologico della

⁶⁶ C. GRECO, *Dominio tecnico della vita e simbolica della creazione*, in *Filosofia e teologia*, n. 1, 2007, pp. 39-49:43; Michele Cammelli sottolinea come dal punto di vista antropologico “è la nostra incapacità di sostenere l’angoscia dell’errore, della dis-identificazione, della differenza e della anormalità originaria del vivente a trasformare la scienza in una polizia genetica che si mette alle frontiere della specie e decide chi lasciare entrare e chi no” (M. CAMMELLI, *Eguaglianza e disuguaglianza davanti alla rivoluzione biologica dell’eredità*, in *Filosofia politica*, n. 3, 2008, pp. 417-431:430).

⁶⁷ J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una eugenetica liberale*, Einaudi, Torino, 2002, p. 23. Per un commento critico, cfr. I. ARILLOTTA, *I rischi (infondati) di un’eugenetica liberale*, in *Bioetica*, n. 3, 2008, pp. 395-411; S.B. CELORIA, *Habermas e l’eugenetica liberale*, *ibidem*, pp.412-421.

⁶⁸ Cfr. P. SOMMAGGIO, *Umano post umano. I rischi di un uso ideologico della genetica*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, n. 8, 2008, pp. 213-247.

⁶⁹ Di “salto logico”, esprimendo un pensiero comune anche ad altri giuristi, parla M. SEGNI, *La diagnosi preimpianto: un problema aperto*, in *Famiglia e diritto*, nn. 8-9, 2008, pp. 855-860:858.

interpretazione delle norme implicate nel caso della DGP⁷⁰, nella consapevolezza di come l'avvento delle tecniche di PMA imponga un ripensamento della concezione dell'essere umano e della sua natura⁷¹.

Si dice che le biotecnologie stiano determinando una vera e propria “rivoluzione antropologica”, provocando “un radicale cambiamento dei significati di alcuni aspetti della vita dell'uomo che hanno un profondo valore simbolico ... La rottura col passato, dunque, non è soltanto tecnica, ma culturale; non riguarda solo la valutazione dei costi e dei benefici delle scelte operate, ma coinvolge la sfera intima dell'umano e chiama in causa la questione del senso”; “oggetto di manipolazione sono infatti le stesse origini della vita. Oggi è infatti possibile intervenire sia sul processo riproduttivo sia sul patrimonio genetico, dove si decide della tipologia (biologica) dei soggetti da riprodurre”; “ciò che viene modificandosi non è soltanto qualche aspetto settoriale (e secondario) dell'esperienza dell'uomo nel mondo, ma le sue strutture portanti e gli aspetti più carichi di valenza simbolica”⁷².

Le nuove tecnologie riproduttive si presentano come sviluppo coerente della mentalità moderna dell'*homo faber*, che, intervenendo sul vivente attraverso la tecnica, dischiude la possibilità di una trasformazione della procreazione in una produzione⁷³. Ciò comporta molte conseguenze: ad esempio, trasforma la qualità

⁷⁰ Sulla legittimità di un percorso di questo tipo, cfr. O. DE BERTOLIS, *Limiti e forme del sapere: una riflessione filosofico-giuridica sulla laicità della scienza e del diritto*, in *Iustitia*, n. 3, 2007, pp. 333-350.

⁷¹ A. APARISI MIRALLES, *Natura umana e tecnologie riproduttive*, in *Iustitia*, n. 3, 2007, pp. 311-322; G. ATTADEMO, *Biotecnologie e natura umana. Un rischio per l'autocomprendimento del genere o una questione di giustizia?*, in *Filosofia e teologia*, n. 1, 2007, pp. 100-115.

⁷² G. PIANA, *Bioetica: alla ricerca di nuovi modelli*, Garzanti, Milano, 2002, pp. 13, 14, 15; nello stesso senso, M. MONETI CODIGNOLA, *Produrre uomini. La rivoluzione delle tecnologie riproduttive*, in A. BUCELLI, a cura di, *Produrre uomini*, Firenze University Press, Firenze, 2005, pp. 13-45, nonché E. COLOMBETTI, *Incognita uomo. Corpo tecnica identità*, Vita e Pensiero, Milano, 2006, p. 157. Per l'impatto delle biotecnologie in campo giuridico ed etico, cfr. altresì L. PALAZZANI, a cura di, *Nuove biotecnologie biodiritto e trasformazioni della soggettività*, Edizioni Studium, Roma, 2007.

⁷³ “La tecnica porta ad una spersonalizzazione o proceduralizzazione della nascita: la procreazione diventa produzione di un evento biologico, non più atto sessuale interpersonale unitivo reciproco: si realizza un impoverimento della valenza personale (non solo fisica) della generazione (sia in riferimento alla coppia, sia in riferimento al nascituro)” (L. PALAZZANI, *La “questione femminile” e le tecnologie riproduttive: riflessioni di filosofia del diritto*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 3, 1999, pp. 504-518:517, in nota).

in quantità, l'aleatorio in calcolo, l'incerto in prevedibile e manipolabile⁷⁴. Mai come in passato, si fa ora possibile *scegliere chi nasce*⁷⁵.

Il pericolo nell'accentuare il carattere di *poiesis* della PMA, a discapito di quello di *praxis* che pur le può essere riconosciuto sotto certi aspetti⁷⁶, è quello di una fabbricazione di embrioni quali esemplari interscambiabili, ricondotti al comune denominatore di un indistinto materiale organico⁷⁷. Salvo poi selezionare quello da portare alla nascita sulla base di un preciso, ma difficilmente ammesso, presupposto antropologico: quello 'funzionalista', per cui il valore intrinseco dell'essere umano dipende dai caratteri del suo genotipo o della sua salute⁷⁸.

Dietro il mito moderno della presunta neutralità della tecnica, dunque, si cela il tentativo di perseguire la perfezione dell'essere donna e dell'essere uomo (perfezione implicante la capacità di procreare) e la perfezione dell'essere figlio (perfezione implicante la normalità genetica)⁷⁹. Ciò è conforme all'operare dell'*homo faber* che, evolutosi in *homo technologicus*, manipola la vita come una *res* e utilitaristicamente punta alla massimizzazione del proprio benessere⁸⁰.

⁷⁴ A. APARISI MIRALLES, *Natura umana e tecnologie riproduttive*, in *Iustitia*, n. 3, 2007, pp. 311-322:312.

⁷⁵ Cfr. S. POLLO, *Scegliere chi nasce. L'etica della riproduzione umana fra libertà e responsabilità*, Guerini Studio, Milano, 2003.

⁷⁶ La *praxis* è un tipo di azione umana che ha il suo fine in se stessa, nel libero agire dell'agente. L'agire, fine a se stesso, serve dunque solo a chi agisce per realizzare se stesso come soggetto individuale o collettivo, e non è mezzo per produrre (*poiein*) un oggetto, una cosa esterna. La distinzione fra i due aspetti, tecnico e pratico, dell'agire umano è aristotelica, cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, I, 1, 1094 a.

⁷⁷ Cfr. le riflessioni sulla disumanizzazione di H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, Bompiani, Milano, 1997; EAD. *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino, 2004; per una ricostruzione del pensiero della Arendt sull'inizio vita, cfr. D. SPARTI, *Fra singolarità e desingularizzazione. Generazione, aborto e il limite dell'umano in Hannah Arendt*, in *Aut Aut*, n. 340, 2008, pp. 187-215.

⁷⁸ A. APARISI MIRALLES, *Natura umana e tecnologie riproduttive*, in *Iustitia*, n. 3, 2007, pp. 311-322:318.

⁷⁹ Per una critica dei modelli di perfezione (fisica, intellettuale, genetica...) imposti dalla e nella società contemporanea, cfr. M. SANDEL, *Contro la perfezione. L'etica nell'età dell'ingegneria genetica*, Vita e Pensiero, Milano, 2008.

⁸⁰ Cfr. F. TODESCAN, *Riflessioni sulla genesi dell'ideologia tecnocratica*, in E. OPOCHER, presentazione di, *La società criticata. Revisioni fra due culture*, Morano, Napoli, 1974, pp. 227-253.

In particolare, sull'inaccogliabilità (razionale, prima che etica) del considerare l'uomo una mera cosa, cfr. R. SPAEMANN, *Persone. Sulla differenza tra qualcosa e qualcuno*, Laterza, Roma, 2005; per un esame del pensiero utilitaristico nella modernità, cfr. F. ZANUSO, *Utilitarismo*, AVE, Roma, 1993.

In quest'ottica, libertà significa non patire vincoli, e qualunque vincolo al desiderio di determinarsi autonomamente (nel senso letterale di essere l'unica fonte del proprio *nomos*) appare come un vincolo che il diritto deve scongiurare. Se lo Stato ha una funzione, essa diventa quella di garantire l'esercizio delle libere volizioni individuali, secondo una parabola che sposta i diritti da una concezione contrattualistica (moderna) a una concezione individualistica (postmoderna), in cui l'individuo si erge come *absolutus*, a tutela del suo diritto a essere liberamente se stesso, nel modo in cui decide di esserlo⁸¹.

La spinta individualistica che anima la mentalità contemporanea muove, dunque, dalla convinzione che l'uomo è libero solo nella misura in cui riesce ad appropriarsi dei legami che lo avvincono al mondo, cioè nella misura in cui riesce a fare della sua esistenza una continua e costante espressione della sua volontà⁸².

A fronte di questo scenario il pensiero ci ricorda che la soddisfazione illimitata e autoreferenziale dei desideri, come i bisogni di platonica memoria⁸³, può condurre a esiti paradossali: rende il soggetto desiderante altro da sé, in quanto questi consegna la sua totale realizzazione al verificarsi di un evento completamente esterno, come l'avvenuta procreazione; in questo caso, a tale alienazione si aggiunge quella cui viene sottoposto l'embrione, considerato come un 'prodotto' volto alla soddisfazione di desideri, in violazione del divieto kantiano di strumentalizzazione dell'altro.

Il cd. diritto a procreare lascia aperta la possibilità di una sua assolutizzazione, se supportato da una antropologia individualistica che pensi all'uomo come essere irrelato. È in questa cornice che si può andare incontro alla 'doppia alienazione' menzionata, perseguendo il 'diritto al figlio' anche a scapito dello stesso figlio nella sua umanità e concretezza⁸⁴. Così, come ricorda la pronuncia catanese sulla DGP, anche se si dà l'impressione suggestiva di voler tutelare la salute del figlio,

⁸¹ Queste ultime considerazioni sono riprese da M. MANZIN, *La barba di Solženicyn e la frammentazione dei diritti umani*, in *Persona y Derecho*, n. 58, 2008, pp. 455-472:467.

⁸² Cfr. S. AMATO, *Il nichilismo e la costruzione giuridica della libertà*, in B. MONTANARI, a cura di, *Spicchi di Novecento*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 417-452:420.

⁸³ Cfr. quanto detto da Platone circa lo Stato pletorico: PLATONE, *Repubblica*, II, 369/374.

⁸⁴ F. ZANUSO, *Neminem laedere. Verità e persuasione nel dibattito bio-giuridico*, Cedam, Padova, 2005, p. 67.

“siccome il figlio tutelato non è quello reale, ma quello virtuale, non si difende in realtà alcun figlio, ma la propria volontà ad averne uno conforme ai propri desideri, sacrificando a questo obiettivo, per tentativi successivi, tutti i figli difformi che venissero nel frattempo”⁸⁵.

“Tutte le discussioni giuridiche sulla fecondazione artificiale hanno di fronte la difficoltà nell’individuare quale sia l’oggetto meritevole di tutela: è *la volontà o la salute*? L’alternativa implica una difficile scelta tra quelli che sono due principi cardine, ma anche due estremi in tensione in bioetica: il principio di autonomia e il principio di beneficenza”⁸⁶. Mentre il primo tende a ritenere legittima qualsiasi forma di riproduzione assistita risponda a un desiderio soggettivo, frutto di una scelta consapevole e di una corretta informazione medica, il secondo antepone alla volontà soggettiva la tutela di altri valori come la famiglia o la salute o il rispetto della vita umana: si tratta di due diverse prospettive che incidono “anche sul modo attuale di leggere le norme”⁸⁷.

⁸⁵ Trib. Catania, ord. 3.5.2004, in *Famiglia e Diritto*, n. 4, 2004, pp. 372-379:377.

⁸⁶ S. AMATO, *La riproduzione assistita come diritto. Riflessioni biogiuridiche*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 1, 2001, pp. 89-117:91-92.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 92.

CAPITOLO SECONDO

IL CD. DIRITTO A NON NASCERE L' AUTODETERMINAZIONE DEL NASCITURO

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il caso giudiziario – 3. I genitori: “esiste un diritto a non nascere”. Implicazioni – 4. La Cassazione: “non esiste un diritto a non nascere” – 5. Alla base: la qualità della vita – 6. Autodeterminazione del nascituro?

1. Introduzione

Tra le questioni bioetiche afferenti il momento iniziale della vita umana, accanto a, e in potenziale collegamento con, quelle sollevate dalla PMA, spicca la tematica del cd. danno da procreazione¹. In particolare, le fattispecie più problematiche riguardano i casi in cui la patologia che colpisce il nato non è direttamente causata dalla condotta del medico, ma è dovuta a tare genetiche non diagnosticate, se non alla nascita.

Finora le vicende che maggiormente hanno alimentato la riflessione di giuristi e bioeticisti hanno riguardato danni da procreazione naturale, ma, con il diffondersi e l'avanzare delle tecniche di PMA (e della DGP in particolare), non è da escludersi che il tema dei torti da procreazione si arricchisca di nuovi scenari².

Si tratta di un tema emerso in qualche precedente, anche non recente, nella giurisprudenza italiana, ma affrontato in misura maggiore negli ordinamenti anglosassoni. È anglosassone, infatti, la distinzione tra:

- *wrongful birth*, che comprende la tutela risarcitoria riconosciuta ai genitori per la nascita di un figlio malato nel caso in cui una mancata o errata informazione da parte del medico abbia impedito alla donna di farsi

¹ Cfr. P. RESCIGNO, *Danno da procreazione e altri scritti tra etica e diritto*, Giuffrè, Milano, 2006; A. D'ANGELO, a cura di, *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffrè, Milano, 1999.

² Cfr. G. BILÒ, *Il danno nella procreazione: nascite mancate e indesiderate*, in M. SESTA, a cura di, *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Utet, Torino, 2008, pp. 464-530.

consapevole della situazione di rischio e di consentirle la scelta sul concepimento o sulla prosecuzione della gravidanza;

- *wrongful life*, che comprende la tutela risarcitoria rivendicabile dal figlio stesso sia nei confronti del medico eventualmente ritenuto responsabile di una erronea assistenza ai genitori, sia nei confronti degli stessi genitori, colpevoli di non avere effettuato un aborto che avrebbe evitato al figlio la nascita e una vita infelice³.

Fra gli ordinamenti europei, il distinguo anglofono è stato recepito in Germania, dove si tende ad ammettere la risarcibilità della *wrongful birth* e ad escludere quella della *wrongful life*⁴.

In Francia il problema della risarcibilità del danno da *wrongful life* è esploso in maniera eclatante con un caso, il caso Perruche, conclusosi nel 2000 con una decisione della Corte di Cassazione in favore del diritto al risarcimento dello stesso figlio (ovviamente azionato dai genitori in qualità di suoi rappresentanti legali)⁵. Il dibattito animato da questa pronuncia e le serrate critiche ad essa rivolte hanno poi indotto il legislatore francese a introdurre un'apposita norma, volta a negare in capo al minore il diritto al risarcimento (art. 1 della l. n. 203/2002: “nessuno può pretendere il risarcimento di un danno derivante dal solo fatto della propria nascita”).

La questione del cd. diritto a non nascere se non sano, con la conseguente risarcibilità del danno da ‘vita ingiusta’ non interessa solo gli studi di diritto positivo: essa “inevitabilmente sottende una scelta di carattere morale, e ben consente

³ Cfr. A. D'ANGELO, *Wrongful birth e wrongful life negli ordinamenti inglese e australiano*, in A. D'ANGELO, a cura di, *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 155-177; L. BREGANTE, *Dignità del bambino e diritto alla pianificazione familiare negli USA*, *ibidem*, pp. 179-208.

⁴ F. B. D'USSEAU, *Lo Schmerzensgeld e il risarcimento del danno patrimoniale per la nascita indesiderata nell'ordinamento tedesco*, in A. D'ANGELO, a cura di, *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 121-154.

⁵ Cfr. C. PICIOCCHI, *Il diritto a non nascere: verso il riconoscimento delle wrongful life actions nel diritto francese?*, <http://www.jus.unitn.it/biodiritto/pubblicazioni/docs/wrongful%20life.pdf>; per un esame approfondito del caso Perruche, cfr. O. CAYLA, Y. THOMAS, *Il diritto a non nascere. A proposito del caso Perruche*, Giuffrè, Milano, 2004; per un commento alla sentenza francese, unito a una disamina della giurisprudenza italiana in tema di nascite indesiderate, cfr. V. CARBONE, *Un bambino che nasce minorato ha diritto al risarcimento per la nascita indesiderata?*, in *Famiglia e diritto*, n. 1, 2001, pp. 97-104.

di annoverare il tema fra i punti più caldi della problematica dei rapporti tra diritto ed etica”⁶.

Già Francesco Carnelutti, criticando una sentenza del 1950 che aveva giudicato fondata l’azione risarcitoria di un figlio eredoluetica contro i genitori⁷, rilevava che la questione sottoposta al Tribunale involgeva “il problema del valore della vita” e che la vita è un bene, anche se malata, “mentre la non vita non vale nulla”⁸. Il danno che subirebbe il minore nato con una malformazione o malato, infatti, andrebbe paragonato con la non-vita, ossia con la radicale alternativa del non essere affatto nato e, quindi, con la impossibilità di divenire soggetto e di accedere a una qualunque tutela giuridica.

In senso conforme alle osservazioni dell’illustre giurista, nel 2004 la Cassazione italiana ha affermato che se è configurabile, almeno in astratto, un diritto a nascere sani, non è altrettanto logicamente plausibile un diritto a non nascere, dato che il suo soddisfacimento negherebbe la stessa soggettività di chi lo aziona⁹.

2. Il caso giudiziario

La vicenda che ha condotto la Corte di Cassazione a pronunciarsi nel 2004 riguarda la nascita di una bambina affetta da una malattia grave, la *talassemia major*.

L’incidenza statistica della patologia nella nascita non viene resa nota ai genitori dal medico, a cui la madre si rivolge ancora in gravidanza: la donna, affetta da *talassemia minor*, si reca da uno specialista in ostetricia e ginecologia, esibendo

⁶ L. V. MOSCARDINI, *Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere*, in M. DE TILLA, U. OPERAMOLLA, a cura di, *Seminari di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 395-407;405; sul tema cfr. altresì D. ANGELOZZI, *Vita indesiderata e pretese risarcitorie del figlio*, in M. SESTA, a cura di, *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Utet, Torino, 2008, pp. 531-572.

⁷ Trib. Piacenza, 31.7.1950, in *Foro italiano*, pt. I, 1951, coll. 987-991, con nota di M. ELIA, *Responsabilità del genitore verso il figlio eredoluetico?*, coll. 987-989.

⁸ F. CARNELUTTI, *Postilla*, in *Foro italiano*, pt. I, 1951, coll. 989-990.

⁹ Cass. Civ., sez. III, sent. 29.7.2004, n. 14488, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 1, 2005, pp. 418-433, con nota di E. PALMERINI, *La vita come danno? No..., sì..., dipende*, pp. 433-444; conforme è Cass. Civ., sez. II, sent. 14.7.2006, n. 16123; anche Cass. Civ., sez. III, sent. 11.5.2009, n. 10741 riprende parte delle medesime argomentazioni, pur in relazione a una diversa fattispecie (in cui il comportamento colposo del medico è causa diretta delle malformazioni nel nascituro).

do anche dai clinici del marito, che evidenziano pure in lui la presenza della medesima tara genetica. Il medico non avverte i coniugi del rischio che la nascita risulti affetta da *talassemia major*. L'evento, rilevantemente probabile (data la presenza della stessa caratteristica genetica in entrambi i genitori), si verifica. I genitori, allora, agendo in proprio ma anche in nome e per conto della figlia minore, convengono in giudizio il medico per ottenere il risarcimento del danno.

La richiesta dei coniugi si articola in più punti, individuando la madre, il padre e la bambina quali titolari, ciascuno, di un autonomo e distinto diritto al risarcimento. Il punto più controverso, concernente il supposto danno da *wrongful life*, è proprio l'autonoma pretesa risarcitoria presentata dai genitori in qualità di rappresentanti legali della bambina: la domanda di risarcimento per i danni subiti dalla minore per il fatto di essere nata gravemente malata.

Il Tribunale di primo grado accoglie le richieste presentate in nome proprio dai genitori, ma rigetta la domanda posta in nome e per conto della bambina. Una decisione, questa, confermata anche nel giudizio di appello.

La Corte di Appello riconosce, infatti, la responsabilità del medico per non aver disposto "tutti gli accertamenti del caso in modo da poter fornire alla coppia una completa informazione per le future decisioni, ivi compresa quella di un'interruzione di gravidanza"¹⁰, impedendo così ai genitori, qualora si fossero comunque risolti per la prosecuzione della gravidanza, di "prepararsi adeguatamente alla drammatica situazione, con un supporto psicologico e materiale più adeguato"¹¹.

Viene rigettato, invece, il motivo di ricorso riguardante il risarcimento alla figlia, "in quanto la scienza medica non offriva un rimedio per eliminare nel nascituro la talassemia, ovvero attenuarla, durante la gestazione, per cui lo stato di invalidità non poteva essere imputato al professionista"¹².

Richiamandosi alle norme costituzionali relative alla tutela della salute (art. 32 Cost.) e ai diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost.), così come alle norme di

¹⁰ Cass. Civ., sez. III, sent. 29.7.2004, n. 14488, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 1, 2005, pp. 418-433:419.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*, pp. 419-420.

legge dedicate alla tutela della maternità e alla salute stessa del concepito (l. n. 1204/1970; l. n. 1206/1976; l. n. 903/1977), i genitori ricorrono in Cassazione avverso la sentenza di appello. Ribadiscono che il *diritto a nascere sano* comporterebbe quale corollario il diritto di *non nascere affatto*. La mancata interruzione della gravidanza, resa impossibile dal colposo difetto di informazione, avrebbe consegnato la figlia ad una *vita ingiusta*, cui sarebbe stata preferibile l'alternativa della *non-vita*. Un danno, questo, per il quale i genitori sostengono che la figlia stessa avrebbe dovuto essere risarcita.

È da sottolineare che l'evento lesivo per il quale si chiede il risarcimento non è la 'malattia' della bambina, ma la sua stessa 'vita malata': la condotta del medico non si trova in rapporto di causalità diretta con la patologia. Non essendo la talassemia curabile, né dipendendo da agenti patogeni 'esterni' imputabili al medico (data la sua origine genetica), l'unico modo di evitare il prodursi di tale danno sarebbe stata l'interruzione di gravidanza. "La *quaestio juris* individua pertanto una contrapposizione netta e altamente problematica, configurando l'ipotesi per la quale vi sarebbe un *diritto a nascere sani, oppure a non nascere affatto*"¹³.

¹³ F. REGGIO, *La vita come danno. Alcune note in margine ad una recente sentenza in tema di 'diritto a non nascere'*, in F. ZANUSO, a cura di, *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 155-174.

3. I genitori: “esiste un diritto a non nascere”. Implicazioni

Il fatto che la vita del bambino sia considerata essa stessa un evento lesivo è una questione altamente problematica, ancor più laddove la vita viene considerata un danno per il suo stesso titolare: può un bambino essere considerato un danno (per i genitori e/o per se stesso)? *L'essere-così* di una vita malata può essere ritenuto preferibile ad un *non essere*? Può essere giustificata l'eliminazione di un bambino nel suo stesso interesse?

Secondo uno studioso tedesco, lo schema della domanda di risarcimento per *wrongful life* ruota attorno al concetto problematico di ‘vita come danno’: la pretesa risarcitoria si dà in tanto in quanto si suppone esista un'alternativa giuridicamente riconosciuta, e che questa non sia risultata esperibile dal soggetto stesso; tale alternativa sarebbe, appunto, il non nascere. Ecco allora che, più precisamente, ciò di cui ci si duole è la *nascita colposa*¹⁴.

Ad ammettere l'esistenza del diritto a non nascere, il soggetto, una volta nato, potrebbe agire nei confronti non solo del medico inadempiente dell'obbligo informativo, ma anche dei genitori, nel caso in cui, pur correttamente informati, avessero accettato il rischio di trasmettergli la propria tara genetica, o quanto meno nei confronti della madre che avesse deciso di non interrompere la gravidanza¹⁵.

Verrebbe così a configurarsi un diritto ad essere abortito, in base al quale quella che il legislatore italiano ha inteso come una facoltà a tutela della salute della gestante (l'IVG, appunto) diverrebbe un comportamento dovuto. Altra conseguente e spinosissima questione, poi, sarebbe quella di determinare la soglia di invalidità oltre la quale si configurerebbe la doverosità dell'aborto¹⁶.

¹⁴ Cfr. E. PICKER, *Il danno della vita. Risarcimento per una vita non desiderata*, Giuffrè, Milano, 2004. Individua chiaramente il *punctum dolens* della questione nella “vita come danno” anche A. TRABUCCHI, *Il figlio, nato o nascituro*, inestimabilis res, e non soltanto res extra commercium, in *Rivista di diritto civile*, I, 1991, pp. 211-221:219.

¹⁵ A. PINNA, *Nascere sani o non nascere: la Cassazione nega l'esistenza di un tale diritto*, in *Contratto e impresa*, n. 1, 2005, pp. 1-49:32.

¹⁶ Se esistesse un diritto a non nascere se non sano, dice la Cassazione, “si porrebbe l'ulteriore problema, in assenza di normativa in tal senso, di quale sarebbe il livello di *handicap* per legittimare l'esercizio di quel diritto, e, poi, di chi dovrebbe ritenere che detto livello è legittimante della non nascita” (Cass. Civ., sez. III, sent. 29.7.2004, n. 14488, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 1, 2005, pp. 418-433:424).

In questo contesto, un effetto dirompente potrebbero avere le possibilità offerte dalla diagnosi genetica preimpianto: il nato da PMA e affetto da tare genetiche o malattie sessualmente trasmissibili potrebbe dolersi nei confronti del medico e/o degli stessi genitori della mancata o erronea effettuazione della DGP (allora sempre doverosa?); ma anche il figlio nato da procreazione naturale e affetto dalle medesime patologie potrebbe dolersi nei confronti dei genitori ‘a rischio’ del mancato ricorso alle tecniche di PMA, che avrebbero consentito l’effettuazione della DGP e la selezione dell’embrione sano (allora sempre doverosa?).

Si appaleserebbe, dunque, un dovere, per i soggetti portatori di malattie genetiche ereditarie o sessualmente trasmissibili, di astenersi dalla procreazione naturale e di accedere, tutt’al più, a quella artificiale¹⁷. La sfera della libertà individuale verrebbe, così, ad essere incisivamente compressa¹⁸.

In questo modo, si assisterebbe a una estensione incontrollata della responsabilità dei genitori nei confronti dei figli, alla generazione di aspettative di risarcimento onnicomprensive (a ristoro di una *vita infelice*), con le conseguenti difficoltà di quantificazione dell’ammontare pecuniario, ad un probabile aumento del tasso di conflittualità¹⁹. Consapevole delle inaccettabili ricadute giuridiche del riconoscimento del diritto a non nascere, la Suprema Corte ritiene di rigettare la questione sollevata dai ricorrenti, senza ammettere il torto da *wrongful life*.

¹⁷ In tema di infezione da HIV cfr. V. ODDONE, *Condotta pregiudizievole del genitore nel periodo prenatale, handicap neonatale evitabile e ruolo preventivo del giudice minorile*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 2, 1987, pp. 833-847.

¹⁸ Riflette sulla configurazione della libertà dell’atto procreativo all’interno del nostro ordinamento S. LANDINI, *Responsabilità civile dei genitori e diritto a non esistere*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, n. 3, 2007, pp. 251-256.

¹⁹ V. GUGLIELMUCCI, *Riflessioni in tema di danni da procreazione*, in *Danno e responsabilità*, n. 10, 2007, pp. 957-963:963.

4. La Cassazione: “non esiste un diritto a non nascere”

La Corte di Cassazione nega l’esistenza del diritto a non nascere sulla base di quattro distinti nuclei argomentativi²⁰:

- l’inquadramento della figura giuridica (contrattuale) più idonea a descrivere la tutela offerta al concepito per effetto del rapporto tra il medico e la gestante;
- la lettura dei profili di tutela della madre e del nascituro, e del bilanciamento di interessi, previsti nella l. n. 194/1978 (in questo punto, la Corte riflette sull’esistenza in Italia del cd. aborto eugenetico);
- il raffronto con principi e concetti fondamentali del diritto vigente, mirato a verificare l’esistenza di un ‘diritto a non nascere se non sano’, la sua titolarità e la configurabilità di un danno risarcibile in caso di sua violazione;
- la riflessione sullo statuto giuridico dell’IVG, che la Corte riconduce, attraverso una lettura sistematica della l. n. 194/1978, ad una figura speciale della scriminante penalistica dello stato di necessità.

Ci si concentrerà sul terzo punto, che investe direttamente il tema della *wrongful life*, con qualche accenno agli altri. Sinteticamente si può rilevare come la Corte affermi che la tutela che il nostro ordinamento garantisce all’embrione non implichi il riconoscimento del diritto di nascere sano o di non nascere affatto. Il nascituro può solo vantare il diritto di nascere sano, da intendersi nella sua portata esclusivamente positiva, come diritto a che nessuno gli procuri lesioni o malattie con una condotta omissiva o commissiva, dolosa o colposa.

L’impossibilità di configurare un diritto a nascere solo se sani si desume anche dalla inammissibilità nel nostro ordinamento dell’aborto eugenetico, quello unicamente volto, cioè, ad eliminare feti malati o malformati, che prescinde dalla ne-

²⁰ F. REGGIO, *La vita come danno. Alcune note in margine ad una recente sentenza in tema di ‘diritto a non nascere’*, in F. ZANUSO, a cura di, *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 155-174; per un esame della motivazione della Corte e un confronto con le soluzioni della Cassazione francese (caso Perruche) e della Corte di Giustizia di Strasburgo (caso Draon), cfr. G. ALPA, *Wrongful life: soluzioni controverse*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2, 2006, pp. 65-72.

cessità di tutelare la salute della donna (presupposto unico e indefettibile per l'IVG ai sensi della l. n. 194/1978)²¹. Di fronte alla prospettazione dei ricorrenti di un dovere di abortire i feti malati, la Corte ribadisce che una simile pretesa “non esiste né come diritto della gestante né come diritto del nascituro, per quanto da far valere successivamente alla nascita, sotto il profilo risarcitorio per il mancato esercizio”²².

Ammettendo un ‘diritto a non nascere se non sano’, “ogni qual volta vi fosse una previsione di malformazioni o di anomalie del feto, la gestante, per non ledere questo presunto diritto (...) avrebbe l’obbligo di richiedere l’aborto, altrimenti si esporrebbe ad una responsabilità (almeno patrimoniale) nei confronti del nascituro, una volta nato”²³.

Sul piano dei principi, osserva inoltre la Cassazione come “sostenere che il concepito abbia un diritto a non nascere, sia pure in determinate situazioni di malformazione, significa affermare l’esistenza di un principio di eugenesi, o di eutanasia prenatale, che è in contrasto con i principi di solidarietà di cui all’art. 2 Cost., nonché con il principio di indisponibilità del proprio corpo, di cui all’art. 5 c.c.”²⁴.

Analizzando la struttura del diritto a non nascere, non si può non osservare come sia paradossale richiedere dall’ordinamento una tutela per evitare l’acquisto della condizione di soggetto di diritto. Dal punto di vista normativo, la Corte evidenzia che la capacità giuridica si acquista al momento della nascita (art. 1 c.c.) e che i diritti già riconosciuti dalla legge a favore del concepito (artt. 462, 687 e 715 c.c.) sono comunque subordinati a tale evento. Un ipotetico ‘diritto a non nascere’ non avrebbe pertanto titolare fino alla nascita del soggetto stesso, ma allora non

²¹ Come chiarisce la Corte, “le eventuali malformazioni o anomalie del feto rilevano solo nei termini in cui possano cagionare il danno alla salute della gestante e non in sé considerate, con riferimento al nascituro” (Cass. Civ., sez. III, sent. 29.7.2004, n. 14488, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 1, 2005, pp. 418-433:422), cfr. G. GLIATTA, *Il danno da procreazione: i soggetti legittimati a chiedere il risarcimento e la natura della responsabilità del medico*, in *La responsabilità civile*, n. 10, 2007, pp. 845-849:846.

²² Cass. Civ., sez. III, sent. 29.7.2004, n. 14488, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 1, 2005, pp. 418-433:421.

²³ *Ibidem*, p. 425.

²⁴ *Ibidem*, p. 424.

sarebbe più *de facto* esercitabile: anzi, con la nascita, “detto diritto di non nascere sarebbe definitivamente scomparso”²⁵.

Si tratta dunque di una situazione illogica: “ipotizzare il diritto del concepito malformato a non nascere significa concepire un diritto che, solo se viene violato, ha, per quanto in via postuma, un titolare”²⁶. Per contro, a non far nascere quest’ultimo, per rispettare il suo presunto diritto a non nascere, tale diritto non verrebbe mai di fatto ad avere un titolare. Siamo dunque di fronte ad un diritto *a-despota* (‘senza padrone’), “il cui presunto titolare non avrà mai (...) la possibilità di esercitarlo”²⁷.

Per la Cassazione, questa è una contraddizione insanabile alla luce del diritto vigente. È interessante notare come la Corte non si richiami al principio della dignità umana a tutela dei disabili, forse perché avvertito come argomento vago e non sufficientemente stringente. Evitando di addentrarsi in considerazioni di carattere etico difficilmente spendibili dal punto di vista tecnico-giuridico²⁸, essa muove la sua argomentazione tutta sull’asse portante della capacità giuridica e degli interessi protetti dalla l. n. 194/1978²⁹.

5. Alla base: la qualità della vita.

È probabile, e umanamente comprensibile, che i genitori che chiedono un risarcimento da *wrongful life* per il minore lo facciano solo per ottenere denaro utile ad accudire una persona che presenta necessità maggiori di quelle di un individuo sano, senza l’intenzione di negare valore alla vita del figlio. Tuttavia, ciò non toglie che sia opportuno interrogarsi sulla concezione antropologica comunque sottesa al diritto a non nascere, e ai suoi presupposti culturali.

²⁵ *Ibidem*, p. 423.

²⁶ *Ibidem*, p. 424.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ La Cassazione sottolinea che è sulla base dell’ordinamento vigente che il bene vita riceve maggiore tutela rispetto a quello dell’integrità fisica “indipendentemente da considerazioni etiche (pur comuni alla maggior parte della cultura occidentale secondo cui il bene della vita è il massimo dei valori e non esiste una perdita maggiore della morte)” (Cass. Civ., sez. III, sent. 29.7.2004, n. 14488, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 1, 2005, pp. 418-433:427).

²⁹ A. PINNA, *Nascere sani o non nascere: la Cassazione nega l’esistenza di un tale diritto*, in *Contratto e impresa*, n. 1, 2005, pp. 1-49:26.

Accedendo, allora, al piano della riflessione meta-giuridica, si può notare come la pretesa di risarcimento della *wrongful life* poggi sull'idea per la quale l'inesistenza sia un male minore rispetto ad una vita (gravemente) malata. In tale ottica, la vita stessa sarebbe veramente 'degnata di essere vissuta' solo in presenza di alcuni requisiti che la 'rendono' degna.

Una 'vita infelice', infatti, contrasterebbe con quel *right of pursuit of happiness*, proprio della tradizione giuridica nordamericana, sul quale si ancorano gli orientamenti della bioetica *pro-choice*, tesa a salvaguardare l'autonomia del singolo e il potere individuale di scelta³⁰.

Referente culturale di questa impostazione appare John Stuart Mill, con la sua teorizzazione del principio di libertà e del diritto al libero sviluppo di sé. Secondo il filosofo britannico, ciascuno deve essere lasciato libero di perseguire la propria felicità come meglio crede, e di sviluppare al meglio le proprie potenzialità, a patto di non danneggiare gli altri³¹.

La categoria concettuale di riferimento appare quella della 'qualità della vita', solitamente invocata proprio nelle argomentazioni *pro-choice* in contrapposizione con il concetto di 'sacralità della vita', diretto a tutelare la vita umana già (e anche solo) in base alla suo darsi biologico³².

“L'invito a tutelare la qualità della vita può offrire una provocazione interessante, laddove esprime l'esortazione a non obliare, nel nome della 'sacralità', l'importanza quegli elementi (intellettuali, spirituali, morali, emotivi) che stagliano la vita umana dal mero dato 'organico', salvaguardandone la specificità. Il discorso si tinge tuttavia di sfumature ben diverse quando la *qualità* viene assunta a vero e proprio *discrimen* della *dignità* della vita stessa.

Secondo questa accezione, lo stagliarsi della vita qualitativamente buona non si limita a sottolineare quali elementi caratterizzino la vita umana nella sua pienezza, bensì ha la funzione di tracciare una linea di confine al di sotto della quale la tute-

³⁰ Per un chiarimento sulla contrapposizione fra bioetica cd. laica o *pro-choice*, a favore della 'qualità della vita', e bioetica cd. cattolica o *pro-life*, a favore della 'sacralità della vita', cfr. G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Mondadori, Milano, 2009.

³¹ Cfr. J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, Il Saggiatore, Milano, 1981.

³² Cfr. A. PESSINA, *Bioetica. L'uomo sperimentale*, Mondadori, Milano, 1999, p. 79.

la della vita non è più né indiscutibile né assicurata. Si verifica così uno ‘slittamento di significato’ per il quale la *qualità* passa da *oggetto* a *condizione* della tutela”³³.

Se il criterio della sacralità della vita, pur tacciabile di ‘riduzionismo biologico’, garantisce tutela al soggetto in base alla sola appartenenza alla specie umana, l’argomento della qualità viene a tracciare una soglia di efficienza psico-fisica al di sotto della quale la vita perde il carattere della indisponibilità, restringendo il novero degli individui degni di tutela³⁴.

Ulteriore e delicatissimo problema si fa quello della individuazione dei soggetti e dei parametri atti a determinare tale soglia. Quanto ai soggetti deputati alla valutazione, si apre una serie di possibilità, ciascuna caratterizzata da un diverso grado di intervento dei pubblici poteri: il diretto interessato, i familiari, i medici, le strutture sanitarie, il legislatore?

Quanto ai criteri, poi, legare, ad esempio, la qualità alla *normalità*, altra nozione vaga e dagli incerti confini, non farebbe che riproporre gli stessi interrogativi, tra l’altro “muovendosi sul crinale di una rischiosa commistione tra il concetto di normalità e quello di dignità”³⁵.

È lo stesso concetto di *normalità* a costituire un problema etico e giuridico, se serve a disconoscere l’uguaglianza degli esseri umani e a compiere atti discriminatori³⁶. Non a caso, proprio in una sentenza in tema di ‘diritto a non nascere’, richiamandosi al divieto costituzionale di ogni forma di discriminazione, la Corte di

³³ F. REGGIO, *La vita come danno. Alcune note in margine ad una recente sentenza in tema di ‘diritto a non nascere’*, in F. ZANUSO, a cura di, *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano, 2009, pp.155-174:167.

³⁴ Si vedano le conseguenze in termini di annullamento della tutela nei confronti dei soggetti deboli nelle concezioni di due esponenti della bioetica *pro choice*, Peter Singer e Tristram Engelhardt. Per questi Autori solo il possesso di certe caratteristiche (come, ad esempio, l’essere coscienti e in grado di autodeterminarsi, la capacità di avvertire piacere e dolore, la capacità di interazione fisica, sociale e mentale con altri esseri) garantisce *all’individuo* il riconoscimento del suo essere *persona* e, con ciò, l’accesso ad una piena tutela giuridica (cfr. P. SINGER, *Ripensare la vita. La vecchia morale non serve più*, Il Saggiatore, Milano, 1996; H. T. ENGELHARDT, *Manuale di Bioetica*, Il Saggiatore, Milano, 1991).

Per una panoramica sul portato storico, filosofico e giuridico dei concetti di ‘individuo’ e ‘persona’, cfr. G. BONIOLO, G. DE ANNA, U. VINCENTI, *Individuo e persona. Tre saggi su chi siamo*, Bompiani, Milano, 2007.

³⁵ S. LANDINI, *Responsabilità civile dei genitori e diritto a non esistere*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, n. 3, 2007, pp. 251-256:255.

³⁶ Cfr. F. D’AGOSTINO, *Parole di Bioetica*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 62.

Giustizia Federale tedesca ricorda il pericoloso sfruttamento, in senso eugenetico, delle idee di ‘perfezione’ e ‘imperfezione’, di ‘normalità’ e ‘anormalità’ compiuto dal nazismo³⁷.

6. Autodeterminazione del nascituro?

Fra i molti profili problematici del diritto a non nascere, ve n'è uno che ne costituisce tratto tipico e che contribuisce a mascherarne la connotazione eugenetica: la presentazione delle richieste risarcitorie *in nome e per conto* del figlio, titolare del diritto a non nascere e dello stesso (confliggente) diritto alla vita, nella tutela di un *suo* interesse.

Il diritto a non nascere, come ha chiarito la Cassazione, oltre che non esistere nel nostro ordinamento, sarebbe un diritto adespota, perché privo di titolare. L'argomento, per quanto forte *prima facie*, non appare tuttavia definitivo, poiché fa leva sull'art. 1 c.c., che esclude si possa essere titolari di diritti e obblighi prima della nascita.

L'applicazione dell'art. 1 della l. n. 40/2004, che attribuisce soggettività giuridica al concepito, infatti, potrebbe costituire un possibile contro-argomento. Se il concepito è titolare di diritti, ben gli si potrebbe attribuire un diritto a non nascere. Non a caso una recentissima sentenza della Cassazione, nel toccare tangenzialmente la questione della *wrongful life*, continua sì a negare riconoscimento al diritto a non nascere, ma non tanto sulla base della disciplina in tema di capacità giuridica, bensì sulla base della disciplina in tema di aborto (e, in particolare, sulla inammissibilità dell'aborto eugenetico)³⁸.

L'argomento del diritto adespota, dunque, potrebbe risultare attaccabile. Nei confronti del diritto a non nascere, però, si può muovere un'obiezione diversa, che colpisce, radicalmente, la sua struttura. Se si tratta, come l'istituto della rappresentanza presuppone, di un diritto proprio del nascituro, non dovrebbe essere che costui a valutare il proprio interesse, ma “se dovessimo realmente prendere sul serio

³⁷ Cfr. la decisione della Corte di Giustizia Federale n. 204/1986.

³⁸ Cass. Civ., sez. III, 22.4.2009, n. 10741, in *La Responsabilità Civile*, nn. 8-9, 2009, pp. 706-714, con nota di L. VIOLA, *Il nascituro ha il diritto di nascere sano, ma non quello di non nascere*, pp. 714-719.

l'idea per la quale la valutazione sulla non-qualità della vita spetta al suo titolare, dovremmo parimenti notare che tale valutazione può essere effettuata ed espressa solo una volta che il soggetto avrà avuto esperienza della vita stessa. Eppure l'esperienza della vita esclude di fatto l'esperibilità del 'diritto a non nascere se non sano', perché presuppone l'essere nati. Esperienza della vita ed esperibilità del diritto a non nascere si escludono concettualmente a vicenda, e questa non è una questione di diritto vigente: siamo dinnanzi ad una vera e propria contraddizione logica che non appare superabile"³⁹.

Il riconoscimento del diritto a non nascere comporta l'attribuzione ad un terzo del potere di scegliere, ammettiamo pure 'nell'interesse del nascituro' (ma senza possibilità di replica alcuna da parte sua), la sua eliminazione. Ma il genitore che opera nell'interesse del figlio compie una scelta di cui è responsabile con un grado tanto crescente di responsabilità quanto più la scelta sarà in grado di incidere irreversibilmente sulla vita del figlio⁴⁰.

Qualificare la decisione sulla vita altrui come 'esecuzione di un diritto del nascituro' occulta, definendola come 'indesiderata dal nascituro', una condizione che questi non può ritenere tale se non avendone avuto esperienza⁴¹.

Le domande risarcitorie, presentate come proprie del titolare del bene-vita, dunque, "non rappresentano un riconoscimento della sua capacità di esprimere va-

³⁹ Cfr. F. REGGIO, *La vita come danno. Alcune note in margine ad una recente sentenza in tema di 'diritto a non nascere'*, in F. ZANUSO, a cura di, *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 155-174:170.

⁴⁰ Vi è chi avverte un aspetto paradossale e uno inquietante nel diritto a non nascere: è paradossale il dichiarare "che per qualcuno è nel migliore interesse perire anziché continuare il percorso vitale", contro quel *conatus in existentia perseverandi* di spinoziana memoria; è inquietante il ritenersi in diritto di decidere per un altro che cosa sia meglio per lui, "e di decidere della sua stessa vita quando l'altro non è in condizione di scegliere" (M. MONETI CODIGNOLA, *Produrre uomini. La rivoluzione delle tecnologie riproduttive*, in A. BUCELLI, a cura di, *Produrre uomini*, Firenze University Press, Firenze, 2005, pp. 13-45:35).

In senso difforme, vi è chi ritiene che la responsabilità riproduttiva, fondata sulla possibilità che ciascuno compia privatamente le scelte riproduttive che ritiene opportune (senza impedimenti o controlli di sorta da parte dello Stato), si debba concentrare sulla promozione della qualità della vita del nascituro (cfr. S. POLLO, *Scegliere chi nasce. L'etica della riproduzione umana fra libertà e responsabilità*, Guerini Studio, Milano, 2003).

⁴¹ F. REGGIO, *La vita come danno. Alcune note in margine ad una recente sentenza in tema di 'diritto a non nascere'*, in F. ZANUSO, a cura di, *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 155-174:174.

lutazioni e volizioni”⁴². Esse, semmai, ne presuppongono la negazione più radicale, sulla base dell’assunto che, ove il diritto a non nascere fosse stato rispettato, non si sarebbe avuta né vita, né possibilità alcuna di manifestare volontà ed esercitare libertà.

Ciò accade coerentemente ad una versione utilitaristica, e individualistico-libertaria dell’autonomia, in cui la dimensione volitiva del soggetto appare centrale, assumendo “come criterio non il valore della vita ma la semplice capacità di dare ad essa un valore qualsiasi”⁴³. Capacità non presente nel nascituro.

Inteso in questo modo, il principio dell’autodeterminazione risulta “il meno problematico, il più esclusivo, il meno capace di coinvolgere altre ipotesi di tutela e di argomentazione”⁴⁴. Emerge allora un fatto curioso. Il sistema che appare più liberale, in quanto vuole avvicinarsi maggiormente all’idea che ciascuno (nascituro incluso) sia, *de jure*, il sovrano del proprio corpo e del proprio destino, risulta il meno liberale, perché non può che escludere, *de facto*, l’altro da sé dalla sfera argomentativa⁴⁵.

Affiora il dubbio che il diritto a non nascere veda solo nominalmente il figlio quale suo titolare: il giudizio *ex ante* e in sostituzione del nascituro circa la meritevolezza o meno della sua vita, più che comportare una *rappresentazione* della volontà del figlio, sembra configurarsi come una vera e propria *sostituzione* nella sua volontà (posto che in nessun modo può dirsi conoscibile l’opinione del nascituro sulla desiderabilità o meno di venire al mondo)⁴⁶.

Ciò avviene nel formale rispetto, e nella effettiva violazione, del noto assioma kantiano per cui “nessuno mi può costringere ad essere felice a suo modo”⁴⁷: il diritto a non nascere sembra proprio celare dietro le vesti dell’autodeterminazione del nascituro una sostanziale eterodeterminazione.

⁴² *Ibidem*, p. 171.

⁴³ R. MORDACCI, *La dissoluzione del soggetto morale in bioetica*, in E. SORICELLI, R. BARCARO, a cura di, *Bioetica e antropocentrismo etico*, Franco Angeli, Milano 1998, pp. 41-59:53.

⁴⁴ S. AMATO, *La riproduzione assistita come diritto. Riflessioni biogiuridiche*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 1, 2001, pp. 89-117:115.

⁴⁵ Cfr. *ibidem*, pp. 115-116.

⁴⁶ Cfr. F. BACCHINI, *Il diritto di non esistere*, McGraw-Hill, Milano, 2002, p. 29 in particolare.

⁴⁷ I. KANT, *Sopra il detto comune: “questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica”*, in *Scritti politici e di teoria della storia del diritto*, Utet, Torino, 1956, p. 255.

Il pericolo, dunque, è che nel nome del ‘diritto a non nascere’ si arrivi a considerare doverosa “l’eliminazione di una vita non desiderata da altri, tentando di nascondere con tragica ipocrisia tale atto di forza dietro al pretesto dell’interesse del nascituro. L’interesse di una vita alla quale si nega in radice la possibilità di manifestare la propria volontà di vivere, assumendola o presentandola – nel suo silenzio – come assente”⁴⁸.

⁴⁸ F. REGGIO, *La vita come danno. Alcune note in margine ad una recente sentenza in tema di ‘diritto a non nascere’*, in F. ZANUSO, a cura di, *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 155-174:174.

CAPITOLO TERZO

IL PRELIEVO DI MATERIALE EMBRIONALE L'ANALOGIA CON LA DONAZIONE *POST MORTEM*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Gli embrioni senza scopo – 3. Struttura dell'analogia – 4. Scopo dell'analogia – 5. Implicazioni dell'analogia – 6. Un dono preteso?

1. Introduzione

La produzione di embrioni soprannumerari è un fenomeno in parte fisiologicamente legato alle tecniche di PMA. Nel 2007, con il *Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sul destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili*, il Comitato Nazionale per la Bioetica ha affrontato il problema della sorte di quegli embrioni che, prodotti attraverso le tecniche extracorporee di PMA, risultino biologicamente inidonei all'impianto in utero e siano, perciò, destinati a non essere portati alla nascita¹. Non si tratta di embrioni 'in attesa di impianto', né necessariamente 'in stato di abbandono'². Più semplicemente, sono embrioni 'inutilizzabili' ai fini procreativi.

La loro presenza costituisce un notevole problema giuridico e bioetico. Si consideri, da un lato, come la legge n. 40/2004, che consente la produzione di embrioni a solo scopo riproduttivo, vieti la sperimentazione sugli embrioni (art. 13), nonché la loro crioconservazione e la loro soppressione (art. 14), lasciando così aperta la questione del trattamento a cui sottoporre gli embrioni cd. residuali.

Peraltro, il recente intervento della Consulta sulla l. n. 40/2004 (sent. n. 151/2009), avendo liberalizzato il numero di embrioni producibili, potrebbe indrettamente comportare un aumento, anche considerevole, della produzione di embrioni. Si potrebbero affermare, infatti, prassi interpretative in grado di determina-

¹ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sul destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili*, 26 ottobre 2007, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2007, <http://www.governo.it/bioetica/testi/parere061007.pdf>.

² Lo stato di abbandono si accerta a seguito della dichiarazione di rinuncia al futuro impianto da parte degli aspiranti genitori o in caso di irreperibilità degli stessi (d.m. 11.4.2008).

re una ripresa del fenomeno degli embrioni soprannumerari e crioconservati³, fenomeno che la legge 40 intendeva contrastare rigorosamente⁴.

Dall'altro lato, la comunità scientifica evidenzia come la ricerca effettuata attraverso le cellule embrionali potrebbe presentare una considerevole rilevanza a fini conoscitivi e terapeutici. Il prelievo delle cellule più 'promettenti' (le staminali pluripotenti)⁵, però, implica la necessità di un embrione ancora vitale e, allo stato attuale delle tecniche, ne determina di norma la soppressione.

Il problema del destino degli embrioni 'in cerca di scopo' è stato avvertito dal CNB anche in documenti precedenti⁶, ma il parere del 2007 presenta una importante novità.

Nell'ambito del documento in parola, infatti, i componenti del CNB esaminano, quale "ipotesi di lavoro di interesse bioetico"⁷, la possibilità che venga individuato un criterio di accertamento di morte dell'embrione quando la sua vitalità non sia definitivamente venuta meno. Ciò di modo che si renda possibile la donazione di cellule embrionali utili alla ricerca, stabilendo un'analogia con la dona-

³ "E se così è, molto maggiore rilievo (almeno rispetto a quanto il legislatore del 2004 si era immaginato) dovrà riconoscersi alla disciplina relativa agli embrioni in quelle condizioni, in quanto essa non si potrà più ritenere destinata a regolare un fenomeno ad esaurimento bensì uno di piena attualità" (R. VILLANI, *Procreazione assistita e Corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette e indirette) del recente intervento della Consulta sulla disciplina della l. n. 40/04*, in *Le nuove leggi civili commentate*, nn. 3-4, 2009, pp. 475-500:496).

⁴ In modo da evitarlo per il futuro. Quanto agli embrioni in sovrannumero alla data di entrata in vigore della legge, quelli prodotti in base precedente regime, il Ministero della Salute ha disposto la prosecuzione della crioconservazione con d.m. 4.8.2004 (in *Gazzetta Ufficiale* n. 200 del 26.8.2004), ex art. 17/3 l. n. 40/2004.

⁵ Le cellule staminali sono quelle cellule capaci di differenziarsi per diventare cellule mature di altri tessuti o per generare altre cellule staminali. Sono dette 'pluripotenti' le staminali che sono in grado di differenziarsi in qualsivoglia cellula adulta, ma non di originare un embrione, cioè un intero organismo (capacità propria delle cellule cd. totipotenti), cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere del Comitato Nazionale della Bioetica sull'impiego terapeutico delle cellule staminali*, 27 ottobre 2000, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2000, <http://www.governo.it/bioetica/pdf/43.pdf>, pp. 17-19.

⁶ Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Considerazioni bioetiche in merito al c.d. "ootide"*, 15 luglio 2005, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2005, <http://www.governo.it/bioetica/testi/Ootide.pdf>; COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, 18 novembre 2005, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2005, <http://www.governo.it/bioetica/testi/APN.pdf>. In quest'ultimo parere il Comitato propone che gli embrioni impiantabili 'abbandonati' dai genitori biologici siano destinati all'adozione da parte di altre coppie.

⁷ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sul destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili*, 26 ottobre 2007, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2007, <http://www.governo.it/bioetica/testi/parere061007.pdf>, p. 9.

zione di organi *ex mortuo*. È noto, infatti, che la definizione di morte cerebrale consente l'espanto, da quello che ormai viene ritenuto un cadavere, di organi ancora vitali, che solo in questo modo possono essere efficacemente impiantati.

La strada dell'analogia è stata percorsa nel tentativo di trovare nella definizione di morte embrionale un elemento di conciliazione fra le opposte tesi di chi afferma e chi nega l'utilizzabilità a scopo di ricerca degli embrioni gravemente anormali, destinati all'estinzione: gli uni si appellano alla donazione degli embrioni alla ricerca da parte dei genitori biologici, reputata possibile e, anzi, auspicabile; gli altri si oppongono, a tutela della dignità e del diritto alla vita degli embrioni a prescindere dalle loro prospettive di vita.

Nel tentativo di comporre il contrasto, alcuni componenti del CNB ritengono sostenibile l'analogia fra il prelievo di materiale embrionale e l'espanto di organi da cadavere, auspicando che la comunità scientifica elabori dei criteri di accertamento della morte dell'embrione a fronte di determinate condizioni fisiche che ne impediscono lo sviluppo (morte cd. organismica). Secondo questa prospettiva, se il prelievo e l'utilizzazione di blastomeri vivi da un embrione dichiarato morto può essere paragonabile al prelievo di organi e tessuti da un individuo dichiarato morto, può allora ritenersi eticamente lecita la donazione dei primi alla ricerca⁸.

Tuttavia, non manca in seno al CNB chi ritiene impraticabile l'analogia tra accertamento della 'morte cerebrale totale' su chi è già nato, per l'eventuale espanto di organi, e l'accertamento della 'morte per arresto e degenerazione dello sviluppo' dell'embrione, allo scopo di un eventuale prelievo di uno o più blastomeri ancora funzionali.

Il parere, dunque, non esprime un orientamento univoco del CNB, ma presenta i risultati di una discussione che mostra le varie posizioni esistenti e le ragioni che le sostengono.

Nel presente capitolo si analizzerà l'analogia fra prelievo di materiale embrionale e donazione di organi *post mortem*, cercando di svelarne le implicazioni *prima facie* non evidenti. Preliminarmente, però, occorre precisare per quali embrio-

⁸ I blastomeri sono le cellule presenti nelle fasi iniziali della embriogenesi. Per un chiarimento scientifico sullo sviluppo embrionale, cfr. N. LE DOUARIN, *Chimere, cloni e geni*, Bollati Boringhieri, Torino, 2002, pp. 105-198.

ni, secondo le indicazioni del Comitato, si pone la questione dell'accertamento della morte organismica.

2. *Gli embrioni senza scopo*

Il documento del CNB si limita a prendere in considerazione i casi in cui l'analisi *morfologica* dell'embrione abbia rilevato la presenza di *gravi anomalie irreversibili*, così da ritenere inopportuno, sotto il profilo medico, o inaccettabile, per la donna, l'impianto. Questa situazione era espressamente contemplata dalle linee guida di cui al d.m. 21.7.2004, vigenti all'epoca del parere.

Infatti, a completamento di quanto previsto dall'art. 13 l. n. 40/2004 (contenuto nel capo VI "Misure di tutela dell'embrione" e rubricato "Sperimentazione sugli embrioni umani"), le linee guida del 2004 stabilivano che in caso l'indagine "osservazionale" evidenziasse "gravi anomalie irreversibili dello sviluppo di un embrione", il medico avrebbe dovuto informarne la coppia e che in caso di mancato trasferimento in utero ("non coercibile"), l'embrione non avrebbe dovuto essere criconservato, ma lasciato in coltura "fino al suo estinguersi".

Tale disposizione non è più presente nelle attuali linee guida di cui al d.m. 11.4.2008. Qui, infatti, non solo non è più contemplato il vincolo di indagine meramente osservazionale (morfologica) dell'embrione, dando così adito alla tesi della liceità della DGP⁹, ma non vi è più indicazione alcuna su come procedere in caso di rifiuto di impianto di utero per embrioni gravemente anomali¹⁰. Tuttavia, l'obbligatorietà del mantenimento della coltura *in vitro* può essere comunque desunta dai divieti di crioconservazione e soppressione di cui all'art. 14, comma 1, della legge.

In generale, dunque, si può affermare che la questione dell'elaborazione di criteri di accertamento della morte organismica si presenta per gli embrioni (gravemente) anomali, impiantabili perché biologicamente inadatti alla nascita, in

⁹ Cfr. quanto detto *supra*, capitolo primo, parte prima.

¹⁰ Sui dubbi interpretativi sollevati da questa soppressione, cfr. G.M. SALERNO, *Sulle malattie sessualmente trasmissibili uno 'sconfinamento' di competenza*, in *Guida al diritto*, n. 20, 17.5.2008, pp. 28-30; nonché C. CASSANI, *La diagnosi genetica preimpianto e la sua rilevanza penale*, in *L'indice penale*, n. 1, 2009, pp. 89-137:129-137.

quanto affetti da tare tali da provocarne con ogni probabilità l'estinzione durante i primi stadi di sviluppo.

Il fatto che le (gravi) anomalie siano evidenziate da una analisi morfologica, come contemplato espressamente dal parere, oppure da una DGP, non sembra spostare i termini *concettuali* del problema. Tuttavia, va notato come l'affermarsi dell'orientamento che sostiene la liceità della DGP, in combinato disposto con il recente intervento della Consulta sulla l. n. 40/2004, potrebbe far aumentare il numero di embrioni anomali 'rifiutati' dalle coppie.

Infatti, con sent. n. 151/2009 la Corte Costituzionale ha eliminato il limite massimo di tre embrioni producibili e l'obbligo del loro contemporaneo impianto, mantenendo salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello *strettamente necessario* per assicurare al trattamento apprezzabili prospettive di successo¹¹. Strettamente necessario sarà, secondo la valutazione medica di ciascun caso, il numero di embrioni in grado di portare *quella* donna alla gravidanza.

Per eseguire una DGP, relativa ai rischi di anomalie genetiche per ciascuna coppia e funzionale al reperimento di (almeno) un embrione sano, è indispensabile una quantità di embrioni relativamente elevata. Il divieto di produzione di un numero di embrioni superiore a tre costituiva, di fatto, un ulteriore ostacolo all'esecuzione di diagnosi preimpianto. Si comprende, allora, come la sentenza della Corte Costituzionale sia in grado di segnare una svolta nella prassi italiana della fecondazione assistita¹².

A ciò si aggiunga che le anomalie embrionali causa di inimpiantabilità possono essere non solo originarie, ma anche sopravvenute. Vi è, infatti, un'altra categoria di embrioni rilevanti per la questione in esame, quelli divenuti inadatti

¹¹ Corte Cost., sent. 8.5.2009, n. 151, in *Famiglia, Persone e Successioni*, nn. 8-9, 2009, pp. 684-694, con nota di F.R. FANTETTI, *Illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, pp. 694-699.

¹² C'è chi afferma che "in attuazione del disposto dell'art. 14 comma 2 l. 40/2004, come rimodellato dalla Corte Costituzionale, il medico determinerà il numero di embrioni necessario anche in funzione della diagnosi preimpianto, qualora la situazione della coppia orienti verso quella soluzione e la coppia ne faccia richiesta" (E. DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 2009, pp. 950-966:964).

all'impianto a seguito di lesioni da crioconservazione. Quest'ultima, di regola vietata, è consentita dalla l. n. 40/2004 in via eccezionale, come mezzo per ritardare l'impianto in utero.

L'art. 14, rubricato "Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni" e relativo agli embrioni *impiantabili*, dispone che in caso il trasferimento non risulti attuato per gravi e documentate cause di forza maggiore relative allo stato di salute della donna, imprevedibili al momento della fecondazione, è consentita la crioconservazione degli embrioni fino alla data del trasferimento. Trasferimento da realizzarsi "non appena possibile", come stabilito dall'art. 14, sempreché non pregiudichi la salute della donna, come prescritto dalla Corte Costituzionale con sent. n. 151/2009¹³.

Queste possibilità di deroga sono poi estese dalle linee guida (dalle attuali così come dalle precedenti), che, nel dare applicazione all'art. 14, prevedono la crioconservazione, pur sempre in vista di un futuro impianto, anche qualora il trasferimento non risulti "*comunque*" attuato. Tale estensione fa sì che le ipotesi di mancato trasferimento degli embrioni possano essere più ampie di quelle relative allo stato di salute della donna e ricollegabili al mero rifiuto di quest'ultima. L'impianto, non coercibile, viene così ad essere procrastinato in un secondo momento.

Tutte queste vicende possono, pertanto, rendere ancora più ampio il numero degli embrioni crioconservati. Dati scientifici accertati sottolineano come dopo lo scongelamento una rilevante percentuale di embrioni risulta biologicamente idonea all'impianto in utero¹⁴. L'aumento del numero di embrioni crioconservati,

¹³ Va segnalato come, in conseguenza dell'abrogazione del divieto dell'unico e contemporaneo impianto, la deroga che la Corte ha introdotto al divieto di crioconservazione rischia di assumere nella prassi applicativa un significato "ben più ampio di quanto si possa immaginare, giungendo sino ad intaccare il principio generale del divieto di crioconservazione di cui al comma 1 dell'art. 14" (R. VILLANI, *Procreazione assistita e Corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette e indirette) del recente intervento della Consulta sulla disciplina della l. n. 40/04*, in *Le nuove leggi civili commentate*, nn. 3-4, 2009, pp. 475-500:496).

¹⁴ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sul destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili*, 26 ottobre 2007, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2007, <http://www.governo.it/bioetica/testi/parere061007.pdf>, pp. 4-5.

dunque, può determinare un proporzionale aumento degli embrioni non più utilizzabili a scopi procreativi.

Per quanto fin qui esposto, il destino degli embrioni inadatti all'impianto sembrerebbe quello dell'*estinzione naturale in vitro*: sulla scorta della lettera della l. n. 40/2004, essi non possono essere crioconservati, né soppressi, né sfruttati ai fini della ricerca sperimentale.

Quest'ultima, infatti, è consentita dalla legge solo se rivolta a tutelare la salute e lo sviluppo dello stesso embrione sottoposto a indagine¹⁵. Obiettivo che risulta impossibile allo stato attuale delle conoscenze tecnico-scientifiche, che non contemplano concrete possibilità di terapia embrionale.

Ma il generale divieto di ricerca e sperimentazione, posto a tutela della vita e della dignità umane percepite nell'embrione, non troverebbe più i suoi presupposti di applicazione in caso di embrioni considerati *iuris et de iure* 'defunti'.

3. Struttura dell'analogia

Il *perno* attorno a cui ruota il procedimento di assimilazione del prelievo di cellule embrionali al prelievo di organi adulti è la definizione di morte. Si tratta del primo, imprescindibile, livello dell'analogia: l'affermazione del rapporto di similitudine fra le due diverse definizioni di morte (cerebrale e embrionale). Si vaglierà, allora, l'istituzione di questo rapporto, per poi allargare l'esame al livello del ragionamento analogico esteso: l'affermazione del rapporto di similitudine fra la donazione di organi adulti e la donazione di cellule embrionali.

Si sa come, in generale, l'analogia sia quel procedimento logico con cui si cerca di estendere l'applicabilità di talune proprietà o regole da un caso noto e definito ad un altro caso sconosciuto che presenti aspetti di ragionevole somiglianza. In questo modo, non si può raggiungere una conoscenza completa del termine ignoto, "perché questo *non si esaurisce* nel suo rapporto con il termine noto", ma si

¹⁵ Secondo Emilio Dolcini, il dettato della legge n. 40/2004 non è in grado di vietare la sperimentazione condotta in Italia su cellule staminali embrionali prodotte all'estero, cfr. E. DOLCINI, *Ricerca su cellule staminali embrionali importate dall'estero e legge penale italiana*, in ID., *Fecundazione assistita e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 139-152.

può almeno “ottenere una conoscenza dell’oggetto cercato per quell’aspetto per cui si riferisce all’oggetto noto”¹⁶.

Servendosi delle formule utilizzate da un noto filosofo del diritto, Norberto Bobbio, per spiegare il ragionamento analogico, si può affermare che la struttura base dell’analogia sia la seguente¹⁷:

$$\begin{array}{c} Q \text{ è } P \\ S \text{ è simile a } Q \\ S \text{ è } P \end{array}$$

Nel nostro caso, il termine ignoto, l’oggetto cercato, è costituito dal concetto di morte embrionale. Assumendo che Q stia per (definizione di) morte cerebrale, P per (fenomeno di) morte, S per (definizione di) morte embrionale, la formula può essere così trascritta: ‘la morte cerebrale è morte; la morte embrionale è simile alla morte cerebrale; la morte embrionale è morte’.

La “chiave di volta dell’interpretazione bobbiana” della formula è costituita dalla scomposizione della relazione di somiglianza tra S e Q (asserita nella seconda premessa del ragionamento), in due relazioni di identità tra le situazioni S e Q ed un terzo termine, che Bobbio chiama M, dove M rappresenta un elemento, condiviso dalle due situazioni, che consente di dirle simili¹⁸. La scomposizione consente il passaggio ad una seconda formula:

$$\begin{array}{c} Q \text{ è } P \\ S \text{ è } M \\ Q \text{ è } M \\ S \text{ è } P \end{array}$$

¹⁶ A. GUZZO, V. MATHIEU, P. LIA, sub voce *Analogia*, in *Enciclopedia Filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, pp. 402-410:403.

¹⁷ Cfr. N. BOBBIO, *L’analogia nella logica del diritto*, Istituto giuridico della R. Università, Torino, 1938. Per un approfondimento sul tema dell’analogia giuridica, cfr. A.G. CONTE, *Ricerche in tema di interpretazione analogica*, Tipografia del libro, Pavia, 1957; L. GIANFORMAGGIO, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 1986; V. VELLUZZI, *La distinzione tra analogia giuridica e interpretazione estensiva*, in M. MANZIN, P. SOMMAGGIO, a cura di, *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 133-148.

¹⁸ Cfr. P. BORSELLINO, *L’analogia nella logica del diritto: un contributo di Norberto Bobbio alla metodologia giuridica*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 1, 1985, pp. 3-39:8.

La scomposizione porta in evidenza l'elemento M, che le situazioni simili Q e S hanno in comune. Nel nostro caso, se confrontiamo la definizione di morte cerebrale (totale) accolta nel nostro ordinamento come "cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo" (art.1 della l. n. 578/1993, recante "Norme per l'accertamento e la certificazione di morte"), e l'abbozzo di definizione di morte embrionale proposto dal CNB come "morte per arresto e degenerazione dello sviluppo"¹⁹, ci sembra che l'elemento comune alle due situazioni possa essere rintracciato nel raggiungimento, da parte dell'organismo, di una soglia di degenerazione irreversibile.

Per Bobbio l'analogia non rappresenta un ragionamento autonomo rispetto ai procedimenti deduttivi o induttivi, ma costituisce una sorta di entimema, la formulazione abbreviata di un ragionamento complesso, il quale può essere, a seconda dei casi, deduttivo o induttivo²⁰. Seguendo le osservazioni bobbiane, nel nostro caso ci sembra sottintesa al ragionamento analogico una inferenza di tipo induttivo: alla base dell'analogia si ritrova, infatti, una proposizione che afferma il nesso causale fra P e M, cioè fra lo stato di morte e il raggiungimento di una soglia degenerativa irreversibile dell'organismo. Più precisamente, questa proposizione individua in M la causa di P, cioè nella degenerazione irreversibile dell'organismo la causa di morte.

Rispetto a questa proposizione, alla cui formulazione si perviene attraverso osservazioni empiriche, "la proposizione Q è P è una conclusione dell'osservazione che la causa di P è M"²¹. Condizione di validità (cogenza logica) del ragionamento analogico è che "il qualcosa in comune per cui le due situazioni confrontate sono simili, sia insieme la ragion sufficiente di Q è P"²², dove con ragion sufficiente

¹⁹ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sul destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili*, 26 ottobre 2007, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2007, <http://www.governo.it/bioetica/testi/parere061007.pdf>, pp. 2, 8.

²⁰ N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Istituto giuridico della R. Università, Torino, 1938, pp. 89, 93 in particolare.

²¹ N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Istituto giuridico della R. Università, Torino, 1938, p. 97.

²² *Ibidem*, p. 96.

ci si riferisce ad un “rapporto di causa ad effetto, in quanto M rappresenti la causa di P”²³.

La sola similitudine fra morte cerebrale e morte embrionale, però, non spiega la proposta del CNB nella sua interezza. Per darne ragione, infatti, occorre accedere al piano del procedimento analogico esteso, che comprende l’affermazione della similitudine fra la donazione di organi adulti e la donazione di cellule embrionali. A tale fine può soccorrere l’originario significato greco, elaborato in ambito matematico, di analogia come ‘proporzione’, come rapporto che lega fra loro *quattro* termini, di cui il primo sta al secondo come il terzo sta al quarto²⁴.

Stando a questa definizione, il ragionamento del CNB appare così formalizzabile:

$$S:Q = Dc:Do$$

‘la morte embrionale (S) sta alla morte cerebrale (Q) come la donazione di cellule embrionali (Dc) sta alla donazione di organi adulti (Do)’.

In forza della proprietà (matematica) che consente di permutare i medi di una proporzione, si ottiene che:

$$S:Dc = Q:Do$$

Eccoci pervenuti a quella che ci sembra essere la formulazione sintetica del ragionamento sotteso alla proposta del CNB: ‘la morte embrionale (S) sta alla donazione di cellule embrionali (Dc) come la morte cerebrale (Q) sta alla donazione di organi adulti (Do)’.

4. *Scopo dell’analogia*

Su ammissione dello stesso CNB, l’eventuale elaborazione di particolari criteri di accertamento della morte embrionale vuole essere funzionale al reperimento di cellule embrionali ancora vitali, che siano, perciò, sfruttabili ai fini della ricerca

²³ *Ibidem*, p. 97.

²⁴ Cfr. A. GUZZO, V. MATHIEU, P. LIA, sub voce *Analogia*, in *Enciclopedia Filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, pp. 402-410. Gli Autori riferiscono come “estendendo il procedimento [la proporzione, nda] fuori del campo della quantità pura, si ottiene ciò che si chiama ‘ragionamento per analogia’”, il quale “riesce utile in quei casi in cui non possiamo conoscere direttamente un oggetto, ma sappiamo che si trova con un altro oggetto, che conosciamo, nello stesso rapporto in cui stanno altri due oggetti, anch’essi noti” (*ibidem*, pp. 402-403).

medica e scientifica. In tal modo, agli embrioni soprannumerari impiantabili, gli embrioni ‘senza scopo’, verrebbe attribuito uno scopo ben preciso.

Con riferimento al prelievo degli organi, il CNB sottolinea come le legislazioni di molti Paesi, compresa l’Italia, considerino la donazione degli organi *ex mortuo* (nella misura in cui essa non violi la sacralità e l’intangibilità attribuite alle spoglie umane) come un auspicabile gesto solidaristico. Ma, continua il CNB, “è altresì noto che la società civile *per rendere effettivo e lecito questo atto* ha dovuto affrontare il problema dell’accertamento della morte del donatore. Essendo il morire un *processo* più che un evento, esso non può essere direttamente individuato da nessuna diagnostica o metodica empirica. Tuttavia, non sono stati rifiutati all’interno del principio precauzionale i c.d. criteri di accertamento della morte, intesa come conclusione definitiva e irreversibile del processo del morire. In questa prospettiva, la cessazione totale e irreversibile di ogni attività encefalica (morte cerebrale encefalica), se applicata scrupolosamente, possiede un adeguato fondamento scientifico”²⁵.

Risulta chiaro il parallelo con il concetto di morte embrionale, che farebbe avvertire il reperimento di cellule embrionali vitali tramite donazione come *giuridicamente ed eticamente* accettabile. La morte dell’embrione, accertata in uno stadio del processo degenerativo tale da non compromettere la vitalità delle cellule utili, legittimerebbe la qualificazione del materiale biologico embrionale quale *res*, suscettibile di donazione e disponibile alla comunità medica e scientifica.

Si ripropone, in questo modo, la stessa logica che ha supportato la redazione di due noti documenti bioetici: il Rapporto Warnock, in tema di embrioni, e il Rapporto di Harvard, considerato pietra miliare dell’elaborazione del concetto di morte cerebrale. Una logica in base alla quale, nella consapevolezza della convenzionalità delle definizioni scientifiche, si privilegiano fini operativi e utilitaristici, contando sul fatto che l’aurea di oggettività di cui è rivestita la scienza contribuirà

²⁵ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sul destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili*, 26 ottobre 2007, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2007, <http://www.governo.it/bioetica/testi/parere061007.pdf>, p. 7 (corsiivi di chi scrive).

a rassicurare l'opinione pubblica della correttezza delle scelte compiute (eventualmente anche a livello legislativo)²⁶.

Con il Rapporto Warnock (1984), la commissione governativa britannica presieduta da Mary Warnock ha rintracciato nel 14mo giorno dalla fecondazione il discrimine fra 'pre-embrione', liberamente assoggettabile ad attività di ricerca e sperimentazione, ed 'embrione', sottoposto a tutela in ragione del suo essere considerato individuo umano.

Nel documento si precisa chiaramente che la fissazione di tale confine è frutto di una scelta "morale", di carattere (non arbitrario, ma) discrezionale. Data l'impossibilità di riscontrare 'salti di qualità' in quel *continuum* biologico che è il processo di sviluppo embrionale, si è deciso di individuare quale rilevante il momento in cui compare la stria primitiva (primo abbozzo del sistema nervoso), a partire dal quale non è più possibile la scissione gemellare. Tale 'compromesso' ha il pregio di rassicurare l'opinione pubblica sulla moralità dell'agire degli scienziati, da un lato, e di permettere alla comunità scientifica il perseguimento di fini di ricerca e sperimentazione utili alla collettività, dall'altro²⁷.

Con il Rapporto di Harvard (1968), il gruppo di studiosi radunato presso la prestigiosa Università statunitense ha definito lo stato di coma irreversibile come un nuovo criterio di accertamento della morte (fino ad allora rilevata al cessare del funzionamento del cd. 'tripode' cuore-polmoni-cervello)²⁸. Ciò allo scopo di reperire un criterio tanatologico tale da consentire l'espianto di organi vitali, utilizzabili per il trapianto, così da risolvere i problemi di sovraffollamento delle unità di rianimazione (da parte dei soggetti in coma) e il bisogno sempre crescente di organi per trapianti²⁹.

²⁶ Cfr. F. ZANUSO, *Neminem laedere. Verità e persuasione nel dibattito bio-giuridico*, Cedam, Padova, 2005, pp. 19-22, sulla presunta oggettività del dato scientifico, in particolare.

²⁷ Cfr. M. WARNOCK, *A question of life. The Warnock Report on Human Fertilization and Embryology*, Basil Blackwell, Oxford, 1985.

²⁸ AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL, *A definition of Irreversible Coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*, in *Journal of the American Medical Association*, 205, 1968, pp. 337-340.

²⁹ Cfr. P. SINGER, *Ripensare la vita. La vecchia morale non serve più*, Il Saggiatore, Milano, 1996, p. 65.

Gli intenti utilitaristici dell'operato del Comitato non sono espliciti come quelli della Commissione Warnock, ma non per questo meno incisivi: "le parole introduttive del rapporto sono eloquenti nel loro riferimento ai problemi pratici causati da soggetti in coma irreversibile ed alle potenziali controversie per l'ottenimento degli organi per il trapianto"³⁰.

Si tratta di due documenti che, a nostro avviso, possono essere considerati i referenti simbolici e concettuali della proposta del CNB³¹. Una definizione di morte embrionale, individuando un momento rilevante all'interno di quel *continuum* costituito dal processo degenerativo dell'embrione, potrebbe rassicurare l'opinione pubblica sulla moralità degli interventi sugli embrioni residuali; inoltre, potrebbe costituire il primo passo verso la predisposizione di una normativa *ad hoc* per il prelievo di cellule embrionali, così come la definizione di morte cerebrale è stata il presupposto per la disciplina dei trapianti d'organi³².

L'operare di determinanti istanze utilitaristiche alla base dell'elaborazione del concetto di morte embrionale risulta ancora più evidente se si pensa alla difformità di scopi fra donazione di organi vitali (a vitalità mantenuta grazie all'accertamento della morte cerebrale) e donazione di cellule embrionali vitali (a vitalità mantenuta grazie all'accertamento della morte embrionale).

Si tratta, infatti, di operazioni sostenute da *rationes* specifiche differenti: mentre la prima è compiuta a fini di trapianto, a beneficio *diretto* della *vita* di un'altra persona (si parla, a tal proposito, di ottica terapeutica), il secondo è compiuto a fini di ricerca scientifica, con risultati in termini di beneficiabilità di portata diversa; non si è ancora arrivati, infatti, a capire come effettuare un trapianto di cellule

³⁰ R. BARCARO, P. BECCHI, P. DONADONI, *Prospettive bioetiche di fine vita. La morte cerebrale e il trapianto d'organi*, Franco Angeli, 2008, pp. 24-25.

³¹ Sottolinea l'affinità concettuale fra la distinzione fra embrione e pre-embrione e la definizione di morte cerebrale anche F. ZANUSO, *L'indisponibile filo delle Parche. Argomentazione e decisione nel dibattito biogiuridico*, in EAD., a cura di, *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 9-54:20-22.

³² Recita l'art. 1 della l. n. 91/1999, recante "Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e tessuti": "la presente legge disciplina il prelievo di organi e di tessuti da soggetto di cui sia stata accertata la morte ai sensi della legge 29 dicembre 1993, n. 578, e regola le attività di prelievo e di trapianto di tessuti e di espianto e di trapianto di organi".

staminali embrionali con significative probabilità di successo dal punto di vista terapeutico³³.

Laddove il concetto di morte cerebrale è stato coniato per consentire i trapianti, quello di morte embrionale non verrebbe coniato per il medesimo scopo terapeutico, ma per favorire fini più ampi e diversi, ossia di ricerca e sperimentazione.

Quello che preme sottolineare è come il reperimento di criteri per accertare la morte cd. organismica dell'embrione non sia un semplice 'asettico' perfezionamento delle conoscenze biologiche, ma un'operazione compiuta in funzione di scopi ben precisi. Come dimostra anche la storia del concetto di morte cerebrale, prima vi è una scelta di carattere etico (favorire il trapianto d'organi, favorire la ricerca su cellule embrionali), e poi la formulazione di una idonea definizione scientifica, non il contrario³⁴. La definizione di morte embrionale, quale 'finzione conveniente'³⁵, non può che nascere già gravida di implicazioni meta-scientifiche.

5. Implicazioni dell'analogia

Si è visto come, secondo il parere del CNB, il reperimento di cellule embrionali utili alla ricerca avverrebbe, sulla base della definizione di morte embrionale, attraverso il ricorso all'istituto della donazione, così come avviene per il prelievo di organi da cadavere³⁶. Per il CNB, infatti, il prelievo di cellule embrionali sarebbe eticamente e giuridicamente giustificato solo in forza di una precedente donazione del materiale biologico.

³³ F. CRISTOFARI, *Precauzione, sperimentazione sulle cellule staminali embrionali umane e opinione pubblica*, in L. MARINI, L. PALAZZANI, a cura di, *Il principio di precauzione tra filosofia biodiritto biopolitica*, Edizioni Studium, Roma, 2008, pp. 159-178:163.

³⁴ Per la storia della definizione di morte cerebrale e le sue implicazioni filosofiche e giuridiche, cfr. R. BARCARO, P. BECCHI, P. DONADONI, *Prospettive bioetiche di fine vita. La morte cerebrale e il trapianto d'organi*, Franco Angeli, 2008; nonché P. SOMMAGGIO, *Il dono preteso. Il problema del trapianto di organi: legislazione e principi*, Cedam, Padova, 2004.

³⁵ Di 'finzioni convenienti' parla il bioeticista Peter Singer in riferimento alle ipotesi di lavoro scientifiche. Si tratta di tutti quegli assunti in base ai quali gli scienziati regolarmente lavorano, nella consapevolezza del loro carattere convenzionale e operativo (cfr. P. SINGER, *Ripensare la vita. La vecchia morale non serve più*, Il Saggiatore, Milano, 1996, pp. 50-51).

³⁶ Non manca chi sottolinea come non si possa trattare di donazione in senso tecnico-giuridico, mancando all'atto di disposizione un contenuto patrimoniale; nel caso di organi e tessuti, si farebbe appello alla donazione solo per rimarcare il carattere di necessaria gratuità del gesto (cfr. G. GIACOBBE, voce *Trapianti*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 892-902).

A questo punto sembra opportuno, allora, guardare alla disciplina del trapianto d'organi *ex mortuo*, contenuta nella l. n. 91/1999, considerandone non tanto i contenuti specifici, quanto i presupposti giuridico-culturali. Ciò per valutare come questi ultimi potrebbero riverberarsi sulla regolamentazione del fenomeno del prelievo di cellule embrionali.

Come fa notare uno studioso di bioetica, si può dire che la l. n. 91/1999 operi in forza di tre *fictiones*: la “*fictio* dell’abbandono”, quella “del decapitato”, quella “del consenso presunto”³⁷. Se da una parte esse costituiscono i meccanismi giuridici in grado di dare operatività alla disciplina, dall’altra appaiono espressione di una particolare visione giuridico-antropologica, in base alla quale il rapporto fra l’individuo e il suo proprio corpo viene interpretato in termini di diritto di proprietà³⁸.

In forza della “*fictio* dell’abbandono”³⁹, si assume che gli organi, quali parti del corpo qualificabili come *res*, si ritrovino, alla morte del soggetto, prive di titolare. Questo stato giustificerebbe l’acquisto da parte di altri degli organi espianati (distaccati): è noto, infatti, come si possa acquisire per occupazione la proprietà di quelle cose che non sono di proprietà di alcuno (*res nullius*), o perché non lo sono mai state, o perché abbandonate dal proprietario che abbia agito con *animus derelinquendi* (*res derelictae*)⁴⁰. Una ‘intenzione di abbandono’ che si potrebbe rintracciare nel consenso all’espianto prestatato in vita. Gli organi espianati si trove-

³⁷ Cfr. P. SOMMAGGIO, *Il dono preteso. Il problema del trapianto di organi: legislazione e principi*, Cedam, Padova, 2004. Per una disamina sul concetto di finzione giuridica, cfr. F. TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*, Cedam, Padova, 1979.

³⁸ “La proprietà sembrerebbe, dunque, la fattispecie giuridica in grado di qualificare questo tipo di rapporto. Dunque ciascuno sarebbe proprietario della realtà biologica che lo individua come persona, e questa realtà sarebbe un bene giuridico” (P. SOMMAGGIO, *Il dono preteso. Il problema del trapianto di organi: legislazione e principi*, Cedam, Padova, 2004, p. 49).

Sul problema della disponibilità del corpo umano e sull’interpretazione giuridica del rapporto fra soggetto e corporeità, cfr.: J.P. BAUD, *Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo*, Giuffrè, Milano, 2003; F. D’AGOSTINO, a cura di, *Diritto e corporeità: prospettive filosofiche e profili giuridici della disponibilità del corpo umano*, Jaca Book, Milano, 1984; F. MANTOVANI, *Il problema della disponibilità del corpo umano*, in ID., *Umanità e razionalità del diritto penale*, Cedam, Padova, 2008, pp. 1495-1509; M.M. MARZANO PARISOLI, *Il corpo tra diritto e diritti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 1999, pp. 527-552.

³⁹ P. SOMMAGGIO, *Il dono preteso. Il problema del trapianto di organi: legislazione e principi*, Cedam, Padova, 2004, pp. 33-70.

⁴⁰ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 2001, p. 487.

rebbero allora nella piena disponibilità di chi fosse in grado di utilizzarli o avesse interesse a farlo: le strutture ospedaliere, per conto della collettività⁴¹.

Un discorso non dissimile si potrebbe riproporre per il prelievo delle cellule embrionali, che, quali parti dell'organismo dell'embrione, alla sua morte risulterebbero *res* prive di titolare, acquisibili e sfruttabili da parte della comunità scientifica per fini di pubblica utilità. È interessante notare come a questa conclusione si possa pervenire anche muovendo da posizioni antitetiche circa l'identificazione del soggetto titolare della realtà biologica embrionale. Infatti, il titolare risulta assente sia che si sostenga la soggettività del concepito, la cui morte farebbe evidentemente venire meno l'esistenza del soggetto titolare, sia che la si neghi, imputando in tal caso agli aspiranti genitori (i veri titolari) la facoltà di esercitare l'*animus derelinquendi* nei confronti dell'embrione (ridotto così a *res derelicta*).

In forza della "*fictio* del decapitato"⁴², si assume che la morte del soggetto coincida con la cessazione irreversibile delle funzioni dell'encefalo. L'encefalo viene riconosciuto come 'sistema critico', artificialmente non vicariabile e preposto al controllo del funzionamento dell'organismo come un tutto, la cui necrosi viene vista comportare la perdita irreversibile dell'integrazione corporea. Ecco allora che un individuo dichiarato cerebralmente morto, il cui corpo assume lo status giuridico del cadavere, può essere metaforicamente designato come un 'corpo senza testa'.

Questa è la metafora che accompagna la diffusione del concetto di morte cerebrale, accolto nella legislazione italiana e nelle legislazioni di altri paesi in concomitanza al fenomeno del trapianto d'organi. Si è già visto come nel caso del prelievo di cellule embrionali si proponga l'elaborazione di un concetto di morte embrionale sulla falsariga di quanto avvenuto per la morte cerebrale.

Preme qui far notare come, in seno al CNB, alcuni abbiano rilevato l'incongruità, dal punto di vista biologico, dell'analogia tra accertamento della 'morte cerebrale totale' su chi è già nato e l'accertamento della 'morte per arresto

⁴¹ Questa è la tesi, fra gli altri, di Massimo Bianca (cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 163-164 in particolare).

⁴² P. SOMMAGGIO, *Il dono preteso. Il problema del trapianto di organi: legislazione e principi*, Cedam, Padova, 2004, pp. 71-138.

e degenerazione dello sviluppo' dell'embrione. Le ragioni della riserva investono proprio la '*fictio* del decapitato': nel caso della morte embrionale non si tratterebbe "di accertare la perdita di funzionalità fisiologica di un organo, il cervello, che compromette il coordinamento e l'integrazione di tutto l'organismo, ma di valutare la perdita della capacità di sviluppo regolare di un embrione che dipende da complesse interazioni molecolari e cellulari assicurate da una serie di attivazioni/disattivazioni dell'espressione del genoma. L'osservazione di fenomeni morfologici consente di valutare lo sviluppo dell'organismo embrionale prima dell'impianto sotto il profilo delle relazioni tra le 'parti' (cellule) e il 'tutto' (zigote, pre-morula, morula, blastocisti), ma non consente di istituire immediatamente un'analogia funzionale con il feto o il nato o l'adulto nell'identificazione di un centro organizzatore del 'tutto' (o 'centro critico') al venire meno del quale cesserebbe l'integrazione e la coordinazione dell'organismo embrionale in fase precoce di sviluppo (la c.d. morte organismica)"⁴³.

In forza della "*fictio* del consenso presunto"⁴⁴, si assume che la mancata dichiarazione del soggetto circa la destinazione dei propri organi dopo la morte equivalga a un consenso all'espianto ai fini di trapianto. Nella tensione fra istanza solidaristica, che favorisce i trapianti, e istanza personalistica, che riafferma il valore del consenso (libero, effettivo e personale), si privilegia così, senza dubbio, la prima.

Il nostro ordinamento, con l'art. 4 della l. n. 91/1999, accoglie il meccanismo del silenzio-assenso informato, prevedendo che i cittadini, debitamente informati dalle autorità, siano *tenuti* a esprimere la loro volontà riguardo all'espianto ai fini di trapianto (nelle forme e nei modi stabiliti) e che, in caso di mancata dichiarazione, vengano considerati donatori⁴⁵.

⁴³ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sul destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili*, 26 ottobre 2007, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2007, <http://www.governo.it/bioetica/testi/parere061007.pdf>, p. 8.

⁴⁴ P. SOMMAGGIO, *Il dono preteso. Il problema del trapianto di organi: legislazione e principi*, Cedam, Padova, 2004, pp. 139-172.

⁴⁵ "Entro i termini, nelle forme e nei modi stabiliti dalla presente legge e dal decreto del Ministro della sanità di cui all'articolo 5, comma 1, i cittadini sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo successivamente alla morte, e sono informati che la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione, secondo quanto stabilito dai commi 4 e 5 del presente articolo.

Questa soluzione denota una giustificazione *pubblicistica* dell'espianto degli organi ai fini di trapianto, all'insegna della prevalenza di interessi generali di solidarietà sociale e di pubblica utilità⁴⁶. In tale contesto, il consenso all'espianto assume più le vesti di un atto procedimentale di natura amministrativa, che quelle di un atto di autonomia individuale di natura negoziale: il potere di disporre delle proprie spoglie, inteso promanare dall'individuo stesso, si trasmuta in una facoltà di dissentire concessa dai pubblici poteri⁴⁷. Il conseguente onere di attivazione del cittadino dissenziente trova "il suo presupposto indefettibile nell'affermazione della disponibilità collettiva della *res* cadavere come regola generale"⁴⁸.

Con riguardo al prelievo delle cellule embrionali e il loro sfruttamento ai fini di ricerca e sperimentazione, c'è da chiedersi come potrebbe declinarsi il tema del consenso⁴⁹. Conformemente alla attuale sensibilità biogiuridica, un consenso andrebbe senz'altro *cercato*. Conformemente alle esigenze di pubblica utilità cui la ricerca sulle cellule staminali si ispira, probabilmente verrebbe anche *trovato*.

In questo caso potrebbero innescarsi dinamiche (eterodeterminative) di presunzione del consenso non dissimili da quelle appena descritte: in via di mera ipotesi,

I soggetti cui non sia stata notificata la richiesta di manifestazione della propria volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti, secondo le modalità indicate con il decreto del Ministro della sanità di cui all'articolo 5, comma 1, sono considerati non donatori" (art. 4 l. 91/1999, commi 1 e 2).

Per un commento, cfr. R. BARCARO, P. BECCHI, P. DONADONI, *Prospettive bioetiche di fine vita. La morte cerebrale e il trapianto d'organi*, Franco Angeli, 2008, pp. 139-161 (*Parte Seconda. Donazione degli organi e criterio del c.d. "silenzio-assenso"*).

⁴⁶ Cfr. G. GIACOBBE, voce *Trapianti*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 892-902; G. BISCONTINI, a cura di, *La morte e il diritto: il problema dei trapianti d'organi*, Esi, Napoli, 1994, p. 15; E. PALMERINI, *La nuova legge sul trapianto d'organo: prime annotazioni*, in *Studium Juris*, n. 12, 1999, pp. 1311-1321; F. MANTOVANI, *Trapianti*, in *Id.*, *Umanità e razionalità del diritto penale*, Cedam, Padova, 2008, pp. 1474-1481, 1537-1550.

⁴⁷ Sulla statalizzazione della volontà individuale (presunta insindacabile) e la conseguente burocratizzazione del consenso, inevitabili all'interno della cornice giusnaturalistica moderna, cfr. P. MORO, *Dignità umana e consenso all'atto medico*, in F. ZANUSO, a cura di, *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 131-153.

⁴⁸ S. SICA, *La volontà alla "donazione"*, in P. STANZIONE, a cura di, *La disciplina giuridica dei trapianti*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 79-104:87.

⁴⁹ Osserva Lorenzo d'Avack che la socializzazione della ricerca, "per quanto possa apparire logica e conforme ad una certa visione della giustizia distributiva o dell'uguaglianza civile, va vista con le dovute cautele. Certamente non si può consentire che venga accantonata l'esigenza del consenso che solo fonda, malgrado pregi e difetti, la considerazione della persona dell'altro (come soggetto e non come oggetto)" (L. D'AVACK, *Verso un antideistino. Biotecnologie e scelte di vita*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 86).

in accordo alla logica sottesa al diritto a non nascere (che ritiene – formalmente – il concepito dotato di soggettività), si potrebbe prospettare il consenso al prelievo da parte dell’embrione, prestato per lui dai genitori biologici (in via espressa o magari in via tacita); oppure, più plausibilmente, si potrebbe richiedere il consenso dei genitori biologici, interpretando magari la loro irreperibilità o il loro silenzio come una volontà di abbandono dell’embrione, con ciò reso materiale biologico disponibile⁵⁰. La prima impostazione concepisce quale donatore l’embrione stesso, la seconda concepisce quali donatori i genitori biologici, ma entrambe si basano sul presupposto della disponibilità collettiva della *res* embrione-cadavere come regola generale.

6. *Un dono preteso?*

Seguendo le riflessioni di un filosofo contemporaneo, si può affermare che il procedimento analogico consenta una via orizzontale di conoscenza, *nel* mondo dei fenomeni, che poggia sulla similitudine fenomenica fra gli enti, e una via verticale di conoscenza, che rimanda *al di sopra* dei fenomeni stessi e che poggia sulla medesimezza d’essere fra gli enti: “l’intelligenza analogica può volgersi per un verso in senso ontico, nella traslazione di significati da un campo all’altro dell’esserci. Ma per altro verso, risalendo alle condizioni ontologiche che rendono possibile la traslazione, l’analogia finisce con l’assumere un significato più propriamente metafisico. Si delineano così due possibili processi intenzionali, al mo-

⁵⁰ Si giungerebbe, così, a un esito per certi versi incongruo proprio rispetto alla regolamentazione del prelievo di organi da cadavere, fenomeno pur preso come punto di riferimento nell’istituzione dell’analogia fra morte cerebrale e morte embrionale: il meccanismo presuntivo del silenzio-assenso, infatti, opera solo per l’espianto di organi vitali ai fini di trapianto, mentre per l’espianto di organi ai fini didattici o scientifici, non necessariamente vitali (e svincolati perciò dall’accertamento della morte cerebrale totale), è richiesta una esplicita dichiarazione di destinazione degli organi a quei fini.

Nel caso dei trapianti, l’ordinamento ritiene di poter soprassedere a una rigorosa espressione del consenso in ragione dell’immediato beneficio per la vita di alcuno, mentre nel caso di donazione di parti del corpo a fini diversi dal trapianto si richiede una espressione esplicita del consenso perché la coscienza sociale avverte ricerca e sperimentazione sulle spoglie come attività altamente oggettualizzanti, potenzialmente irrispettose della memoria del defunto. L’analogia morte embrionale-morte cerebrale occulta la necessità di un simile bilanciamento di valori e interessi, eliminandolo dall’orizzonte della riflessione.

do in cui lo stesso prefisso [greco *ana*] della parola sembra indicare: ... tra un 'al di sopra' e un 'in', tra un 'sopra' e un 'sotto' ”⁵¹.

“Al primo livello potremmo collocare il linguaggio della ad-operabilità quotidiana e lo stesso linguaggio della scienza, dove l’analogia costituisce per lo più soltanto lo sfondo utile per la determinazione di questo o di quello. Il nesso con l’altro è in tal caso richiamato solo per accedere, con una ‘definizione funzionale’, a un *novum* che però non viene raggiunto nella sua dimensione più profonda, sino al piano delle sue partecipazioni ontologiche: ciò che conta è una similitudine di *funzioni* e, su questa base, viene compiuta la traslazione di significato. Siamo, qui, appunto all’uso dell’analogia in senso proporzionale, dove ciò che conta è la somiglianza fra i *modi* d’essere e non fra i *soggetti* in essere, somiglianza di rapporti fra enti ma senza che per questo gli enti debbano essere considerati come simili fra loro: un uso che dal punto di vista fenomenologico è non soltanto legittimo, ma potremmo dire anche primario, giacché l’ente non si dà a vedere immediatamente nella sua essenza più propria, ma solo attraverso i modi e le affezioni del proprio essere. Ove ci si volga al solo mondo dei fenomeni, si deve del resto ripetere con Galilei che la scienza non deve o non può ‘tentar l’essenza vera e intrinseca delle sostanze naturali’ ”⁵².

Proprio in questo livello si situa la proposta del CNB, l’analogia morte cerebrale e morte embrionale. Il parere del 2007 dimostra come, rispetto all’epoca del Rapporto di Harvard, non si faccia mistero della convenzionalità e della funzionalizzazione della definizione di morte; tuttavia, si può rilevare come non tenga in debito conto lo stato del dibattito internazionale sul concetto di morte cerebrale totale.

Tale concetto, infatti, è stato sottoposto a serrate critiche, già e proprio sotto il profilo scientifico, ed è ritenuto ormai scientificamente superato, incoerente e po-

⁵¹ V. MELCHIORRE, sub voce *Analogia*, in *Enciclopedia Filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, pp. 410-412:411. Per un approfondimento, cfr. ID., a cura di, *Metafore dell’invisibile: ricerche sull’analogia*, Morcelliana, Brescia, 1984; ID., *La via analogica*, Vita e Pensiero, Milano, 1996.

⁵² V. MELCHIORRE, sub voce *Analogia*, in *Enciclopedia Filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, pp. 410-412:411-412. Per un esempio dei paradossi in cui inevitabilmente incorre la ragione scientifica che si spinge *ultra vires*, cfr. D. VELO DALBRENTA, *La scienza inquieta. Saggio sull’antropologia criminale di Cesare Lombroso*, Cedam, Padova, 2004.

co attendibile⁵³; comincia a farsi strada l'idea secondo cui la questione della morte cerebrale deve essere affrontata con una riflessione etico-filosofica, prima ancora che medico-biologica⁵⁴.

Risulta, così, inattuale riferirsi al concetto di morte cerebrale per elaborare un corrispondente concetto di morte embrionale, demandando alla comunità scientifica una individuazione dei criteri di accertamento che si assume, peraltro, autoreferenziale, decisiva e potenzialmente priva di obiezioni o di superamento⁵⁵.

Alcuni membri del CNB si sono avveduti di tali incongruenze e hanno sottolineato come “per accertare la morte dell’embrione secondo criteri differenti dalla constatazione della apoptosi di tutti i blastomeri (che impedirebbe l’utilizzazione delle sue cellule), si farebbe uso, in ogni caso, di segni ‘probabilistici’ e non di certezze, che finiscono per pesare nella decisione di voler utilizzare l’embrione per scopi diversi da quelli del trasferimento a fini procreativi. Si verrebbe così a legittimare un uso di embrioni dichiarati non trasferibili in conflitto con l’elevato grado di tutela del concepito previsto anche dalla Legge 40/2004. Quanto affermato non significa escludere o minimizzare il valore dei tentativi di fornire una risposta alla questione della definizione e dei criteri di accertamento della morte dell’embrione in vitro, ma significa - al contrario - sottolineare la necessità di acquisire approfondite ed estese conoscenze attraverso lo studio su adeguati modelli sperimentali animali e con il contributo di altre discipline, quali quelle filosofiche e giuridiche. Di fatto, invece, attualmente l’analogia potrebbe risolversi in uno strumento regressivo di erosione del concetto di uomo già istituzionalizzato nella sua pienezza dalla nostra Costituzione, la quale si fonda sulla garanzia senza di-

⁵³ Cfr. D.A. SHEWMON, *Disconnessione tra encefalo e corpo: implicazioni per il fondamento teorico della morte cerebrale*, in R. DE MATTEI, a cura di, *Finis vitae. La morte cerebrale è ancora vita?*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007, pp. 277-332.

⁵⁴ Cfr. R. STOECKER, *Dalla morte cerebrale alla dignità umana. Per il superamento filosofico-morale del dibattito sulla morte cerebrale*, in R. BARCARO, P. BECCHI, a cura di, *Questioni mortali. L'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, Esi, Napoli, 2004.

⁵⁵ Sulla (strutturale) rivedibilità degli assunti scientifici e sull'utilizzo da parte degli stessi scienziati di procedure discorsivo-persuasive a sostegno di ipotesi diverse parimenti plausibili, cfr. A. CATTANI, *Argomentazione e dimostrazione nella scienza*, in M. MANZIN, P. SOMMAGGIO, a cura di, *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 191-210; M. MANZIN, *Retorica ed umanesimo giuridico*, in F. CAVALLA, a cura di, *Retorica Processo Verità. Principi di filosofia forense*, Franco Angeli, Milano, 2007, pp. 85-100.

scriminazioni dei diritti fondamentali dell'uomo e sulla promozione del pieno sviluppo della persona”⁵⁶.

Il riferimento alla tutela personale del concepito e l'appello alla riflessione etico-filosofica testimoniano l'ineludibile rimando al livello ultrafenomenico di una analogia pensata per operare sul solo piano scientifico: “la riflessione ontologica non può esimersi dall'interrogarsi sulle condizioni che rendono possibile il confronto delle proporzioni: la ricerca procede allora in senso verticale, cercando via via la connessione che sorregge le similitudini, sino a sporgersi sulla domanda metafisica, verso l'unità radicale dell'essere, verso la condizione ultima che tutto raccoglie e connette. Nell'intelligenza analogica, si delinea così non un'opposizione, ma una differenza di piani e una interessenza dialettica fra le due correnti intenzionali”⁵⁷.

Se si assume l'embrione in grado di morire come un individuo adulto, gioco-forza gli si deve attribuire la capacità di vivere come un individuo adulto, e di qui la parità di statuto ontologico: “se c'è similitudine fra i modi d'essere di soggetti differenti, fra i modi con cui questi soggetti si rapportano alla realtà, si deve poi riconoscere che questa similitudine rinvia a una similitudine propria agli stessi soggetti. La similitudine, se in quanto tale non annulla la differenza sostanziale dei soggetti, è infine da intendere come una modalità d'essere che ricorre o può ricorrere nel loro essere. Siamo in tal senso passati ad un altro grado dell'intelligenza analogica: dall'analogia come similitudine di rapporti all'analogia come proporzione o partecipazione a una medesimezza d'essere; da una relazione di tipo ontico a una relazione di tipo ontologico, ultimamente metafisica o fenomenicamente non determinabile”⁵⁸.

⁵⁶ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sul destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili*, 26 ottobre 2007, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2007, <http://www.governo.it/bioetica/testi/parere061007.pdf>, pp. 8-9. Sulla tutela costituzionale del concepito, cfr. F. VARI, *Sulla tutela del concepito nella Costituzione italiana. Riflessioni alla luce dell'insegnamento di Pierfrancesco Grossi*, in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n. 19, 2009,

<http://www.federalismi.it>.

⁵⁷ V. MELCHIORRE, sub voce *Analogia*, in *Enciclopedia Filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, pp. 410-412:412.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 411.

Queste considerazioni inducono a riflettere sulle implicazioni dell'analogia proposta dal CNB sulla questione dello statuto personale dell'embrione e sull'individuazione del soggetto donatore. Quest'ultimo problema non viene affrontato nel parere, ma, a stretto rigore, proprio assecondando il procedimento analogico, donatore dovrebbe essere considerato chi fornisce dal proprio organismo il materiale biologico utile, al pari di quanto avviene per l'espanto degli organi, e cioè, nel caso del prelievo di cellule embrionali, l'embrione.

Una conclusione che difficilmente verrebbe accolta dagli stessi sostenitori dell'analogia, probabilmente più favorevoli ad individuare nei genitori biologici i soggetti legittimati a disporre del materiale embrionale. Si è, tuttavia, già segnalato come l'attribuzione di soggettività al concepito non sarebbe comunque di ostacolo alla logica utilitaristica dello sfruttamento delle sue cellule, qualora subentrassero per la donazione meccanismi di rappresentanza e/o di presunzione del consenso. Dispositivi che rischiano di far assumere al prelievo di cellule embrionali le vesti di un dono preteso.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

LA (RI)COSTRUZIONE DELLA VOLONTÀ DEL NASCITURO

SOMMARIO: 1. Il tribunale del cittadino futuro – 2. Diritti, desideri e oggettivazione – 3. Sullo statuto dell'embrione

1. Il tribunale del cittadino futuro

Riflettendo sull'avvento dell'ingegneria genetica nelle società liberal-democratiche, Jürgen Habermas interpreta la relazione fra aspirante genitore e nascituro come una relazione intersoggettiva *impropria*, perché corrente fra un soggetto presente e un potenziale soggetto futuro. Tale carattere fa sì che l'aspirante genitore possa adottare nei confronti del nascituro un atteggiamento strumentale, arrivando a progettare il figlio, grazie alle possibilità offerte dall'ingegneria genetica, secondo le proprie ambizioni¹.

In ipotesi simili, manca il fondamentale consenso del diretto interessato, l'intesa linguistica (fondamentale nella teoria habermasiana dell'agire comunicativo) tra progettista e progettato è inesistente: il progettato, impossibilitato a intervenire nel momento in cui si prende la decisione che lo riguarda, subisce il volere altrui e, una volta nato, ne resta condizionato in e per tutta la propria esistenza; il che provoca una indebita coartazione della libertà morale.

Secondo il filosofo, l'unica eventualità compatibile con la salvaguardia della intesa comunicativa, a tutela della libertà del progettato, è quella di un intervento di ingegneria genetica di tipo terapeutico. Rispetto ad esso, infatti, si può presupporre il consenso dell'interessato².

¹ Cfr. J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una eugenetica liberale*, Einaudi, Torino, 2002. Per un commento della tesi habermasiana, cfr. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Corpi docili. Corpi gloriosi*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 115-144.

² J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una eugenetica liberale*, Einaudi, Torino, 2002, p. 45. Per una diversa elaborazione (e fondazione) del criterio di scelta fra le modificazioni genetiche tecnicamente possibili, cfr. R. MORDACCI, *La vita etica e le buone ragioni*, Mondadori, Milano, 2007, pp. 189-203.

Ecco come, nella prospettiva habermasiana, la presupposizione del consenso è in grado di trasformare l'agire tendenzialmente strumentale in agire comunicativo: solo nel caso di intervento orientato esclusivamente alla cura, il quale incontrerebbe senza dubbi l'approvazione del futuro figlio³. Restano esclusi, pertanto, gli interventi migliorativi, volti a indurre o potenziare nell'embrione le caratteristiche desiderate dagli aspiranti genitori.

Tuttavia, e di ciò si avvede lo stesso Habermas, "assumendo come criterio la presupposizione del consenso, si deve logicamente ammettere che l'autorizzazione dell'interessato non si limiterebbe soltanto agli interventi di cura, ma potrebbe comprendere anche un numero consistente di interventi migliorativi"⁴.

Peraltro, la stessa attuale dilatazione dei concetti di terapia, malattia, salute (con la conseguente difficoltà di reperire un confine certo tra cura e miglioramento) può condurre, attraverso la legittimazione della genetica terapeutica, ad avallare ogni forma di ingegneria genetica. In ragione di ciò, in applicazione del principio di precauzione, Habermas conclude per l'opportunità di astenersi da qualunque intervento genetico.

Queste stesse riflessioni possono essere adattate ai (e adottate nei) temi specifici fin qui affrontati: diagnosi preimpianto, diritto a non nascere se non sano, prelievo di cellule embrionali. Sicuramente le prime due questioni sono accomunate dallo spettro dell'eugenetica (che tanto preoccupava Habermas) e dalla tendenziale insufficienza del criterio della terapeuticità a salvaguardia della reificazione e strumentalizzazione dell'embrione. Ma, oltre a ciò, preme sottolineare come in tutte si sia sollevata la problematica della ricostruzione della volontà del nascituro attraverso la presupposizione del consenso. Una ricostruzione che si è vista innescare, inevitabilmente, l'interrogativo sui soggetti legittimati a prendere le decisioni del caso: meglio lasciare le scelte in merito a qualunque intervento

³ Una eco di questa impostazione si può leggere nell'art. 13 l. n. 40/2004, laddove consente la ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni "a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso".

⁴ I. ARILLOTTA, *I rischi (infondati) di un'eugenetica liberale*, in *Bioetica*, n. 3, 2008, pp. 395-411:404.

sull’embrione alla sola discrezione dei genitori biologici o dare allo Stato il potere di surrogarsi ai genitori nel compito di decidere?

In seno al dibattito bioetico italiano è stata recentemente avanzata una risposta, di cui si vuole brevemente dare conto. Si tratta di una proposta elaborata, muovendo dalla teoria habermasiana dell’agire comunicativo, per il caso di interventi di ingegneria genetica, ma che nulla vieta di estendere a qualunque questione in cui possa rilevare il consenso presunto dell’embrione: l’istituzione di tribunali per i cittadini futuri:

“le affinità [tra la condizione del minore e quella del nascituro, nda] sono sufficienti per poter concepire un *tribunale del cittadino futuro*. E naturalmente si potrebbe tenere fermo il principio della presupposizione del consenso. La ricerca dell’intesa comunicativa, attraverso la presupposizione del consenso, potrebbe quindi richiedere l’azione dello Stato per mezzo dei tribunali, a garanzia della libertà del nascituro per cui si ipotizza l’intervento terapeutico o migliorativo. Il genitore avrebbe il diritto di chiedere qualunque genere di intervento per il figlio, ma quella richiesta verrebbe attentamente vagliata, nel tentativo di presumere quale sarebbe la volontà del diretto interessato. Il tribunale, in sostanza, si esprimerebbe in luogo di chi ancora non può esprimersi in prima persona, e la cui volontà non può essere surrogata dalla volontà genitoriale, per i motivi di cui si è detto [conflitti di interesse tra genitori e figli, nda].

Un pregio del tribunale del cittadino futuro è che esso non richiede di fissare una volta per tutte gli obiettivi da perseguire per via genetica, né di legare la presunzione del consenso alla sola eventualità di interventi terapeutici, la cui definizione precisa può risultare problematica. Quel consenso andrebbe indagato di volta in volta, in qualunque caso. E, per tornare all’implicita richiesta di salute delle generazioni future, essa non cadrebbe nel vuoto”⁵.

A prescindere dalle obiezioni di carattere strettamente giuridico che (in via principale) si potrebbero muovere, interessa qui rilevare la problematicità della proposta dal punto di vista giusfilosofico. Innanzitutto si dubita che demandare ai tribunali la soluzione della questione costituisca una reale alternativa al temuto (e

⁵ *Ibidem*, pp. 409-410.

suppostamente evitato) paternalismo statale. Il rischio è, infatti, quello di cadere, per questa via, in un paternalismo giudiziario, altro volto dell'interventismo statale.

Vi è certamente la necessità di reperire dei limiti giuridici agli abusi dell'ingegneria genetica o, più in generale, dell'intervento tecno-scientifico sugli embrioni, ma si deve constatare che l'inquadramento di una siffatta tutela nello schema del contenzioso e del diritto soggettivo (a possedere un patrimonio genetico intatto, a non nascere se non sano, a donare le proprie cellule...) può facilmente condurre a situazioni paradossali: la 'giuridificazione' può arrivare, infatti, a pregiudicare quella stessa dignità umana che pure tali diritti soggettivi pretendono di tutelare⁶.

Nel corso di questa prima parte della tesi di dottorato, si è sollevata, per l'appunto, la aporeticità della introduzione della nozione di diritto soggettivo nel contesto della genetica umana ed in particolare delle scelte riproduttive; si sono rilevati i possibili esiti eugenetici della diagnosi genetica preimpianto e del riconoscimento di un diritto a non nascere, nonché l'inevitabile innalzarsi di un dovere a far nascere solo se sani a fronte del preteso diritto a non nascere se non sani⁷; si è prospettato, infine, come concepire l'embrione 'capace' di donare le proprie cellule possa essere considerata una finzione idonea a legittimare logiche utilitaristiche.

⁶ In tema di codd. diritti genetici, cfr. B.M. KNOPPERS, *L'integrità del patrimonio genetico: diritto soggettivo o diritto dell'umanità?*, in *Politica del diritto*, n. 2, 1990, pp. 341-361.

⁷ Potrebbero profilarsi "un diritto a una trasmissione di un genoma inalterato (anche se malato) oppure un diritto a un genoma somaticamente alterato ... o, infine, secondo una interpretazione estensiva di terapia, un diritto ad un genoma privo di malattie genetiche grazie alle terapie sulla linea germinale, al ricorso a gameti ed embrioni donati oppure ad analisi e trattamenti coattivi"; "la nozione di obbligo dei genitori genetici, oppure di diritti genetici di embrioni, feti e figli non ancora concepiti incoraggerebbe proprio quelle selezioni eugenetiche maggiormente aborrite"; in questo modo, le scelte riproduttive verrebbero condizionate "dal timore di recriminazioni e rivendicazioni future all'interno della famiglia e fondate sulle qualità delle scelte di vita compiute in forza di tali diritti e obblighi genetici" (*ibidem*, p. 356).

2. Diritti, desideri e oggettivazione

Una interessante interpretazione di questa ‘corsa ai diritti’ chiama in causa “il gioco dei desideri”⁸. Si tratta di un aspetto che si è trattato come ‘logica del desiderio’ nel capitolo sulla diagnosi genetica preimpianto, e che chiama in causa l’emergere di nuove pretese giuridiche, da un lato, e l’autenticità dei desideri soggettivi che le fondano, dall’altro.

L’autore che rileva questa connessione, Gerard Huber, osserva come la domanda di beni biomedici sia in piena evoluzione: l’essere umano malato e l’essere umano sano, ma pur sempre suscettibile di diventare malato, sarebbero prima di tutto dei consumatori di applicazioni biomediche. Si è osservato che “quanto più la medicina avanza verso una sua ‘umanizzazione’, facendosi cioè carico di alcune esigenze etiche individuali profondamente sentite nelle nostre società (quali benessere psicofisico, salute, allungamento e ‘qualità’ della vita ecc.), tanto più tende a incorporare tali esigenze nel suo apparato tecnico-scientifico”⁹. Un apparato che è in grado di auto-alimentarsi e di incrementare, a sua volta, la domanda biomedica, in un rapporto di interdipendenza sempre più profonda tra medicalizzazione e desiderio di salute.

Secondo Huber, la comune condizione di ‘consumatori di beni biomedici’ degli individui legittimerebbe, proprio sulla base della volontà generale, la generalizzazione della sperimentazione biomedica e l’analisi completa del genoma umano. Tuttavia, si tratterebbe solo di una “finzione democratica”, volta a mascherare i reali processi decisionali e l’epistemologia utilitaristica che li governa¹⁰.

A questo proposito, si può citare l’influenza che l’offerta di beni biomedici è destinata a esercitare sulla domanda stessa: l’immissione nel mercato di diagnosi genetica pre-concepimento, analisi e selezione di embrioni e gameti, terapia genica, sistemi di identificazione e riconoscimento biometrici, diagnosi su rischi gene-

⁸ Cfr. G. HUBER, *Gioco dei desideri e filosofia del limite*, in S. RODOTÀ, *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp.198-209.

⁹ R. KIRCHMAYR, *Morire da soli. La medicalizzazione come supplemento di cura*, in *Aut aut*, n. 340, 2008, pp. 37-58:54.

¹⁰ G. HUBER, *Gioco dei desideri e filosofia del limite*, in S. RODOTÀ, *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp.198-209:202.

tici, individuazione di predisposizioni genetiche (solo per fare degli esempi) favorisce la nascita, e alimenta la crescita, di desideri soggettivi sempre nuovi; desideri che ben presto si tramutano in bisogni.

In particolare, c'è chi sottolinea come nel campo delle tecnologie riproduttive si assista a una manipolazione del desiderio procreativo, che passa attraverso il nascondimento dei costi della procreazione medicalmente assistita (in termini di durata, spese economiche, rischi fisici, ricadute psichiche e relazionali). Il desiderio di *avere* un figlio risulta, così, sempre allineato al progresso delle tecniche mediche nel *fare* bambini¹¹.

La *conoscenza* genetica, che immediatamente si traduce in tecnica di identificazione personale o di individuazione di fattori di rischio (propri o altrui), tende a una generalizzazione e catalogazione dei profili genetici degli individui. Huber ritiene che questo fenomeno non possa non avere enormi ripercussioni a livello sociale e giuridico: i desideri, tramutati in bisogni, si trasformano poi in rivendicazioni giuridiche.

La decodificazione genetica del rapporto vita-malattia-morte potrebbe avere effetti deflagranti per l'esistenza individuale e collettiva, provocando, innanzitutto, una "traumatizzazione psicologica", una "estremizzazione tragica". Più si ingrandirà lo scarto tra la crescente offerta diagnostica, da un lato, e la più lenta offerta farmacologica e terapeutica, dall'altro, più si appesantirà la traumatizzazione psicologica e più le coppie si interrogheranno sul *se* e sul *come* riprodursi, oltre che sul *chi* portare alla nascita.

Osserva l'autore che "a causa di questa esposizione estrema alla traumatizzazione, i criteri tradizionali [di identificazione e giustificazione delle scelte individuali e collettive, nda] non possono più funzionare"¹². Si elaborano, allora, nuovi mezzi di "catarsi", tra cui Huber colloca proprio "la dottrina della generalizzazione dei diritti soggettivi", sostenuta da una concezione proprietaria ed edonistica del diritto dell'uomo sul corpo.

¹¹ Cfr. S. VEGETTI FINZI, *Oscurità dell'origine e bioetica della verità*, in S. RODOTÀ, *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp. 182-197.

¹² G. HUBER, *Gioco dei desideri e filosofia del limite*, in S. RODOTÀ, *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp.198-209:204.

La proliferazione dei diritti nell'età tecnologica¹³, con il suo costante riconoscimento di pretese soggettive, alimenta una visione dell'essere umano come fascio di fenomeni. Tuttavia, la reificazione del corpo su cui si basa il 'modello proprietario' opera infiltrandosi nella dottrina dei diritti dell'uomo, senza essere espressamente riconosciuta ed affrontata: "si relega la questione del corpo all'ossessione che di esso si faccia una cosa, senza affermare in modo perentorio che esso non è una cosa ... ci si batte contro una dottrina – il corpo umano è una cosa – che non esiste in quanto tale, come se non si potesse essere operativi che a condizione che essa si avveri. L'essenza di questa teoria è quella di essere dislocata e di non avverarsi come tale, perché possa scivolare tra gli interstizi della dottrina dei diritti dell'uomo e del cittadino, con la quale, naturalmente, essa è in conflitto"¹⁴.

Si elabora, in altre parole, una retorica dei diritti umani, risolvendo il problema della rilevanza giuridica di un particolare profilo della persona semplicemente aggiungendo un nuovo diritto della personalità al catalogo di quelli già conosciuti. Tale moltiplicazione dei diritti della personalità avviene, come nota Davide Messinetti, "in dipendenza dei profili empirici, che di volta in volta emergono per effetto dei mutamenti sociali", eludendo "il problema del *principio fondativo* della tutela della persona" e privandosi, così, "dell'unico strumento concettuale che può improntare una discussione razionale sui confini di tale tutela"¹⁵.

3. *Sullo statuto dell'embrione*

In questo contesto, rileva ancora Huber, anche la non oggettivazione dell'embrione è più proclamata che perseguita. Si dice che esso non sia una cosa, ma questo giudizio non costituisce realmente un limite all'agire, perché ci si rifiuta di chiarire il sottostante gioco di desideri; un gioco che fornisce utilità e piacere

¹³ Cfr. F. RICCOBONO, a cura di, *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1991.

¹⁴ G. HUBER, *Gioco dei desideri e filosofia del limite*, in S. RODOTÀ, *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp.198-209:208.

¹⁵ D. MESSINETTI, *L'autodeterminazione dispositiva della persona e il valore della libertà del soggetto*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 4, 2008, pp. 547-558:550. Per una riflessione filosofica sul principio persona e sugli attuali problemi bioetici, cfr. V. POSSENTI, *Il principio-persona*, Armando, Roma, 2006.

e che fa guardare con preoccupazione alla presa di coscienza delle effettive modalità attraverso cui si attua la reificazione del corpo. Tale ‘scoperta’, infatti, correbbe il rischio di ostacolare l’operatività dell’agire tecnico¹⁶.

Queste considerazioni trovano una stimolante corrispondenza con quanto osservato da Luigi Lombardi Vallauri circa le teorie sullo statuto dell’embrione. Il filosofo del diritto, infatti, vede nell’ ‘adulthood’ la base concettuale che accomuna le prospettive di chi afferma e di chi nega il carattere personale dell’embrione¹⁷.

Per ‘adulthood’ si intende quell’atteggiamento per cui l’embrione conta meno dell’adulto perché è embrione e non adulto. Le giustificazioni possono essere varie: da quella offerta dalla teoria soggettiva della minore malizia dell’atto di chi lede un embrione rispetto all’atto di chi lede un adulto, a quella offerta dalla teoria oggettiva del minor valore della vita meno vissuta, nelle sue varianti (vita meno vissuta come minore desiderio di vivere; vita meno vissuta come minore relazione/importanza; vita meno vissuta come minore esperienza umana-personale), fino ad arrivare a quella offerta dalla teoria interattiva (femminista) del minor valore della vita parassitaria¹⁸.

L’autore dimostra nel suo scritto come “lo ‘scandalo’ dell’adulthood rimane, a carico sia dei ‘laici’ che dei ‘cattolici’. Gli uni e gli altri eludono l’imperativo di pensare coerentemente fino in fondo la propria posizione, i primi indebolendo la tutela degli adulti [differenziando la tutela fra adulti a seconda della presenza di quegli stessi fattori ritenuti rilevanti per escludere soggettività all’embrione: desiderio di vivere, capacità di relazionarsi, personalità in atto, nda], i secondi rafforzando quella degli embrioni [punendo, ad esempio, allo stesso titolo di omicidio la causazione della morte di un embrione come quella di un adulto, nda]. Entrambi si

¹⁶ G. HUBER, *Gioco dei desideri e filosofia del limite*, in S. RODOTÀ, *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp.198-209:208.

¹⁷ L. LOMBARDI VALLAURI, *L’embrione e le vite diversamente importanti*, in S. RODOTÀ, *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp. 361-373. Per una ricostruzione del pensiero dell’autore sul tema, cfr. L. RUARO, *Lo statuto dell’embrione umano nel pensiero del prof. Luigi Lombardi Vallauri. Storia di un itinerario filosofico*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 2, 2009, pp. 245-289.

¹⁸ L. LOMBARDI VALLAURI, *L’embrione e le vite diversamente importanti*, in S. RODOTÀ, *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp. 361-373.

sottraggono – con il loro esplicito o implicito adultismo – all’imperativo della generalizzazione o semplicemente della giustizia formale: trattare ugualmente gli eguali. Entrambi trattano peggio gli embrioni”¹⁹.

Lombardi Vallauri considera l’embrione, fin dallo stadio dello zigote, un individuo in atto, in quanto unità indivisibile sia sincronicamente (a dividerlo, muore), che dia cronicamente (a tutelarlo ‘dopo’, avendolo soppresso ‘prima’, non vive). “Essere indivisibili in questo doppio senso significa appunto essere in-dividui”²⁰. L’embrione è quell’individuo la cui vita è quella di uomo, quindi è un individuo uomo. Non è un individuo uomo in potenza, è in potenza un bambino, un adulto, ma non è in potenza un individuo uomo. Questo lo è in atto e non potrà mai diventarlo più di quanto già lo sia. “Quindi ha i diritti dell’uomo adeguati alla sua fase di sviluppo (primo, ovviamente, il diritto alla vita) e via via acquisisce gli altri”²¹.

Quanto poi alla possibilità di trasporre questa ontologia del nascituro sul piano giuridico, l’autore osserva altrove come la traduzione dell’etica in diritto non sia automatica, in quanto occorre tenere conto delle specificità del diritto (che, a seconda dei casi, può essere più o meno esigente dell’etica) e delle procedure democratiche. Di fronte alla impossibilità di raccogliere un consenso unanime, l’etica e il diritto a tutela dell’embrione non possono che attestarsi nelle nostre società come un’etica e un diritto “dolorosamente perplessi”²².

Rileva Huber come il coraggio etico consista nell’affrontare la violenza dei desideri degli individui, di costruire e esplicitare i conflitti che li caratterizzano, di modo che si possa verificare se le procedure democratiche proteggono la dignità umana. Il gioco dei desideri è un gioco con il limite. “Esiste ancora un limite tra il piacere del proprio corpo e il piacere astratto del mercato [nonché, si aggiunga, della tecno-scienza]. In che modo lo concepiremo?”²³

¹⁹ *Ibidem*, p. 373.

²⁰ *Ibidem*, p. 361.

²¹ *Ibidem*.

²² Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Riduzionismo e oltre. Dispense di filosofia per il diritto*, Cedam, Padova, 2002.

²³ G. HUBER, *Gioco dei desideri e filosofia del limite*, in S. RODOTÀ, *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp.198-209:209.

PARTE SECONDA
QUESTIONI BIOETICHE DI FINE VITA

CAPITOLO PRIMO

IL CASO WELBY L'AUTODETERMINAZIONE DEL PAZIENTE COSCIENTE

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il principio di autodeterminazione vale e non vale – 3. I trattamenti sanitari non rifiutabili: fallacia di una specificazione – 4. Gli *endoxa* biogiuridici di riferimento: loro vaghezza e loro mancato riconoscimento – 5. L'impossibile tutela civile del diritto all'autodeterminazione – 6. La possibile (indiretta) tutela penale del diritto all'autodeterminazione

1. Introduzione

In questa seconda parte della tesi, dedicata alle questioni bioetiche di fine vita, ci si propone di trattare il diritto al rifiuto delle cure nelle fasi terminali della vita umana, affrontando, in particolare, il caso Welby, relativo all'autodeterminazione terapeutica del paziente cosciente, e il caso Englaro, relativo all'autodeterminazione terapeutica del paziente incosciente. Attraverso l'esame delle molte pronunce giurisprudenziali che hanno interessato queste due vicende giudiziarie e gli opportuni richiami a normativa e dottrina di riferimento, le problematiche giuridiche sollevate verranno collocate all'interno della cornice normativa (di *ius positum* o *ius condendum*?) del cd. testamento biologico.

Pur non essendo stato redatto né da Piergiorgio Welby, né da Eluana Englaro, infatti, il testamento biologico è stato argomento speso nel dibattito sui loro casi giudiziari e, soprattutto, nelle relative pronunce giudiziali. Tornerà utile, allora, chiarire come alcuni studiosi parlino di direttive anticipate di trattamento sanitario in termini di *ius positum* e altri di *ius condendum*, con uno sguardo ad alcuni significativi disegni di legge in merito.

L'analisi giuridica vorrà essere poi arricchita da spunti riflessione critica, che evidenzino come la logica cui rispondono questi casi e le discussioni sulle direttive anticipate di trattamento sanitario sia quella di una (ri)costruzione della volontà individuale: le opzioni del paziente sulle cure vengono intese come un oggetto passibile di documentazione e ricostruzione ermeneutica, secondo uno stilema og-

gettivistico e razionalistico di interpretazione della realtà, tipico della mentalità moderna. Nel dibattito biogiuridico la nozione di testamento biologico sembra lentamente scivolare da quella di direttive di trattamento sanitario scritte a quella di direttive (anche) meramente orali, con le problematiche giusfilosofiche messe in evidenza, in particolare, dal caso Englaro.

Ciò che più interessa è evidenziare come il procedimento ermeneutico-ricostruttivo della volontà del paziente, operato da terzi (il medico, il tutore, il giudice...) possa oscillare fra i due poli della mera scoperta di un *quid* esistente e documentato e della invenzione *ex novo* di un *quid* presunto da generiche indicazioni del malato.

Si cominci il percorso, allora, prendendo le mosse dal tema della rinuncia consapevole ai trattamenti sanitari¹. Si guarderà, in particolare, all'ordinanza del Tribunale civile di Roma del 16.12.2006 sul caso Welby, pronuncia dalla motivazione molto criticata e riconosciuta da più parti come incongrua². La decisione giudiziale che si esaminerà è solo un tassello della complessa vicenda di Piergiorgio Welby, che ha avuto un forte impatto emotivo e un'ampia risonanza presso l'opinione pubblica e nel dibattito politico. Si tratta, è vero, di un solo 'fotogramma', ma particolarmente eloquente, in quanto vi si può scorgere gran parte di quel carico giuridico-culturale che, attraverso i suoi 'luoghi comuni', alimenta la pre-comprensione dell'interprete rispetto ai problemi bioetici³.

¹ Per una riflessione bioetica generale, cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, 24 ottobre 2008, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2008,

http://www.governo.it/bioetica/testi/Rifiuto_postille_9_11_088.pdf.

Per una introduzione all'attuale dibattito in tema di scelte di fine vita, cfr. L. D'AVACK, *Le scelte di fine vita tra etica e diritto*, in L. D'AVACK, F. RICCOBONO, a cura di, *Equità e ragionevolezza nell'attuazione dei diritti*, Guida, Napoli, 2004, pp. 9-40.

² Fra i tanti, di "soluzioni tecnicamente erranee", "motivazioni incoerenti" e "aporie" parla Antonio Lamorgese (A. LAMORGESE, *Ancora sul "caso Welby" (ovvero, i ritardi della giurisprudenza nel riconoscimento dei diritti della persona)*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2007, pp. 327-336:329); di conclusione "contraddittoria" parla Paolo Becchi (P. BECCHI, *La vicenda Welby: un caso al limite della denegata giustizia*, in *Ragion pratica*, n. 1, 2007, pp. 299-312:311).

³ Un commentatore dell'ordinanza parla di "pre-giudizio, inteso come preventiva assunzione di un quadro di interessi e valori condizionante la sfera cognitiva (anche e soprattutto nel momento dell'interpretazione del dettato legislativo) e quindi quella decisionale" che "condiziona in modo rilevante l'argomentazione giuridica e l'apprestamento della soluzione" (G.M. SALERNO, *Il rinvio della questione alla Consulta poteva essere la soluzione appropriata*, in *Guida al diritto*, n. 1, 6.1.2007, pp. 46-50:46).

2. Il principio di autodeterminazione vale e non vale

Il 15 dicembre 2006 il Tribunale civile di Roma emette un'ordinanza, depositata il giorno successivo, con cui rigetta in rito il ricorso cautelare proposto da Piergiorgio Welby nei confronti della struttura sanitaria privata che l'aveva preso in carico come paziente e del suo medico curante. Il ricorrente, affetto da anni da una grave forma di distrofia e ormai immobilizzato dalla malattia, chiede al giudice (*ante causam* ai sensi dell'art. 669 *ter* c.p.c. e d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c.) di ordinare ai sanitari di procedere al distacco, sotto sedazione terminale, del ventilatore polmonare che lo tiene in vita. Il giudice dichiara il ricorso inammissibile, stante l'insussistenza di una tutela tipica da far valere nel giudizio di merito e la conseguente inammissibilità dell'azione cautelare. Tale azione, in quanto rivolta ad anticipare irreversibilmente gli effetti del giudizio di merito, non avrebbe rispettato quella strumentalità nei confronti del successivo giudizio di merito e quella provvisorietà che dovrebbero caratterizzare ogni provvedimento cautelare.

La questione sollevata dal caso concerne la problematica e antinomica “compresenza, all'interno del nostro sistema giuridico, accanto alla regola dell'autonomia e della libertà del volere del paziente, del principio di indisponibilità del bene della vita, capace di disporsi quale limite insuperabile rispetto all'esercizio ed alla attuazione di quella libertà”⁴.

La parte dell'ordinanza che appare più interessante è quella del “ritenuto in diritto”. Secondo quella che si può definire ‘retorica della motivazione’ (atta a superare l'obiezione del dubbio generico dell'uditorio)⁵, il giudice si accinge a “produrre una vera e propria premessa retorica e mostrare che essa è in grado di scac-

⁴ G. IADECOLA, *Qualche riflessione sul piano giuridico e deontologico a margine del “caso Welby”*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 4, 2007, pp. 1002-1007:1004.

⁵ Cfr. F. CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in F. CAVALLA, a cura di, *Retorica processo verità. Principi di filosofia forense*, Franco Angeli, Milano, 2007, pp. 17-84. In questo saggio l'Autore propone uno schema del discorso retorico in base al quale l'orazione si costruisce superando una serie di obiezioni successive e sempre più stringenti, da quella più elementare di *trascuranza* (vincibile attraverso la retorica estetica), attraverso quella di *ignoranza* (vincibile attraverso la retorica didascalica) e poi del *dubbio generico* (vincibile attraverso la retorica della motivazione), fino a quella del *dubbio specifico* (vincibile attraverso la retorica confutatoria).

ciare le altre, ipoteticamente possibili nel contesto, in modo da apparire l'unica possibile" e a "precisare le ragioni per cui la premessa proposta appare idonea, e preferibile ad altre possibili, per risolvere il caso in discussione"⁶. La premessa che il giudice si premura di richiamare è la vigenza nel nostro ordinamento del principio di autodeterminazione terapeutica e del consenso informato, il quale "permette alla persona (...) di decidere autonomamente e consapevolmente se effettuare o meno un determinato trattamento sanitario e di riappropriarsi della decisione sul se ed a quali cure sottoporsi"⁷.

A supporto della affermazione del principio vengono riportate numerose e autorevoli testimonianze, i *loci extrinseci* di ciceroniana memoria⁸: vengono richiamati gli artt. 2, 13 e 32 Cost. (il cui combinato disposto prevede il diritto fondamentale di ciascuno a non essere sottoposto a trattamenti sanitari contro la propria volontà, pena la violazione della dignità e libertà personali), la giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale (che ha esteso il principio a "qualsiasi atto invasivo della sfera fisica, sia di natura terapeutica che non terapeutica"⁹), la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la Convenzione europea di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 1997 (ratificata con la l. 145/2001), il Codice di deontologia medica, nonché molte leggi speciali (*in primis* quella istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale).

Segue una parte dell'ordinanza in cui viene ribadita l'*estensione* del principio a *tutti* gli atti medici, compresi quelli ccdd. salva-vita e quelli che siano previsti o prevedibili al momento della prestazione del consenso/dissenso. Per i primi si fa appello alla giurisprudenza della Cassazione (in particolare, a Cass. Pen., sez. I,

⁶ *Ibidem*, p. 51. In genere la motivazione dei provvedimenti giudiziari procede principalmente a partire dalla soluzione della terza obiezione, avendo le precedenti fasi processuali già contribuito a dare ragione della rilevanza della causa, superando così la prima obiezione, e a istruirla, superando così la seconda obiezione (suggestivo l'accostamento che ne esce del sostantivo 'istruzione' in senso tecnico giuridico con l'aggettivo 'didascalico', con cui Francesco Cavalla qualifica la retorica atta a vincere l'obiezione di ignoranza, che sono entrambi termini appartenenti all'area semantica dell' 'insegnare').

⁷ Trib. Roma, Sez. I civ., ord. 16.12.2006, Welby c. Antea Associazione Onlus e G. C., in *Guida al diritto*, n. 1, 6.1.2007, pp. 32-36:34.

⁸ Cfr. CICERONE, *Topica*, 8; CICERONE, *De oratore*, 2, 39.

⁹ Trib. Roma, Sez. I civ., ord. 16.12.2006, Welby c. Antea Associazione Onlus e G. C., in *Guida al diritto*, n. 1, 6.1.2007, pp. 32-36:34, in riferimento a Corte Cost., sent. 9.7.1996, n. 238 e Cass. civ., Sez. I, sent. 24.2.1997, n. 1661.

sent. 11.7.2002, n. 26646), per i secondi al Codice di Deontologia medica (art. 34), alla Convenzione di Oviedo (art. 9) e al parere del Comitato Nazionale per la Bioetica del 18 dicembre 2003 sulle direttive anticipate di trattamento sanitario, i quali, nel loro complesso, prevedono che il medico debba tenere conto, nel sottoporre a trattamenti sanitari un paziente in stato di incoscienza, dei desideri da questi precedentemente manifestati.

Se per ‘luoghi comuni’ (o *endoxa*) intendiamo, secondo la lezione aristotelica, le opinioni notevoli professate dai più numerosi o autorevoli¹⁰, oppure, secondo una definizione contemporanea, quelle opinioni di cui “si può presumere un riconoscimento obbligato da parte dell’interlocutore”¹¹, si vede come la premessa venga abilmente costruita utilizzando molti luoghi comuni tra loro concordanti: dalle opinioni giurisprudenziali, al parere di un organo consultivo di spiccata autorevolezza (come il CNB), al dettato della legge nazionale e internazionale¹².

Ecco il sillogismo argomentativo che si sviluppa da tale premessa¹³: “ritiene il giudicante, alla stregua dei principi sopra richiamati [relativi alla affermazione del diritto di autodeterminazione terapeutica, nda], e considerati i seguenti elementi [relativi alla estensione del diritto, nda],” che “non possa negarsi la rilevanza centrale assunta dal consenso informato del paziente e la *positivizzazione* del principio dell’autodeterminazione in ordine ai trattamenti sanitari nella sua *massima espansione*, fino a comprendere il diritto di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico e terapia, di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere

¹⁰ Cfr. ARISTOTELE, *Sophistici elenchi*, 2, 165 b, 1-7; ARISTOTELE, *Topica*, 101a 11-13.

¹¹ G.M. AZZONI, *Endoxa e fonti del diritto*, in G.A. FERRARI, M. MANZIN, a cura di, *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Acta methodologica, 1, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 123-155:125.

¹² Cicerone annovera il ricorso alla *lex*, definita *testis ac adiutrix*, fra i luoghi estrinseci (CICERONE, *Topica*, 95-96). Si può notare allora come i *loci extrinseci* assumano lo stesso significato e la stessa nozione dei luoghi notevoli (cfr. F. CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in F. CAVALLA, a cura di, *Retorica processo verità. Principi di filosofia forense*, Franco Angeli, Milano, 2007, pp. 17-84:51).

¹³ Il sillogismo, secondo Aristotele, è “un *logos* che si compone di più elementi, organizzati in modo tale che da loro o per mezzo di loro deriva un qualche risultato che è diverso rispetto a quanto lo precede” (S. FUSELLI, *Verità ed opinione nel ragionamento giudiziale. A partire da un confronto con Aristotele e Hume*, in F. CAVALLA, a cura di, *Retorica processo verità. Principi di filosofia forense*, Franco Angeli, Milano, 2007, pp. 255-297:271).

consapevolmente di rifiutare la terapia, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale”¹⁴.

Fin qui il discorso del giudice civile appare condivisibile, rispettoso di quei criteri logici (che presiedono alla formazione tanto del sillogismo scientifico quanto di quello retorico) facenti capo all’impiego del principio di non contraddizione e del principio di identità. Tuttavia, nel prosieguo della motivazione, accade che questi stessi criteri non vengano rispettati e che perciò l’esposizione risulti contraddittoria.

La parte seguente dell’ordinanza, infatti, si apre con un’affermazione che si oppone logicamente a quanto detto poco prima sulla *positivizzazione e massima estensione* del principio di autodeterminazione: “appare non discutibile che [l’ordinamento giuridico] non preveda 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 riguardi il rifiuto o l’interruzione di trattamenti medici di mantenimento in vita del paziente”¹⁵. Comparando la conclusione raggiunta precedentemente con questa nuova affermazione si constata che le due proposizioni “tutti i trattamenti medici sono rifiutabili dal paziente” e “non tutti i trattamenti medici sono rifiutabili dal paziente” risultano in aperta violazione del principio di non contraddizione, in base al quale non è possibile nel medesimo tempo e sotto il medesimo riguardo affermare e negare un certo predicato rispetto a uno stesso soggetto¹⁶.

Infatti, individuate previamente una regola assoluta (quella della autodeterminazione terapeutica) e una classe (quella dei ‘trattamenti sanitari’) per cui vale quella regola, si delinea ora una sottoclasse derivata dalla prima (quella dei ‘trattamenti medici di mantenimento in vita del paziente terminale’) per cui quella

¹⁴ Trib. Roma, Sez. I civ., ord. 16.12.2006, Welby c. Antea Associazione Onlus e G. C., in *Guida al diritto*, n. 1, 6.1.2007, pp.32-36:35. Corsivi di chi scrive.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Il principio di non contraddizione è così definito da Aristotele nel libro IV della *Metafisica* (cfr. ARISTOTELE, *Metafisica*, 1005b 8-34). Per una applicazione di tale principio al discorso forense, cfr. C. SARRA, *La dimostrazione retorica: analisi di un’arringa contemporanea*, in F. CAVALLA, a cura di, *Retorica processo verità. Principi di filosofia forense*, Franco Angeli, Milano, 2007, pp. 133-158:153.

stessa regola assoluta pare non debba valere. Il sillogismo sotteso a questa operazione sembrerebbe essere il seguente: “*se* il principio di autodeterminazione vige per tutti gli atti medici, *allora* non vige nel caso di atti medici di mantenimento in vita in fase terminale”.

Tale deduzione retorica non rispetta quel rapporto forte di inclusione che deve intercorrere fra la generalizzazione della premessa e il caso particolare nella conclusione affinché il giudizio si dia come *vero* (in quel contesto specifico) e *certo* (non smentibile)¹⁷. Della classe generale “tutti i trattamenti medici” il giudice ha predicato una serie di proprietà (l’essere: di natura medica, invasivi della sfera fisica, indifferentemente di natura terapeutica e non terapeutica), che caratterizzano anche la sottoclasse ritagliata successivamente dei “trattamenti medici vitali in fase terminale”, a eccezione della proprietà dell’essere rifiutabili sulla base del consenso informato, che dovrebbe valere per la prima, ma non per la seconda, senza che si esplicitino le ragioni di una tale diversità.

3. *I trattamenti sanitari non rifiutabili: fallacia di una specificazione*

Secondo Chaim Perelman “quando due fenomeni vengono sussunti sotto uno stesso concetto, la loro assimilazione sembra risultare dalla natura stessa delle cose, mentre la loro differenziazione sembra avere bisogno di essere giustificata”¹⁸.

Nell’ordinanza, invece, non vi è nulla di convincente, dal punto di vista argomentativo, che specifichi la sottoclasse, denotandone il *proprium* (in senso aristotelico) rispetto alla classe, e che giustifichi il trattamento differenziato a cui dovrebbe essere sottoposta. La specificazione risulta fallace sotto più punti di vista: è mal costruito il tradizionale argomento *a contrario* che consentirebbe di giustificare la non applicazione di quanto è stato affermato per una specie particolare a un’altra specie dello stesso genere; non viene adottata la tecnica di stagliare la sottoclasse come *eccezione* rispetto alla regola della autodeterminazione, precisando

¹⁷ Cfr. F. CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in F. CAVALLA, a cura di, *Retorica processo verità. Principi di filosofia forense*, Franco Angeli, Milano, 2007, pp. 17-84:64; F. CAVALLA, voce *Logica giuridica*, in *Enciclopedia filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, pp. 6635-6638.

¹⁸ C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell’argomentazione: la nuova retorica*, Einaudi, Torino, 2001, p. 376.

le categorie di eventi per i quali quella regola generale non dovrebbe essere applicabile; non viene utilizzata neppure la tecnica della *dissociazione*, che, con la creazione di nuove nozioni (nel nostro caso, la possibile distinzione tra la nozione di ‘trattamenti terapeutici’, rifiutabili, e quella di ‘cure assistenziali’, non rifiutabili), permetterebbe di addivenire a una soluzione valida anche per i casi futuri perché “ristrutturando la nostra concezione del reale, essa impedisce il riapparire della stessa incompatibilità”¹⁹.

Il ricorso al principio di indisponibilità della vita, operato dal giudice sulla base di vari *loci extrinseci* che si esamineranno, non sembra comportare necessariamente la distinzione tracciata fra classe e sottoclasse: l’art. 5 c.c. richiamato, che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo tali da determinare un danno permanente, dovrebbe coerentemente applicarsi a tutta la categoria ‘trattamenti medici’, quando, invece, proprio la giurisprudenza cui il giudice stesso fa riferimento a supporto del principio di autodeterminazione ne ha escluso la rilevanza nei casi (considerati leciti) di rifiuto di trattamenti salva-vita, come emotrasfusioni e amputazioni di arti in cancrena; gli artt. 579 e 580 c.p. citati, che puniscono l’omicidio del consenziente e l’aiuto al suicidio (a prescindere dalla controversa questione di *quali* condotte del medico che rispetti il rifiuto di cure da parte del paziente vi siano suscettibili)²⁰, sono disposizioni di legge ordinaria, che non possono scavalcare principi di rango costituzionale, come pare essere, per ammissione del giudice stesso, il principio di autodeterminazione (al più, avrebbe potuto il giudicante fondare il principio di indisponibilità della vita sull’art. 2 Cost. e poi operare un bilanciamento di interessi con l’altro principio di pari rango, ma di una tale argomentazione non vi è segno nell’ordinanza); l’appello al “preciso obbligo

¹⁹ *Ibidem*, p. 435. Per l’argomento *a contrario* e per la costruzione dell’eccezione, *ibidem*, p. 254 e pp. 375-376, rispettivamente.

²⁰ Cfr. F. VIGANÒ, *Esiste un “diritto a essere lasciati morire in pace”? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Diritto penale e processo*, n. 1, 2007, pp. 5-10. Nell’editoriale della rivista, l’Autore sostiene che lo spegnimento del respiratore automatico nel caso di Welby vada qualificato giuridicamente come un’omissione (dell’ulteriore trattamento), pur attuata tramite una condotta naturalisticamente attiva. Sul fatto che l’omicidio del consenziente non possa essere compiuto attraverso condotte giuridicamente omissive, M. RONCO, S. ARDIZZONE, *Codice penale ipertestuale: commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, Utet, Torino, 2003, pp. 1987-1992.

giuridico di garanzia del medico di curare e mantenere in vita il paziente²¹ si risolve in una affermazione assiomatica che nasconde la diversità di vedute presenti in dottrina sulla ricostruzione della posizione di garanzia del medico (tutt'altro che univoca) e, di conseguenza, non motiva l'accoglimento della particolare (seppure tradizionalmente dominante) tesi assunta per valida²².

A stagiare univocamente la sottoclasse rispetto alla classe non vale nemmeno la proprietà di essere atti medici necessari in fase *terminale*: qui il giudicante sottace la problematica definizione del concetto di terminalità. In alcuni ordinamenti stranieri si è provveduto a qualificare giuridicamente la terminalità come la condizione di prossimità alla morte per cui, in assenza di macchine di sostegno vitale, si perviene al decesso in tempi ragionevolmente brevi²³. Nel nostro ordinamento non è pacifico che si possa parlare di terminalità in caso di mantenimento in vita attraverso l'alimentazione, l'idratazione e la respirazione artificiali²⁴. Francamente, pe-

²¹ Trib. Roma, Sez. I civ., ord. 16.12.2006, Welby c. Antea Associazione Onlus e G. C., in *Guida al diritto*, n. 1, 6.1.2007, pp. 32-36:35.

²² Il giudicante sembra far propria l'opinione secondo cui il sanitario è titolare di un dovere di intervento a salvaguardia della vita e della salute che non può subire condizionamenti dalla contraria volontà del paziente e secondo cui il paziente non può esercitare il preteso diritto di lasciarsi morire proprio al cospetto del sanitario costituito garante della sua salute. Anche se il paziente ben può farsi morire nell'intimità del suo domicilio (il suicidio è un'opzione individuale che resta incoercibile), egli non può pretenderlo all'interno di un presidio pubblico ospedaliero, dato che il medico non può, senza incorrere in responsabilità penali, trascurare l'attuazione di quegli obblighi di garanzia che ineriscono alla posizione ricoperta. Per una ricostruzione in tal senso dell'obbligo di garanzia del medico, cfr. G. IADECOLA, *Note critiche in tema di "testamento biologico"*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2003, pp. 473-483.

Vi è, tuttavia, un'altra corrente di pensiero, secondo cui il sanitario ha il dovere di intervenire a soccorso del paziente non tanto in senso materiale, somministrando terapie, quanto in senso giuridico, instaurando un rapporto terapeutico. Secondo questa impostazione, l'obbligo di garanzia del medico è di entrare in relazione col paziente per evitare che una persona in condizioni di bisogno non abbia un professionista che l'assisti a tutela del suo diritto alla salute (fisica e psichica). Questo è l'evento che il medico è chiamato ad evitare, non le conseguenze materiali delle libere scelte del paziente, il cui diritto a vedere rispettata la propria volontà, anche se orientata nel senso di lasciarsi morire, non contrasta con i poteri-doveri del medico di curare. Per una tale ricostruzione, cfr. A. SANTOSUOSSO, *Situazioni giuridiche critiche nel rapporto medico-paziente: una ricostruzione giuridica*, in *Politica del diritto*, n. 2, 1990, pp. 181-216:192-193.

²³ Cfr. gli statunitensi *Natural Death Act* della California del 1976, sez. 7187 (il cui testo integrale è reperibile in *Rivista di Diritto Civile*, 1977, p. 85 e ss.) e lo *Uniform Rights of the Terminally Ill Act* (URTIA) del 1989, costituente una direttiva per tutti gli Stati dell'Unione (il cui testo integrale è reperibile sul sito:

www.nccusl.org/nccusl/uniformact_summaries/uniformacts-s-urortia1989.asp).

²⁴ Ad esempio, mentre nella definizione legale di *terminal condition* operante negli USA rientra lo stato vegetativo persistente (SVP), in Europa, secondo alcuni, il paziente in SVP non potrebbe essere considerato prossimo alla morte o in una condizione terminale perché, se debitamente assistito, può sopravvivere anche molti anni (cfr. A. SANTOSUOSSO, *Il paziente non cosciente e le*

rò, dalla ordinanza non è dato capire perché una persona nel pieno delle proprie facoltà mentali (ben diverso sarebbe il caso di un paziente in stato di incoscienza o comunque incapace di intendere e di volere) possa rifiutare i trattamenti medici salva-vita durante tutto il corso della sua esistenza, tranne che nella fase terminale²⁵.

Il tratto distintivo, forse, sarebbe stato da ricercarsi nella *natura* degli atti medici rifiutabili rispetto a quella degli atti insuscettibili di rifiuto. Nel dibattito bioetico, infatti, si rintraccia una possibile ripartizione, all'interno dell'amplessima categoria 'atti medici', fra *trattamenti terapeutici*, come tali sempre rifiutabili, e *ordinari mezzi di assistenza*, sempre doverosi e insuscettibili di rifiuto, pena la violazione della dignità stessa della persona²⁶. E non manca chi ravvisa nella nutrizione e idratazione artificiali, cui può essere accostata la respirazione automatica, *basic cares* non rifiutabili²⁷.

Di questo eventuale percorso giustificativo, tuttavia, non vi è traccia nell'ordinanza, in cui viene utilizzata indifferentemente l'espressione 'trattamenti medici' tanto per la classe che per la sottoclasse. Si sarebbe trattato di una premessa certamente più coerente rispetto alla conclusione, anche se non del tutto immune da obiezioni: infatti, la Corte Costituzionale e la Corte di Cassazione, con pronunce espressamente richiamate e accolte dal giudicante, hanno definito come

decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan, in *Foro italiano*, pt. IV, 1991, col. 66). La disparità di vedute ruota attorno alla considerazione dei trattamenti di sostegno artificiale: se in loro assenza si perviene in tempi relativamente brevi alla morte, si versa in una condizione terminale (USA) oppure no (Europa)?

²⁵ A tacer del fatto che la giurisprudenza ha chiarito che un soggetto con un arto in cancrena può legittimamente rifiutare l'amputazione che gli salverebbe la vita e che mal si comprende perché quella situazione clinica dall'esito rapidamente e sicuramente mortale non possa considerarsi una condizione terminale.

²⁶ P. CENDON et al., *Prima della morte i diritti civili dei malati terminali*, in *Politica del diritto*, n. 4, pt. II, 2002, pp. 599-698:642.

²⁷ Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'alimentazione e l'idratazione dei pazienti in stato vegetativo persistente*, 30 settembre 2005, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2005, <http://www.governo.it/bioetica/testi/PEG.pdf>. Nel documento del CNB si ritrovano anche opinioni dissenzienti rispetto alla qualificazione del sostegno vitale artificiale in termini di cure assistenziali. Tali opinioni si uniformano al parere della commissione Oleari, investita del problema del trattamento dei soggetti in SVP nel 2000 dall'allora Ministro della Sanità Umberto Veronesi e favorevole alla qualificazione dell'alimentazione e idratazione artificiali come trattamenti terapeutici (perciò rifiutabili).

rifiutabili tutti gli atti medici, terapeutici e non, invasivi della sfera fisica²⁸. A meno di non mettere in discussione la qualifica di atto *medico* della respirazione artificiale, l'*impasse* non sembrerebbe comunque superabile.

Nel percorso di analisi critica dell'ordinanza, si considereranno ora i principali argomenti giudiziali portati a sostegno della conclusione di inammissibilità del ricorso. Essi possono essere condensati in due nuclei argomentativi, che saranno designati come: l'argomento della vaghezza degli *endoxa* e l'argomento hobbesiano del 'patto senza spada'.

4. Gli *endoxa* biogiuridici di riferimento: loro vaghezza e loro mancato riconoscimento

Il dibattito in campo bioetico è intessuto di moltissimi *endoxa* che, invece di essere assunti nella trama dell'argomentare con la consapevolezza della loro utilità ma anche della loro natura di proposizioni probabili in attesa di obiettivo riscontro, vengono utilizzati senza problematizzarne la strutturale vaghezza di significato²⁹. Si tratta in questo caso di *endoxa* apparenti, di opinioni che "paiono riconosciute ma non lo sono"³⁰ e che perciò vanno a costituire la premessa di sillogismi eristici, fallaci³¹.

²⁸ Cfr. Corte Cost., sent. 9.7.1996, n. 238 e Cass. civ., Sez. I, sent. 24.2.1997, n. 1661.

²⁹ Enrico Berti riconosce come frequenti premesse dell'argomentazione bioetica i diritti umani (e in particolare nel diritto alla proprietà, alla salute, al lavoro, all'istruzione), qualificandoli come moderni *endoxa*, utilizzati anche dal legislatore, ad esempio nelle ccdd. Carte dei Diritti (cfr. E. BERTI, *L'etica alla ricerca della persona*, in *Il Mulino*, n. 336, luglio-agosto 1991, pp. 579-588; E. BERTI, *Il metodo dialettico confutatorio nella filosofia pratica*, in E. BERTI, *Soggetti di responsabilità. Questioni di filosofia pratica*, Diabasis, Reggio Emilia, 1993, pp. 97-116).

Analogamente Francesca Zanuso coglie nel dibattito bioetico la presenza di quattro *endoxa* principali: quello della oggettività della scienza (il discorso scientifico è davvero oggettivo?), quello del rispetto dei diritti umani (cosa intendere per diritto? Cosa per uomo: atomo irrelato o parte della collettività?), quello del valore della persona (ci sono caratteristiche che rendono l'individuo persona?), quello della autonomia della persona (quale autonomia: calcolante/utilitaristica o kantiana?). L'opera dell'Autrice servirà da guida per il reperimento degli *endoxa* bioetici nell'ordinanza in esame (cfr. F. ZANUSO, *Neminem laedere. Verità e persuasione nel dibattito bio-giuridico*, Cedam, Padova, 2005).

³⁰ ARISTOTELE, *Topica*, 100b 24-25.

³¹ Cfr. G.M. AZZONI, *Endoxa e fonti del diritto*, in G. A. FERRARI, M. MANZIN, a cura di, *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 123-155:127 e F. ZANUSO, *Neminem laedere. Verità e persuasione nel dibattito bio-giuridico*, Cedam, Padova, 2005, pp. 11-12.

Il giudice riconosce la natura apparente di tali luoghi comuni nella discussione bioetica: li definisce come “principî incerti ed evanescenti”, per i quali “manca una definizione condivisa ed accettata”, che, pur ispirandosi a ideali “di altissimo contenuto morale e di civiltà e di intensa forza evocativa”, tuttavia sono “indeterminati”, e li identifica nei concetti di dignità della persona, insostenibilità della qualità della vita, futilità e sproporzionalità del trattamento terapeutico, degradazione del soggetto a oggetto³². Si tratta di proprietà tutte predicabili del più ampio concetto di accanimento terapeutico, che, data la vaghezza di significato dei suoi elementi costitutivi, non può che risultare anch’esso indeterminato.

Proprio sulla ambiguità della nozione di accanimento terapeutico, e la conseguente impossibilità di specificarne il pur indiscusso divieto, fa leva il giudicante per affermare che, in assenza nella legislazione vigente di linee-guida “di natura tecnica ed empirica di orientamento dei comportamenti dei medici che, in definitiva, riempiano di contenuti il divieto di accanimento terapeutico ed il correlativo diritto a far cessare l’accanimento stesso con la richiesta di interruzione della terapia di sostentamento vitale”, non è data al giudice la possibilità di colmare la lacuna dell’ordinamento, nemmeno attraverso il ricorso all’*analogia legis* o *iuris*³³.

Il giudice si avvale della dichiarazione della vaghezza di un *endoxon* (il divieto di accanimento terapeutico) per pronunciare il suo *non liquet*, tuttavia la sua deci-

³² Trib. Roma, Sez. I civ., ord. 16.12.2006, Welby c. Antea Associazione Onlus e G. C., in *Guida al diritto*, n. 1, 6.1.2007, pp. 32-36:35.

³³ *Ibidem*, p. 36. Da sottolineare che vi è chi ritiene del tutto fuorviante discutere di accanimento terapeutico nel caso in esame: Francesco Viganò sostiene che “nel caso di Welby il punto in discussione era tutt’affatto diverso: ed era quello di chiarire se un paziente capace di autodeterminarsi abbia, o meno, il diritto di rifiutare un determinato trattamento, *anche se per avventura considerato appropriato* dal punto di vista della scienza medica, e comunemente praticato ai pazienti nelle sue medesime condizioni (com’è, per l’appunto, il caso della respirazione assistita)” (F. VIGANÒ, *Esiste un “diritto a essere lasciati morire in pace”? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Diritto penale e processo*, n. 1, 2007, pp. 5-10:9); dello stesso avviso Paolo Becchi, che parla di ‘deragliamento’ del giudice sul tema dell’accanimento terapeutico e secondo cui “nel caso di specie, non sussistendo del trattamento obbligatorio i presupposti di legge, suddetto trattamento si configura non come accanimento terapeutico, bensì come coazione terapeutica” (P. BECCHI, *La vicenda Welby: un caso al limite della denegata giustizia*, in *Ragion pratica*, n. 1, 2007, pp. 299-312:311).

sione implica il misconoscimento della vaghezza di almeno altri due *endoxa* apparenti: quello dell'autonomia individuale e quello dell'indisponibilità della vita³⁴.

Con il concetto di autonomia individuale, lo si è già evidenziato, si fa comunemente riferimento alla capacità di autodeterminarsi, cioè alla capacità di scegliere propria di un soggetto responsabile, ma lo si fa senza mai chiarire in cosa debba consistere questa capacità di scelta e quale debba essere il criterio in base al quale prendere una decisione e rispondere di essa di fronte agli altri. Il reale significato dell'autoregolarsi dipende dalla valenza che si attribuisce a quell'*auto* e a quel *nomos*, valenza che cambia sensibilmente a seconda della concezione antropologica adottata (se, ad esempio, quella utilitaristica che fa capo ad una morale edonistica, o quella kantiana che fa capo ad una morale categorica)³⁵. Così, mancando un chiarimento di tali presupposti, la nozione di autonomia individuale resta vaga e ambigua.

Con il concetto di indisponibilità della vita si fa comunemente riferimento alla intangibilità della esistenza umana, ma senza chiarire quale vita si intenda fare oggetto di tutela, se anche la mera sopravvivenza biologica o solo l'esistenza caratterizzata da un certo (buon) grado di efficienza fisica e intellettuale³⁶. Ecco allora profilarsi un'altra contraddizione logica all'interno del discorso giudiziale, da cui si evince che la vaghezza dei concetti bioetici di riferimento, contemporaneamente e nello stesso contesto, debba (nel caso dell'accanimento terapeutico) e non debba (nel caso dell'autonomia e della indisponibilità della vita) essere presa in considerazione.

Nella decisione, inoltre, risulta operante un altro *endoxon*, quello della presunta oggettività della scienza, una "convinzione comprensibile, ma ingenua, frutto di

³⁴ Individua, sebbene con altri termini, gli stessi due corni del dilemma anche Francesco Viganò, laddove propone come soluzione al problema del rifiuto dei trattamenti salva-vita il bilanciamento de "il diritto all'autodeterminazione in materia sanitaria e all'invulnerabilità del proprio corpo con il valore (oggettivo e sovraindividuale) attribuito alla vita umana" (F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?* Considerazioni in margine al caso Welby, in *Diritto penale e processo*, n. 1, 2007, pp. 5-10:9).

³⁵ F. ZANUSO, *Neminem laedere. Verità e persuasione nel dibattito bio-giuridico*, Cedam, Padova, 2005, p. 105 e ss.. Si segnala che, nonostante le rilevanti differenze, morale utilitaristica e kantiana condividono basi razionalistiche e individualistiche.

³⁶ Si tratta del noto dilemma fra sacralità della vita e qualità della vita, che generalmente vede schierarsi a favore della prima l'etica cattolica e a favore della seconda l'etica laica.

un malinteso insito nel concetto di scienza tipico della nostra cultura occidentale: immediatamente si pensa di cercare un limite che abbia il carattere della oggettività e si presume, inoltre, che esso possa essere offerto dallo stesso scienziato, con una descrizione puntuale e oggettiva del fenomeno-vita [nel nostro caso, del fenomeno accanimento terapeutico, nda]³⁷. La pronuncia risulta vittima di questo pregiudizio di matrice razionalistica, come testimoniano le righe conclusive, in cui si rivolge un invito al legislatore a colmare la lacuna normativa “anche sulla base di solidi e condivisi presupposti scientifici”³⁸, nel convincimento che per stabilire se un intervento medico sia appropriato o meno sia possibile e sufficiente richiamarsi ad una regola generale quasi matematica, da cui dedurre il comportamento adeguato³⁹.

Si vede come, nell’argomentare giudiziale, si colgano qui e lì indizi di quel paradigma moderno, razionalistico volontaristico ed individualistico, di cui è testimonianza anche l’ulteriore argomento che il giudice porta a sostegno della sua decisione, quello del ‘patto senza spada’.

5. *L'impossibile tutela civile del diritto all'autodeterminazione*

“Siccome un diritto può dirsi effettivo e tutelato solo se l’ordinamento positivamente per esso prevede la possibilità coattiva della pretesa”, allora il diritto del ricorrente di richiedere la interruzione della respirazione assistita sotto sedazione “deve ritenersi sussistente ... ma ... non concretamente tutelato dall’ordinamento”⁴⁰. Questo è il sillogismo che si evince dall’ultima parte dell’ordinanza, la cui premessa risponde ad una visione fortemente sanzionatoria del diritto, di stampo kelseniano, che affonda le proprie radici nella tradizione giuridica dell’età moderna.

³⁷ F. ZANUSO, *Neminem laedere. Verità e persuasione nel dibattito bio-giuridico*, Cedam, Padova, 2005, p. 20.

³⁸ Trib. Roma, Sez. I civ., ord. 16.12.2006, Welby c. Antea Associazione Onlus e G. C., in *Guida al diritto*, n. 1, 6.1.2007, pp. 32-36:36.

³⁹ Cfr. anche R. DI CANIO, *La “fallacia oggettivistica” nel caso Welby*, in *Bioetica*, n. 2, 2007, pp. 65-75.

⁴⁰ Trib. Roma, Sez. I civ., ord. 16.12.2006, Welby c. Antea Associazione Onlus e G. C., in *Guida al diritto*, n. 1, 6.1.2007, pp. 32-36:36.

Dice Hobbes: “Le leggi di natura (...) in se stesse, senza il terrore di qualche potere a far sì che siano osservate, sono contrarie alle passioni naturali che ci portano alla parzialità, all’orgoglio, alla vendetta e simili. I patti senza spada non sono che parole, essendo assolutamente privi della forza di dare sicurezza agli uomini”⁴¹. Quello all’autodeterminazione terapeutica pare quindi un mero ‘patto senza spada’, legato nella sua effettiva realizzazione alla volontà statale: l’ordinamento che appare come il più liberale, perché si premura di proclamare l’individuo padrone del proprio corpo e del proprio destino, è in realtà il meno liberale⁴².

Siamo di fronte a un paradosso: da un lato si proclama un diritto fondamentale del soggetto, indispensabile presidio della sua dignità e libertà; dall’altro lo si sottrae nei fatti alla disponibilità del singolo e la sua tutela viene delegata allo Stato. Chi è, allora, titolare del diritto di autodeterminazione: il singolo o lo Stato?⁴³

Il giudicante riconosce in capo al ricorrente un diritto soggettivo *perfetto* (accogliendo espressamente la giurisprudenza che così definisce l’autodeterminazione terapeutica), ma insuscettibile di tutela. Ma può essere sfornito di tutela un diritto perfetto?

Non manca chi, secondo un’impostazione tradizionale, distingue fra “diritti soggettivi direttamente tutelati” e altre situazioni variamente afferenti la persona sfornite di tutela diretta, per le quali solo impropriamente si può parlare di diritti (“i così detti diritti dei malati”)⁴⁴. Di contrario avviso chi afferma che “sul piano della teoria generale non può esistere un diritto soggettivo perfetto (come quello

⁴¹ T. HOBBS, *Leviatano*, II, XVII, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 139.

⁴² S. AMATO, *La riproduzione assistita come diritto. Riflessioni biogiuridiche*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 1, 2001, pp. 89-117:116 (in riferimento, però, al diritto alla procreazione).

⁴³ F. ZANUSO, *Neminem laedere. Verità e persuasione nel dibattito bio-giuridico*, Cedam, Padova, 2005, p. 57. L’Autrice si riferisce, nel punto citato, al diritto alla vita, ma la stessa argomentazione ben può adattarsi anche al diritto di autodeterminazione, essendo uno schema di pensiero contraddittorio che la cultura giuridica adotta nei confronti di tutti i diritti umani. Per una disamina dell’ambiguità con cui viene concepita la titolarità del diritto alla vita, si vedano: F. CAVALLA, *Diritto alla vita e diritto sulla vita: sulle origini del problema dell’eutanasia*, in G. BAX, E. BERTI, F. CASSON, *La vita: realtà e valore*, Gregoriana, Padova, 1990, pp. 169-192; P. MORO, *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2004; P. SOMMAGGIO, *Il dono preteso. Il problema del trapianto di organi: legislazione e principi*, Cedam, Padova, 2004.

⁴⁴ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 2003, p. 54, in nota.

riconosciuto in capo al ricorrente) insuscettibile di tutela, perché è proprio la possibilità di azionare la pretesa in un giudizio a qualificare la posizione di diritto soggettivo. In altri termini, un diritto soggettivo o esiste o non esiste; se esiste, non potrà non essere tutelato”. Così si esprime il PM nel reclamo proposto contro l’ordinanza in esame⁴⁵.

Il dubbio appare lecito anche considerando come lo stesso giudice ammetta la copertura costituzionale del diritto in questione, ma trascuri la possibilità offerta dalla dottrina della applicazione diretta dei diritti costituzionali nei rapporti intersoggettivi (cd. *Drittwirkung*)⁴⁶, secondo la quale “la giustiziabilità di interessi fondamentali della persona può prescindere dalla mediazione legislativa e reclamare una diretta tutela giurisdizionale affermando la precettività diretta di alcune norme costituzionali, in particolare il diritto alla salute”⁴⁷.

Nell’ordinamento italiano la suddetta dottrina, esplicitamente accolta dalla Corte Costituzionale⁴⁸, trova fondamento nel combinato disposto dell’art. 2 Cost., in cui la Repubblica è dichiarata garante dei diritti inviolabili dell’uomo, e dell’art. 24 Cost., in cui si prevede che tutti possano agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, interpretato dalla Corte Costituzionale nel senso che la giurisdizione debba assicurare la protezione di tutti i beni della vita riconosciuti dal diritto sostanziale⁴⁹.

L’obiezione sollevabile sulla base dell’applicabilità diretta delle norme costituzionali può essere fatta rientrare nella obiezione di *dubbio specifico*⁵⁰, che mira a dimostrare come la premessa costruita dal retore (nel nostro caso, l’insuscettibilità

⁴⁵ Cfr. reclamo del PM contro l’ordinanza sul caso Welby c. Antea Associazione Onlus e G. C., 19.12.2006, reperibile sul sito www.personaedanno.it.

⁴⁶ Cfr. l’articolo 1 della *Grundgesetz* della Repubblica Federale Tedesca del 1949.

⁴⁷ Reclamo del PM contro l’ordinanza sul caso Welby c. Antea Associazione Onlus e G. C., 19.12.2006, reperibile sul sito www.personaedanno.it. Nello stesso senso Francesco Viganò, secondo il quale “in ogni ordinamento costituzionale è compito della magistratura assicurare la tutela dei diritti fondamentali, anche in assenza di una legge [ordinaria, nda] che si faccia carico di tale tutela” (F. VIGANÒ, *Esiste un “diritto a essere lasciati morire in pace”? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Diritto penale e processo*, n. 1, 2007, pp. 5-10:9).

⁴⁸ Cfr. Corte Cost., sentt. 24.06.1970, n. 122 e 12.7.1979, n. 88 (sul diritto alla salute) e sentt. 28.6.1971, n. 156 e 14.6.1984, n. 177 (sul diritto alla retribuzione minima).

⁴⁹ Cfr. anche Corte Cost., sent. 30.6.1986, n. 184 (sul danno biologico).

⁵⁰ Cfr. F. CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in F. CAVALLA, a cura di, *Retorica processo verità. Principi di filosofia forense*, Franco Angeli, Milano, 2007, pp. 17-84.

di tutela del diritto di autodeterminazione) non sia *l'unica possibile*⁵¹. Per il giudice romano, la dimenticanza della possibilità di tale obiezione si rivela funzionale alla pronuncia di inammissibilità del ricorso cautelare per insussistenza di una forma di tutela tipica da far valere nel giudizio di merito, decisione che si conforma all'orientamento giurisprudenziale secondo cui anche per i provvedimenti cautelari anticipatori degli effetti della pronuncia di merito (qual è quello domandato da Welby), nei quali l'interesse delle parti può esaurirsi nell'ottenimento della cautela, permane la necessità di allegare fin dal ricorso introduttivo cautelare la domanda invocabile nel merito⁵².

6. La possibile (indiretta) tutela penale del diritto all'autodeterminazione

Il sostanziale *non liquet* della magistratura civile romana⁵³, pur comprendendo la non facile posizione di un giudice che si è ritrovato a decidere, sotto la pressione dell'opinione pubblica e nelle more di un acceso dibattito mediatico e politico, una questione tanto spinosa, sembra malcelare il diffuso atteggiamento secondo cui "il giudice italiano, piuttosto che assumere una posizione apertamente consapevole, preferisce ricorrere o far credere di essere ricorso alla cosiddetta interpretazione burocratica (che, essendo autoritativa, non richiede argomentazioni superchie)"⁵⁴.

⁵¹ L'opposizione in parola è sollevata dal PM nel reclamo contro l'ordinanza sul caso Welby c. Antea Associazione Onlus e G. C., 19.12.2006, reperibile sul sito www.personaedanno.it.

⁵² Cfr. Trib. Rovereto, 14.6.2004. In altre parole, secondo il giudice civile del caso Welby, il provvedimento richiesto dal ricorrente, una misura cautelare urgente, anticipatoria e dagli effetti irreversibili, è inammissibile. È interessante notare che il PM, nel suo parere-intervento ex art. 70 c.p.c., oppone a questa argomentazione un'obiezione specifica, che lo induce a risolversi per la parziale ammissibilità del ricorso di Welby. L'opposizione retorica del PM a sostegno della parziale ammissibilità riguarda la progressiva apertura che il sistema sembra dimostrare verso lo sganciamento della fase di tutela cautelare dal giudizio di merito, mettendo così in discussione le tradizionali categorie cautelari della provvisorietà e della strumentalità al merito. Una apertura di cui darebbe testimonianza la stessa recente riforma del codice di procedura civile (in particolare all'art. 669 *octies*, comma 6, c.p.c.), secondo una interpretazione supportata da recenti pronunce giurisprudenziali, favorevoli all'emissione di provvedimenti cautelari d'urgenza dagli effetti irreversibili (cfr. parere-intervento del PM nel giudizio Welby c. Antea Associazione Onlus e G. C., 11.12.2006, in *Bioetica*, n.1, 2007, pp. 176-181).

⁵³ In termini di denegata giustizia si esprime anche Paolo Becchi, cfr. P. BECCHI, *La vicenda Welby: un caso al limite della denegata giustizia*, in *Ragion pratica*, n. 1, 2007, pp. 299-312.

⁵⁴ U. MATTEI, *Il giudice e le scelte difficili (lezioni da Israele)*, in *Foro italiano*, 1989, pt. V, coll. 509-517:513.

Non manca chi, in riferimento agli *hard cases* bioetici, invita invece i giuristi a servirsi dello “strumentario giuridico esistente”, in cui è possibile rintracciare “clausole generali, nozioni, formulazioni normative che consentono all’interprete di ricondurre alle norme i fenomeni indagati, ancorché nuovi, complessi e problematici” e sottolinea come il pur evanescente concetto di dignità umana possa costituire un limite indicabile (perché comunque *significativo*) “anche alla creazione di regole giurisprudenziali che riguardino la persona”⁵⁵.

Sembra aver accolto questo invito il giudice dell’udienza preliminare di Roma che, con sentenza del 23.7.2007, ha prosciolto Mario Riccio, il medico anestesista che, soddisfacendo le richieste di Welby, aveva effettuato sotto sedazione il distacco del ventilatore polmonare⁵⁶. La pronuncia ha statuito che il medico che sospende il trattamento sanitario che tiene in vita il paziente, su richiesta consapevole di questi, non risponde di omicidio del consenziente (di cui all’art. 579 c.p.), e ciò per avere agito nell’adempimento di un dovere⁵⁷.

Sarebbero integrati tanto l’elemento materiale del reato, quanto quello psicologico, ma difetterebbe l’antigiuridicità. Infatti, il distacco del paziente dal respiratore artificiale, determinante il decesso, è stato operato dal medico col consenso della vittima. Tale consenso, in quanto attuale e prestato da persona capace, è visto rientrare nella fattispecie di omicidio attenuato dell’art. 579 c.p.⁵⁸. D’altra parte, l’autore ha agito ben sapendo che l’interruzione della terapia avrebbe comportato

⁵⁵ G. ALPA, *I limiti dell’intervento giuridico*, in S. RODOTÀ, a cura di, *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp. 57-62.

⁵⁶ Trib. di Roma, sent. 23.7.2007-17.10.2007, n. 2049, in *Diritto penale e processo*, n. 1, 2008, pp. 59-68, con nota di A. VALLINI, *Rifiuto di cure “salvavita” e responsabilità del medico: suggestioni e conferme nella più recente giurisprudenza*, pp. 68-82.

⁵⁷ Sull’art. 579 c.p., cfr. M. RONCO, S. ARDIZZONE, *Codice penale ipertestuale: commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, Utet, Torino, 2003, pp. 1987-1992.

⁵⁸ Un consenso presunto e ricostruito in nome di un paziente incosciente da un decisore surrogato (tramite quel meccanismo di ‘giudizio sostitutivo’ di cui si parlerà diffusamente nel capitolo successivo) non potrebbe rientrare nel consenso di cui all’art. 579 c.p., cfr. M.C. BARBIERI, *Stato vegetativo permanente: una sindrome ‘in cerca di un nome’ e un caso giudiziario in cerca di una decisione. I profili penalistici della sentenza Cass. 4 ottobre 2007 sez I, civile sul caso di Eluana Englaro*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1, gennaio-marzo 2008, pp. 389-421:398.

tato la morte del paziente. Tuttavia, il fatto è da ritenersi scriminato dall'adempimento di un dovere, ai sensi dell'art. 51 c.p.⁵⁹.

È interessante notare come in motivazione il magistrato sembri quasi scalzare punto per punto le argomentazioni del giudice civile del caso Welby, confutandole. Secondo il g.u.p. romano il proscioglimento dell'imputato è imposto dalla considerazione che una richiesta come quella effettuata da Welby (personale, autentica, informata, reale ed attuale) costituisce esercizio del diritto di rifiutare le cure (art. 32, comma 2, Cost.), cui corrisponde un divieto di attuare o proseguire gli interventi non voluti e un dovere di assecondare la volontà del paziente.

Il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari, infatti, prevarrebbe sul diritto alla vita quand'anche si intendesse quest'ultimo come indisponibile. Il diritto di rifiutare le cure comprenderebbe il diritto di lasciarsi morire, mentre ogni sua esclusione o compressione, fermi restando i doveri sociali di assistenza e solidarietà, si risolverebbe in una inammissibile coercizione a curarsi e a vivere⁶⁰.

Considerata la lettera e la *ratio* dell'art. 32, comma 2, Cost., solo la richiesta di sospensione delle cure rivolta ad un medico nel contesto di un rapporto sanitario può assumere rilievo scriminante. Soltanto un medico, infatti, in quanto soggetto dotato di specifiche competenze e vincolato a precisi doveri deontologici, può garantire il rispetto dei confini tra l'esercizio di una libera e informata autodeterminazione del paziente ed arbitrii forieri di violazioni di diritti fondamentali.

Per il giudice penale, nella vicenda di Welby il richiamo all'accanimento terapeutico (già operato dal giudice civile) è incongruo: interpretato correttamente il principio di autodeterminazione, riconosciuta efficacia giuridica alla volontà dell'individuo cosciente, "l'insistenza terapeutica in questo caso deve essere qualificata dal punto di vista giuridico come mera violazione della volontà consapevolmente espressa dal paziente, indipendentemente dal fatto che il trattamento sanitario si sostanzi o meno in una situazione definibile come 'accanimento terapeutico'".

⁵⁹ Per un commento alla decisione e una ricostruzione dell'attuale disciplina penale dell'aiuto a morire cfr. G. PAVAN, *I casi Welby e Englaro nella prospettiva giurisprudenziale*, in *L'indice penale*, n. 1, 2009, pp. 227-250.

⁶⁰ Cfr. S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Diritto penale e processo*, n. 12, 2007, pp. 1561-1567:1562.

tico' ”⁶¹. Tale categoria potrebbe assumere (residuale) rilevanza nel caso di terapie su soggetti incoscienti che soffrano di patologie irreversibili giunte ormai allo stadio terminale. Situazione che non ricorre nel caso di Welby.

In aperta critica dell’ordinanza civile sul caso Welby, il giudice penale afferma che la tesi della inattuabilità del diritto al rifiuto delle cure per mancanza di legge costituisce una “palese violazione dei principi che presiedono la gerarchia delle fonti, in quanto non è consentito disattendere l’applicazione di una norma costituzionale sulla scorta dell’esistenza di norme contrastanti di valore formale inferiore”⁶². Il diritto a rifiutare i trattamenti sanitari è un diritto soggettivo, riconosciuto dalla Costituzione, che nasce già perfetto, non necessitando alcuna disposizione attuativa di rango secondario. Esso si sostanzia in una pretesa di astensione, ma anche di intervento se ciò che viene richiesto è l’interruzione della terapia ad opera di terzi qualificati in ragione della loro professione.

Alla impossibile azionabilità del diritto al rifiuto delle cure affermata dal giudice civile, si contrappone la diretta azionabilità affermata dal giudice penale⁶³. Si tratta, in ogni caso, di una azionabilità limitata, circoscritta al solo ambito del rapporto medico-paziente⁶⁴.

Ancora una volta il verificarsi di interpretazioni diametralmente opposte di uno stesso problema giuridico, relativo, tra l’altro, al medesimo caso, testimonia la complessità delle questioni biogiuridiche. Nell’affrontarle l’ordinamento incorre in contraddizioni e paradossi. Può essere considerato paradossale il fatto che, a fronte della dichiarata impossibilità di interrompere cure vitali su esplicita richiesta di un paziente cosciente (Welby), si sia data la possibilità di interrompere cure vitali su di un paziente incosciente (Englaro), in assenza di una sua previa esplicita richiesta.

⁶¹ Trib. di Roma, sent. 23.7.2007-17.10.2007, n. 2049, in *Diritto penale e processo*, n. 1, 2008, pp. 59-68:67.

⁶² Trib. di Roma, sent. 23.7.2007-17.10.2007, n. 2049, in *Diritto penale e processo*, n. 1, 2008, pp. 59-68:60. Riecheggia la dottrina della *Drittwirkung*, richiamata pure dal PM nel corso del giudizio cautelare promosso da Welby.

⁶³ Cfr. S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Diritto penale e processo*, n. 12, 2007, pp. 1561-1567:1564.

⁶⁴ Tornerebbero a rispondere di omicidio del consenziente, infatti, i familiari che ottemperassero alla richiesta di interruzione di terapie vitali da parte di un loro congiunto.

CAPITOLO SECONDO

IL CASO ENGLARO L' AUTODETERMINAZIONE DEL PAZIENTE INCOSCIENTE

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il *substituted judgement* negli USA: dal caso Quinlan al caso Cruzan – 3. Il *substituted judgement* negli USA: una ricostruzione sistematica – 4. Il *substituted judgement* in Italia: il caso Englaro – 5. La soluzione italiana a cavallo fra Quinlan e Cruzan – 6. Volontà sulle cure reale o fittizia?

1. Introduzione

Una recente e innovativa sentenza della Cassazione, la n. 21748/2007, ha riaperto in Italia il dibattito biogiuridico sull'autodeterminazione terapeutica del paziente incapace. Pronunciandosi sul caso Englaro, la Corte italiana individua due criteri che consentono al tutore di un paziente in stato vegetativo permanente di ottenere dal giudice, in contraddittorio con il curatore speciale, l'autorizzazione a sospendere i trattamenti di idratazione e alimentazione artificiali che tengono in vita l'incapace. Tali condizioni, che devono essere cumulativamente sussistenti, sono l'irreversibilità accertata dello stato vegetativo permanente –d'ora in poi, SVP– e la riconduzione dell'istanza di sospensione alla volontà del paziente, desunta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dal suo complessivo sistema di vita¹.

¹ “Ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della per-

Proposito del presente capitolo è indagare la concezione di autodeterminazione che informa questa pronuncia. Di particolare ausilio sarà l'esame comparato della giurisprudenza americana su casi analoghi, che, mettendo in luce analogie e differenze rispetto all'approccio italiano al problema della autodeterminazione terapeutica del paziente incosciente, fornirà interessanti spunti di riflessione.

In particolare, ciò che si esaminerà è il secondo requisito richiesto dalla Cassazione italiana, il quale impone che si possano interrompere alimentazione e idratazione artificiali "sempreché tale istanza [di sospensione, nda] sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona"². Si evidenzierà come esso si riconduca alla dottrina del *substituted*

sona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa"(Cass. Civ., sez. II, sent. 16.10.2007, n. 21748, in *Corriere giuridico*, n. 12, 2007, pp. 1676-1686:1686, con nota di E. CALÒ, *La Cassazione "vara" il testamento biologico*, pp. 1686-1695).

² *Ibidem*, p. 1686. Nell'economia del presente lavoro si è scelto di tralasciare le pur relevantissime questioni inerenti la sussistenza e l'accertamento della irreversibilità dello SVP e la qualificazione dell'idratazione e alimentazione artificiali come trattamenti sanitari.

Quanto alla prima questione, basti ricordare come difficilmente la scienza medica, che si attesta su posizioni probabilistiche, possa garantire la certezza della prognosi richiesta dalla Cassazione (cfr. C.A. DEFANTI, *Eluana Englaro: la fine di un incubo?*, in *Bioetica*, n. 4, 2007, pp. 107-114:113; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Diritto penale e processo*, n. 12, 2007, pp. 1561-1567:1567), a meno che non si debba intendere raggiunta tale certezza al soddisfacimento dei requisiti richiesti da un protocollo scientifico unanimemente condiviso dalla comunità medica (cfr. R. CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto alla identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*, in *Famiglia e Diritto*, n. 2, 2008, pp. 136-145:145).

Quanto alla seconda, basti sottolineare come si tratti di una delle prese di posizione innovative della sentenza italiana, che accoglie l'orientamento delle corti americane sul punto. A differenza che negli USA, in Italia il dibattito attorno al problema definitorio delle procedure di sostegno vitale artificiale (trattamenti sanitari rifiutabili/cure assistenziali di base irrifutabili) non può dirsi ancora concluso (cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, 30 settembre 2005, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2005, <http://www.palazzochigi.it/bioetica/pareri.html>); C.A. DEFANTI, *Lo stato vegetativo persistente: un appello alla nostra responsabilità*, in *Bioetica*, n. 1, 2000, pp. 50-59; F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Criminalia*, 2006, pp. 57-90:79; cfr. art. 3/5 del d.d.l. Calabrò, S. 10-51-136-281-285-483-800-972-994-1095-1188-1323-1363-1368/2008, *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00409737.pdf>).

judgement (giudizio sostitutivo), elaborata dalle Corti statunitensi a partire dal caso Quinlan (1976)³.

Il problema giuridico esaminato nel caso Englaro è analogo a quello affrontato nei casi americani Quinlan (1976), Cruzan (1990) e Schiavo (2005), tutti relativi a pazienti in SVP. Apurato che ogni soggetto *compos sui* può legittimamente rifiutare qualunque trattamento sanitario, anche salva-vita, come regolarsi nel caso di chi, sottoposto a terapie di sostegno vitale artificiale e oramai in stato di totale incapacità, non abbia precisamente indicato, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, a quali trattamenti avrebbe voluto o non voluto essere sottoposto in caso di perdita di coscienza?

Al termine delle lunghe e complesse vicende giudiziarie (con una conseguente pluralità di pronunce da parte di organi diversi) che hanno interessato ciascuno dei casi citati, le Corti interpellate in ultima istanza si sono risolte per la legittimità della richiesta di interruzione del sostegno vitale artificiale dei pazienti in SVP, partendo dal presupposto che, data l'incapacità del soggetto di manifestare la propria volontà e l'ingiustizia di una discriminazione in punto di autodeterminazione terapeutica fra pazienti capaci e incapaci, debba essere comunque individuato qualcuno (*surrogate decision maker*) che esprima per costui la volontà sui trattamenti.

Lo stesso assunto di partenza è accolto dalla Cassazione italiana, la quale, facendo perno sull'istanza personalistica alla base del consenso informato e sul principio di parità di trattamento fra gli individui, a prescindere dal loro stato di capacità, sente la necessità di predisporre dei criteri che consentano di "ricreare il

³ Riporta la sentenza italiana al *substituted judgement test* americano anche Maria Cristina Barbieri, che altresì sottolinea come "il giudizio sostitutivo, così come elaborato nelle sue linee portanti dalla Corte di Cassazione, è fondamentale nell'economia del giudizio, e rappresenta ... 'un nuovo istituto', se così lo si può definire, elaborato all'interno dell'istituto della tutela" (M.C. BARBIERI, *Stato vegetativo permanente: una sindrome 'in cerca di un nome' e un caso giudiziario in cerca di una decisione. I profili penalistici della sentenza Cass. 4 ottobre 2007 sez I, civile sul caso di Eluana Englaro*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1, 2008, pp. 389-421:401); cfr. anche C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2008, pp. 545-575.

Erica Palmerini vede nel principio di diritto elaborato dalla Cassazione la fusione dei due criteri del *best interest* del paziente (a carattere prevalentemente oggettivo) e del *substituted judgement test* (a carattere prevalentemente soggettivo), cfr. E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3, 2008, pp. 363-380.

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”⁴.

L’analisi comparatistica delle varie pronunce che si citeranno vuole essere funzionale al disvelamento di quello che appare un punto altamente delicato e problematico della sentenza italiana: ammettere che, in mancanza di specifiche direttive anticipate di trattamento sanitario, la volontà di rifiuto dei trattamenti *life-saving* possa essere desunta anche solo dal complessivo sistema di vita e valori del paziente, può comportare che quella che *prima facie* appare come una ricostruzione della volontà effettiva del paziente sia, in realtà, la vera e propria costruzione di una volontà ipotetica, non necessariamente esistente in quei termini e, dunque, in buona sostanza, fittizia.

2. *The substituted judgement negli USA: dal caso Quinlan al caso Cruzan*

Pur nella comunanza del punto di partenza e dell’esito delle decisioni americane, le regole di giudizio elaborate nei singoli casi differiscono sensibilmente tra loro, ed in particolare ciò avviene riguardo all’atteggiamento assunto verso il soggetto che si assume incaricato di esprimere la volontà dell’incapace in merito ai trattamenti: diversa risulta la giustificazione su cui si basa l’investitura del ‘rappresentante terapeutico’ e, conseguentemente, diversi risultano i limiti cui questi è sottoposto nello svolgimento del proprio incarico.

Nella decisione resa sul caso Quinlan (1976), la Corte suprema del New Jersey afferma che, nel momento in cui il degrado fisico del paziente in SVP sia in continuo aumento e svanisca la prospettiva di un ritorno a uno stato di coscienza (ecco il riferimento alla irreversibilità dello SVP, ritenuta necessaria anche dalla Cassazione)⁵, il rispetto del diritto individuale alla *privacy*, il quale non può ritenersi i-

⁴ Cass. Civ., sez. II, sent. 16.10.2007, n. 21748, in *Corriere giuridico*, n. 12, 2007, pp. 1676-1686:1682 (punto 7.2 della motivazione).

⁵ Secondo la ricostruzione del caso Quinlan operata da Guido Smorto, si può addivenire all’interruzione del sostegno vitale artificiale qualora sussistano, in via alternativa, o la riconduzione dell’istanza di sospensione alla volontà del paziente, o l’accertamento della irreversibilità dello SVP (cfr. G. SMORTO, *Note comparatistiche sull’eutanasia*, in *Diritto e questioni pubbliche*,

nesistente per il solo fatto che il paziente sia incapace di esercitarlo, impone che si consenta ai familiari del soggetto in SVP di vestire i suoi ‘panni mentali’ e di decidere se proseguire o interrompere il sostegno vitale artificiale⁶. La decisione viene presa dai familiari attraverso quello che viene definito *substituted judgement* (giudizio sostitutivo), in virtù del quale chi decide in luogo dell’interessato deve preoccuparsi di prendere, per quanto possibile, la risoluzione che il paziente incapace avrebbe adottato se capace.

In base alla dottrina del giudizio sostitutivo, nel caso in cui la volontà del paziente sulle cure non sia stata precedentemente chiaramente espressa, chi adotta le decisioni in sua vece si serve come linea di orientamento del personale sistema di vita e valori del paziente. Per individuare il tipo di trattamento medico che il paziente prediligerebbe in quel frangente, il sostituto, o decisore surrogato (*surrogate decision maker*), considera le precedenti manifestazioni del paziente, anche estemporanee, in merito a trattamenti simili e casi analoghi occorsi ad altre persone, le sue reazioni di fronte ai problemi medici e, più in generale, tutti gli aspetti della personalità del paziente noti al sostituto, con riguardo particolare ai valori di ordine filosofico, etico e religioso.

Relativamente alla questione su *chi* debba essere individuato come sostituto, la Corte ritiene che, data l’intima conoscenza che la comunanza di vita consente, i membri della famiglia siano le persone più idonee a prendere una decisione medica in luogo e nell’interesse del paziente. Nel successivo caso *Jobes* (1987), la stessa Corte suprema del New Jersey chiarisce che qualora il medico sia incerto se i familiari stiano adeguatamente ‘rivestendo i panni’ del paziente e tutelando i suoi interessi, deve essere nominato un tutore, come, d’altra parte, qualora non vi siano

n. 7, 2007, pp. 143-179:176). Nel presente scritto si accoglie la diversa ricostruzione secondo cui la decisione del caso *Quinlan* richiede che i due requisiti siano entrambi soddisfatti (e per la quale cfr. E. CALÒ, *La Cassazione “vara” il testamento biologico*, in *Corriere giuridico*, n. 12, 2007, pp. 1686-1695:1692 e G. PONZANELLI, *Il diritto a morire: l’ultima giurisprudenza della corte del New Jersey*, in *Foro italiano*, 1988, pt. IV, coll. 291-301).

⁶ *In re Quinlan*, 355 A.2d 647 (N.J.), cert. denied, 429 U.S. 922 (1976).

familiari stretti o precedenti chiare indicazioni del paziente che investano un altro familiare o un amico della qualità di ‘rappresentante terapeutico’⁷.

Nell’accordo di familiari, medici curanti, tutore e commissione ospedaliera che confermi l’irreversibilità dello SVP, alimentazione e idratazione artificiali possono essere sospese.

Relativamente alla questione su *come* il sostituto debba decidere, la sentenza Quinlan è estremamente chiara. La Corte ammette che la effettiva volontà della giovane non può essere desunta da quello che viene riconosciuto come un quadro probatorio insufficiente (contemplante la testimonianza di precedenti colloqui con gli amici); tuttavia, come avviene nella soluzione del caso Jobes, ritiene che la mancanza di prove chiare e convincenti non sia di ostacolo a che si individui comunque una persona (*substitute*) in grado di prendere la decisione finale, basandosi sul complessivo stile di vita del paziente. Il motivo per cui si può e si deve giungere sempre a tale ‘investitura’ risiede nel fatto che il diritto al rifiuto delle cure sopravvive allo stato di incapacità in cui cade l’individuo e nella necessità che ne sia comunque garantito l’esercizio, pena una irragionevole discriminazione nei confronti del paziente cosciente.

Tuttavia, c’è chi sottolinea criticamente come “fuori dei casi in cui il paziente abbia formulato dettagliate direttive in un documento scritto (come un *living will*) oppure vi sia una prova certa della sua volontà, sia scorretto analizzare le decisioni sui trattamenti in termini di ‘diritto del paziente di decidere’ quando ci si basa soltanto su precedenti dichiarazioni informali o su convinzioni religiose. Queste, infatti, per quanto importanti, non integrano gli estremi di una vera e propria decisione sui trattamenti medici”⁸.

È sulla base di considerazioni simili che certa dottrina americana e parte della giurisprudenza cominciano a scorgere nel giudizio sostitutivo un’operazione che

⁷ *In re Jobes*, 108 N.J. 394, 418, n. 11 (1987). La sentenza si può leggere in traduzione italiana in *Foro italiano*, 1988, pt. IV, coll. 291-308, con nota di G. PONZANELLI, *Il diritto a morire: l’ultima giurisprudenza della corte del New Jersey*, coll. 291-301.

⁸ A. SANTOSUOSSO, *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, in *Foro italiano*, 1991, pt. IV, coll. 66-72:71.

sfrutta una serie di finzioni giuridiche⁹: la sopravvivenza del diritto di scelta alla perdita di capacità, l'appello alla volontà presunta del paziente, il convincimento che l'irreversibilità dello SVP porti necessariamente al risolversi per la sospensione dei trattamenti.

Ad avviso di chi scrive, la dottrina del *substituted judgement*, per lo meno così come emergente nei casi Quinlan e Jobes, non può essere tacciata di servirsi surrettiziamente di finzioni giuridiche: la Corte suprema del New Jersey, infatti, appare complessivamente franca nell'ammettere che, nell'insufficienza di un quadro probatorio che attesti i desideri del paziente sulle cure, il 'rappresentante terapeutico' decide *in luogo* del paziente e che ciò che conta è che la decisione finale appaia *referibile* (non effettivamente riferita) a quella che il paziente avrebbe ipoteticamente preso¹⁰. Tutt'al più, si potrebbe parlare dell'uso di finzioni trasparenti¹¹.

Tuttavia, ciò non toglie che sia fortemente criticabile l'esito cui conduce tale impostazione e che consiste nel fatto che il sostituto non sia portavoce di alcuna reale volontà del paziente, la quale non può dirsi neppure esistente sul punto. Ciò che il 'rappresentante terapeutico' fa in questo frangente è sostituirsi *in toto* al rappresentato e costruire *ex novo* una volontà sulle cure presunta ed ipotetica, di fatto inesistente.

La sentenza emessa dalla Corte suprema degli USA in occasione del caso Cruzan (1990) può essere letta come un tentativo di 'correggere il tiro' preso dalla precedente giurisprudenza e di arginare i rischi di questo scivolamento del giudizio sostitutivo lungo la china del famigerato *slippery slope* il quale, partendo dalla decisione *del* paziente, giunge a una decisione *del* sostituto¹².

⁹ Per una disamina dell'uso delle finzioni giuridiche all'interno delle questioni bioetiche, con particolare riferimento al tema dei trapianti d'organi, cfr. P. SOMMAGGIO, *Il dono preteso. Il problema del trapianto d'organi: legislazione e principi*, Cedam, Padova, 2004.

¹⁰ Che l'intento del giudizio sostitutivo sia quello di ottenere decisioni "referibili" alla volontà del paziente è espressamente dichiarato nella sentenza *in re Jobes*, cfr. nel testo in traduzione in *Foro italiano*, 1988, pt. IV, coll. 291-308:308.

¹¹ L'espressione *transparent fiction*, in relazione alla dottrina del giudizio sostitutivo, si ritrova in I.M. ELLMAN, *Cruzan v. Harmon and the dangerous claim that others can exercise an incapacitated patient's right to die*, in *Jurimetrics Journal*, 1989, 29, 389.

¹² *Cruzan v. Director Missouri Department of Health*, U.S. 110 S. Ct. 2841, 111 L. Ed. 2d 224 (1990).

Il percorso argomentativo compiuto dalla Corte, che fa leva sulla necessità del raggiungimento della prova della volontà del paziente, è il seguente: dopo avere riconosciuto il diritto di rifiuto delle cure (anche salva-vita) in capo ai soggetti capaci sulla base non della *privacy* (come nel caso Quinlan), ma del 14mo emendamento della costituzione americana (che protegge il *liberty interest* dell'individuo escludendo che una persona possa essere privata della vita e della libertà senza un *due process of law*), definisce la decisione di interruzione del sostegno artificiale come *deeply personal* e ritiene legittimo che ogni Stato (Missouri, nel caso di specie), di fronte all'eventuale intervento di *surrogate decision makers* e per prevenire potenziali abusi, salvaguardi la personalità della scelta imponendo elevati *standards* di prova della volontà del paziente.

La Corte si preoccupa, dunque, di riportare il diritto al rifiuto delle cure nel solco della effettiva volontà del paziente: non ritenendo di avallare la richiesta dei genitori di Nancy Cruzan di essere considerati, in quanto familiari stretti, portatori di un *substituted judgement* in mancanza di una prova della rispondenza dell'interruzione delle cure alla volontà effettiva della figlia incapace, afferma che il potere di disposizione in materia di scelte terapeutiche non può che spettare al paziente stesso; nell'assenza di (auspicabili) direttive anticipate di trattamento sanitario, si può sì far ricorso a procedure di esercizio del potere sostitutivo, ma a patto che garantiscano il rispetto della effettiva volontà del paziente¹³.

Tale rispetto può essere assicurato solo da un quadro probatorio che sia quanto più possibile chiaro e completo. Nel legittimare le leggi statali che richiedano una prova rigorosa dei desideri dell'incapace, la Corte riprende quanto elaborato dalla Corte suprema del New Jersey nel caso Conroy (1985), in cui, relativamente ai pazienti in stato vegetativo completo che non avessero espresso in precedenza la loro volontà sulle cure, si vincola il rifiuto dei trattamenti salva-vita a un *test* soggettivo, fondato sull'applicazione del generale principio di *self-determination*, dal

¹³ G. SMORTO, *Note comparatistiche sull'eutanasia*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 7, 2007, pp. 143-179:177.

quale risulti *rigorosamente provato* che il paziente avrebbe rifiutato il sostegno artificiale se avesse potuto prevedere lo SVP¹⁴.

In questo modo si ricollega il giudizio sostitutivo alla necessità di un sufficiente quadro probatorio (operazione attuata anche dalla Cassazione italiana), caratterizzato in termini di *clear evidence* della volontà del paziente in SVP. In Conroy si esplicita che le prove sono chiare e convincenti quando producono nell'animo del giudicante una ferma determinazione e convinzione, senza esitazioni, quanto alla verità delle allegazioni. Il valore delle precedenti dichiarazioni del paziente, addotte per dimostrare la sua propensione o la contrarietà verso determinati trattamenti, dipende dalla loro specificità, dalla loro lontananza nel tempo, dalla loro frequenza, dalla circostanza di essere più o meno frutto di una autentica riflessione e dalla maturità della persona al tempo in cui le ha esternate¹⁵.

In Cruzan, dunque, la volontà del paziente cessa di essere un espediente nelle mani del sostituto e viene necessariamente ricollegata ad una "manifestazione effettiva, e quindi provata o documentabile, delle opzioni del paziente sulle cure"¹⁶.

3. *The substituted judgement: una ricostruzione sistematica*

Frutto dell'evoluzione giurisprudenziale del giudizio sostitutivo fin qui descritto appare la soluzione del recente caso Schiavo (2005), deciso in ultima istanza, dopo una drammatica serie di rimpalli fra Corti statali e federali e l'intervento *ad hoc* del legislatore, dalla Corte d'appello federale per l'undicesimo distretto¹⁷. La

¹⁴ *In re Conroy*, 98 N.J. 321 e 486 A.2d 1209 (1985); per una esposizione del caso, cfr. G. PONZANELLI, *Il diritto a morire: l'ultima giurisprudenza della corte del New Jersey*, in *Foro italiano*, 1988, pt. IV, coll. 291-301:295 e G. PONZANELLI, *Nancy Cruzan, la Corte suprema degli Stati Uniti e il "right to die"*, in *Foro italiano*, 1991, pt. IV, coll. 72-75:73.

¹⁵ In *Jobes*, ad esempio, le affermazioni attribuite alla paziente circa il mantenimento in vita vegetativa sono giudicate inaffidabili dalla Corte, perché generiche, troppo risalenti, emotive, espresse in circostanze casuali. Ciononostante, in quel caso, i giudici non ritengono che il mancato superamento del *test* soggettivo impedisca di addivenire ad una soluzione e, come ricordato *supra*, individuano comunque un sostituto in grado di prendere una decisione in luogo del paziente, seguendo la dottrina Quinlan.

¹⁶ A. SANTOSUOSSO, *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, in *Foro italiano*, 1991, pt. IV, coll. 66-72:71.

¹⁷ *Schiavo ex rel. Schindler v. Schiavo*, 403 F.3d 1261 (11th Cir. 2005) (denying rehearing en banc), *stay denied*, 544 U.S. 945 (2005). Per una ricostruzione italiana del caso, cfr. G. SMORTO, *Note comparatistiche sull'eutanasia*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 7, 2007, pp. 143-179:177 e C. BOLOGNA, *Il caso Terri Schiavo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2005, pp. 404-407.

Corte conferma la decisione resa dal giudice della Florida che, per primo, ritenuta raggiunta una *clear and convincing evidence* che la paziente in SVP Terri Schiavo avrebbe desiderato l'interruzione del sostegno artificiale, aveva consentito al marito e tutore della stessa, nonostante la ferma opposizione dei genitori, di ottenere la sospensione di alimentazione e idratazione artificiali.

A questo punto torna utile proporre una ricostruzione sistematica della giurisprudenza americana esaminata. Punto di partenza comune dell'approccio al problema giuridico dell'autodeterminazione terapeutica dei pazienti incoscienti è che, data l'incapacità del paziente in SVP di manifestare la propria volontà, vada comunque individuato un soggetto (*surrogate decision maker*) che esprima per lui la volontà sui trattamenti. Premesso che nello schema che segue per 'volontà del paziente' si intende la volontà *specificata* del paziente di proseguire/rifiutare quei determinati trattamenti (sostegno vitale artificiale) in quella puntuale situazione (SVP), dall'analisi comparata delle pronunce citate emerge che l'espressione della volontà dell'incapace da parte del sostituto può essere interpretata secondo il seguente modello:

- a) se il paziente ha precedentemente formalmente dichiarato per iscritto (ad esempio con un *living will*) il proprio volere, il sostituto è *nuncius* della sua volontà *espressa*;
- b) se il paziente ha precedentemente manifestato in vario modo (con affermazioni orali e/o dichiarazioni scritte informali) il proprio volere, il sostituto è *rappresentante* della sua volontà *tacita* [→filone Conroy-Cruzan];
- c) se il paziente non ha precedentemente manifestato il proprio volere, il decisore surrogato può ricostruire ed esprimere la sua volontà *presunta*, attraverso un *substituted judgement* basato sul complessivo sistema di vita e valori del paziente [→filone Quinlan-Jobes].

Riguardo al punto a) si può dire che né in Quinlan, né in Conroy, Jobes, Cruzan o Schiavo, il paziente aveva predisposto dei documenti costituenti direttive anticipate di trattamento sanitario, i quali, però, vengono indicati dalle Corti come gli

strumenti più idonei in assoluto a provare la volontà effettiva del paziente. In tal caso, infatti, il decisore surrogato si comporterebbe come un portavoce della volontà del paziente, più che come un sostituto, e potrebbe farsi garante del rispetto dei desideri dell'incapace, così come da lui espressi, di fronte al medico e ai familiari.

Il punto b) costituisce il vero snodo problematico del giudizio sostitutivo: nel caso in cui il paziente abbia in vario modo manifestato i suoi desideri rispetto alle cure, il sostituto può dirsi interprete qualificato della scelta terapeutica del paziente. Ricostruita sulla base degli elementi probatori a disposizione, tale scelta risulta rispecchiare una esistente e specifica volontà del paziente sulle cure, una volontà che, pur non espressa, può dirsi tacita, implicita. In questo frangente emerge in tutta la sua delicatezza il problema probatorio ed è proprio qui che si situa l'elaborazione del *test* soggettivo di cui al caso Conroy e la richiesta di una *clear and convincing evidence* della volontà del paziente.

Al punto c), nel caso in cui non si possa dire, data l'insufficienza delle prove addotte, che il paziente abbia espresso, neppure implicitamente, una volontà specifica sulle cure, non resta che (ri)costruire tale volontà basandosi sui principi, gli orientamenti e lo stile di vita dell'incapace. È questa la strada percorsa nei casi Quinlan e Jobes¹⁸.

Il massimo grado di certezza sulla volontà del paziente, offerto dalla redazione delle *advance directives*, conduce al punto a) dello schema. In caso di dubbio e/o contestazione sulla ricostruzione della volontà del paziente, ci si situa nel punto b), in cui viene richiesto il superamento del *test* soggettivo alla Conroy-Cruzan. Nel caso in cui il criterio soggettivo sia soddisfatto, il sostituto può dirsi rappresentante di una volontà esistente ed effettiva; nel caso in cui non lo sia, parte della giurisprudenza, 'bypassando' il *test* ed eludendo il relativo criterio, perviene comunque ad una decisione che possa dirsi riferibile agli ipotetici desideri del paziente.

¹⁸ Cfr. L. NEPI, *Testamento biologico: una critica dell'esperienza statunitense*, in *Archivio giuridico*, n. 1, 2009, pp. 97-110:107. L'Autore, nel ricostruire criticamente la giurisprudenza americana in tema di testamento biologico e *substituted judgement*, dubita della autenticità della volontà del paziente cui pervengono le soluzioni giudiziali.

È chiaro che il modello implica un progressivo incremento della partecipazione attiva e della responsabilità del ‘rappresentante’ nel processo decisionale e che ciò renderebbe opportuna l’elevazione progressiva degli *standards* di prova della volontà richiesti. Tuttavia, il rigore probatorio che si riscontra nel punto b) scema drasticamente nel punto c).

Il caso Cruzan sembra aver sancito l’impossibilità di avvalersi della soluzione di cui al punto c), ma si capisce bene come il *punctum pruriens* riguardi la valutazione di adeguatezza del quadro probatorio¹⁹. Il medesimo ‘pacchetto’ di indizi (magari costituito da testimonianze di amici e parenti su affermazioni del tipo “non vorrei mai vivere come un vegetale” e su reazioni di fronte a casi di SVP, opinioni espresse in temi di scuola ecc.), che secondo la dottrina Quinlan-Jobes, appurata la sua insufficienza ai fini del raggiungimento della prova, avrebbe consentito un giudizio *in toto* sostitutivo, potrebbe essere fatto rientrare all’interno del solco Conroy-Cruzan qualora il giudice, nel suo prudente apprezzamento, si sentisse di ritenere raggiunta la prova.

La struttura del giudizio sostitutivo, nelle sue pur diverse estrinsecazioni ‘alla Quinlan’ o ‘alla Cruzan’, ci pare fondata sul tentativo di giungere a una identificazione tra volontà dell’individuo (quella del paziente) e volontà surrogata (quella del *surrogate decision maker*). È questa identificazione che, precisamente, costituisce la *fictio iuris* di cui si è accorta la dottrina, la quale a volte l’ha riferita in particolare al filone Quinlan, altre volte anche al filone Cruzan, con un’ambivalenza consentita, probabilmente, proprio dalla comune struttura fittizia dei due orientamenti²⁰.

L’osmosi esistente tra gli orientamenti Quinlan-Jobes e Conroy-Cruzan è ben testimoniata dalla soluzione del caso Schiavo, che appare frutto di una composizione-compromesso tra i due filoni: l’interruzione del sostegno artificiale, ottenuta dal tutore, una volta tenuto conto della volontà di Terri Schiavo così come proces-

¹⁹ Di “nodo probatorio”, relativamente ai casi italiani Welby e Englaro, parla Antonio Vallini in A. VALLINI, *Rifiuto di cure “salvavita” e responsabilità del medico: suggestioni e conferme nella più recente giurisprudenza*, in *Diritto penale e processo*, n. 1, 2008, pp. 68-82:79.

²⁰ Per una disamina del concetto di finzione giuridica, cfr. F. TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*, Cedam, Padova, 1979.

sualmente ricostruita, dell'accertamento delle sue condizioni irreversibili e della inclusione di nutrizione e idratazione artificiali nel novero dei trattamenti sanitari, risulta complessivamente coerente con il quadro giuridico statunitense in materia di fine-vita²¹, nonché in forte analogia con la soluzione prospettata dalla sentenza italiana sul caso Englaro.

4. *The substituted judgement in Italia: il caso Englaro*

Come si è detto, il principio di diritto elaborato dalla Cassazione per consentire alla Corte d'appello di risolvere il caso Englaro, ricalca i requisiti pretesi nel caso Schiavo: irreversibilità accertata dello SVP e prova convincente che la richiesta di interruzione avanzata dal tutore rispecchi la volontà della paziente²².

Come la soluzione Schiavo, così anche quella del caso Englaro sembra frutto di un (vedremo se e quanto composto) compromesso fra la linea Quinlan e quella Cruzan. La sentenza stessa ammette la rispondenza di parte delle proprie argomentazioni ai casi Quinlan e Cruzan, come del resto confermano i primi commentatori della decisione²³.

Sia nella motivazione della sentenza che in numerose note a commento²⁴, viene considerato anche l'approccio al problema dell'autodeterminazione terapeutica dei pazienti in SVP proprio della giurisprudenza inglese, in particolare quello del caso Bland (1993)²⁵. Il riferimento è pertinente perché in tale occasione la *House*

²¹ Cfr. C. CASONATO, *Il diritto di Terri Schiavo*, in *L'Adige*, 28 aprile 2005.

²² È bene segnalare che il giudice d'appello del caso Englaro, in sede di rinvio e in applicazione del principio di diritto elaborato dalla Cassazione, ha autorizzato l'interruzione del sostegno vitale artificiale. Precisando in maniera evolutiva il principio della Suprema Corte, in questa pronuncia si afferma che anche qualora un tutore non sia in grado di ricostruire la volontà dell'incapace in SVP (eventualità che il giudice del rinvio non reputa si sia data nel caso specifico, ritenendo correttamente ricostruita e provata la volontà di Eluana Englaro), potrebbe comunque chiedere e ottenere l'autorizzazione a interrompere i trattamenti di sostegno vitale. Ciò a patto di riuscire a dimostrare che alimentazione e idratazione artificiali siano trattamenti sproporzionati e oggettivamente contrari alla dignità della persona, integranti un inammissibile accanimento terapeutico, che è contrario a quel *best interest* del rappresentato cui deve tendere la decisione del tutore. Cfr. Corte d'Appello di Milano, decr. 9.7.2008, in *Corriere giuridico*, n. 9, 2008, pp. 1281-1287, con nota di E. CALÒ, *Caso Englaro: la decisione della Corte d'Appello di Milano*, pp. 1290-1293.

²³ *Ex multis*, cfr. C.A. DEFANTI, *Eluana Englaro: la fine di un incubo?*, in *Bioetica*, n. 4, 2007, pp. 107-114:109.

²⁴ *Ex multis*, cfr. P. STANZIONE, G. SALITO, *Il rifiuto presunto alle cure: il potere di autodeterminazione del soggetto incapace*, in *Iustitia*, n. 1, 2008, pp. 55-80:71.

²⁵ *Airedale NHS Trust v. Bland*, [1993] A.C. 789 (H.L. 1993).

of Lords stabilisce la legittimità dell'interruzione del sostegno artificiale su di un paziente in SVP, che non aveva precedentemente espresso in modo puntuale le sue volontà, sulla base: del riconoscimento di un generale diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari; della futilità del sostegno vitale artificiale, ricostruito nel caso di specie nei termini di un accanimento terapeutico; di un presunto consenso del paziente, ricavato per via indiretta da colloqui coi suoi familiari.

In termini di prova del rifiuto, però, i giudici inglesi sono molto meno rigorosi di quelli americani, dato il peso preponderante, per non dire *tranchant*, dato alla valutazione medica del *best interest* del paziente. Ecco che se “la decisione del caso Bland è perfettamente in linea con quella Cruzan nel riconoscere esplicitamente il diritto di ogni individuo di rifiutare trattamenti sulla propria persona, anche quando siano *life-saving*, e nel considerare l'alimentazione e l'idratazione di un paziente in stato vegetativo permanente come trattamenti medici che possono essere valutati come tali”, nondimeno essa “diverge invece radicalmente nel criterio cardine che adotta: i giudici americani centrano la decisione sulla volontà del diretto interessato (...); quelli inglesi (...) attribuiscono grande importanza alla valutazione dei medici”²⁶.

Come riconosciuto dagli stessi *Lords* inglesi, il criterio del *best interest* costituisce una deroga al diritto all'autodeterminazione del paziente, ma ha il pregio di non avvalersi della finzione giuridica in cui si sostanzia il *substituted judgement* americano²⁷.

Nel caso Englaro è interessante notare come le argomentazioni svolte nei ricorsi principale (del tutore) e incidentale (del curatore speciale), che hanno provocato la pronuncia della Cassazione, si attestino su posizioni e richieste tributarie dell'approccio 'alla Bland': le parti lamentano nel caso di specie la violazione del divieto di accanimento terapeutico, sottolineano la futilità dei trattamenti cui è sottoposta la giovane ed evidenziano che i convincimenti della paziente in merito alla vita artificiale erano stati chiesti e fatti oggetto di istruttoria “non perché taluno

²⁶ A. SANTOSUOSSO, *Aperture importanti e remore inspiegabili della Corte d'appello di Milano sul caso E.E.*, in *Bioetica*, n. 1, 2000, pp. 66-80:69.

²⁷ Cfr. G. SMORTO, *Note comparatistiche sull'eutanasia*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 7, 2007, pp. 143-179:174.

potesse pensare che essi, manifestati in un tempo lontano, quando ancora E. era in piena salute, valgano oggi come manifestazione di volontà idonea, equiparabile a un dissenso in chiave attuale dei trattamenti che ella subisce”, ma perché la Corte d’appello “potesse valutare e ponderare ogni elemento disponibile”²⁸.

In ogni caso, nonostante l’apparente matrice ‘alla Bland’, l’aver instillato nel giudizio il tema della volontà e del consenso del paziente, consente alla decisione della Cassazione di riportarsi alla matrice americana del giudizio sostitutivo e di identificare come decisore il paziente, non tanto il medico²⁹.

Il criterio soggettivo cui la Cassazione àncora il principio di diritto formulato, risulta, infatti, perfettamente corrispondente al *test* soggettivo elaborato nel caso Conroy e utilizzato nel caso Cruzan. La *clear evidence* richiesta negli USA diventa, nella sentenza italiana, la riconosciuta necessità di “elementi di prova chiari, univoci e convincenti” della volontà del paziente. Tuttavia, se è vero che la sentenza italiana richiede una prova rigorosa, sembra, nondimeno, non compiutamente consapevole della *fictio voluntatis* in gioco.

Lo testimoniano sia l’enfasi data alla (ri)costruzione della volontà *ipotetica* del paziente che il riferimento a “personalità, stile di vita e convincimenti” del paziente quali possibili unici indizi su cui basare la scelta terapeutica. Il che avvicinebbe la decisione italiana al caso Quinlan più di quanto potrebbe risultare sulle prime.

²⁸ Cass. Civ., sez. II, sent. 16.10.2007, n. 21748, in *Corriere giuridico*, n. 12, 2007, pp. 1676-1686:1678 (punto 1 della motivazione, in cui è esposto il contenuto dei ricorsi).

²⁹ Tanto più che la Cassazione esclude che l’alimentazione e l’idratazione artificiali costituiscono oggettivamente una forma di accanimento terapeutico e, con ciò, implicitamente non pone limite alla loro somministrazione, a meno che l’organismo non abbia raggiunto un tale livello di disfacimento da non essere più in grado di assimilare le sostanze (Cass. Civ., sez. II, sent. 16.10.2007, n. 21748, in *Corriere giuridico*, n. 12, 2007, pp. 1676-1686:1685, punto 8 della motivazione). In tal caso si verserebbe in uno stato di accanimento terapeutico, secondo quanto indicato anche dal Comitato Nazionale per la Bioetica (cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L’alimentazione e l’idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, 30 settembre 2005, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2005, §6,

<http://www.palazzochigi.it/bioetica/pareri.html>).

Ribadisce la diversità del percorso decisionale della *House of Lords*, fondato sul concetto di finalità del trattamento medico, rispetto a quello della Cassazione, fondato sull’autodeterminazione del paziente, anche M.C. BARBIERI, *Stato vegetativo permanente: una sindrome ‘in cerca di un nome’ e un caso giudiziario in cerca di una decisione. I profili penalistici della sentenza Cass. 4 ottobre 2007 sez I, civile sul caso di Eluana Englaro*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1, 2008, pp. 389-421:411-412.

La possibilità che l'applicazione del principio di diritto elaborato dalla Cassazione sfoci in quest'esito 'alla Quinlan' non è immediatamente evidente, ma è consentita dalla oscillazione fra il polo Conroy-Cruzan della 'scoperta-ricostruzione' di una volontà esistente ed effettiva, sebbene tacita, sottintesa o implicita, e quello Quinlan-Jobes della 'invenzione-costruzione' di una volontà presunta o ipotetica.

5. La soluzione italiana a cavallo fra Quinlan e Cruzan

Vi sono vari indizi nel testo della motivazione che fanno propendere per l'interpretazione qui proposta: a supporto del dispositivo finale la Corte utilizza tanto luoghi argomentativi 'alla Quinlan' che 'alla Cruzan', senza avvedersi della potenziale confliggenza delle due correnti.

Esempi di argomenti in linea col giudizio sostitutivo 'alla Quinlan' sono:

- il riferimento alla necessità di tutelare la parità di trattamento in punto di autodeterminazione terapeutica fra pazienti capaci e incapaci e il conseguente bisogno di “*ricreare* il dualismo dei soggetti” tra medico e paziente³⁰;
- il riferimento alla “assoluta necessità di *sostituzione* della volontà del soggetto con quella della persona nominata tutore”, in taluni casi, per proteggere interessi non patrimoniali dell'interdetto, nonchè il riferimento al ricorso all'interdizione come “giustificato in vista dell'esigenza di *sostituire* il soggetto deputato a esprimere la volontà in ordine al trattamento proposto”³¹;
- il richiamo all'art. 4 d.lgs. 24 giugno 2003 n. 211, laddove impone che il consenso informato del legale rappresentante in merito alla sperimentazione clinica sull'adulto incapace (che, da capace, non abbia espresso la

³⁰ Cass. Civ., sez. II, sent. 16.10.2007, n. 21748, in *Corriere giuridico*, n. 12, 2007, pp. 1676-1686:1682, punto 7.2 della motivazione, corsivo di chi scrive.

³¹ Cass. Civ., sez. II, sent. 16.10.2007, n. 21748, in *Corriere giuridico*, n. 12, 2007, pp. 1676-1686:1682, punto 7.2 della motivazione, corsivo di chi scrive. L'appello all'istituto dell'interdizione e il parallelismo che la Cassazione attua fra interdizione e amministrazione di sostegno sembrano stridere anche a Pasquale Stanzione e Gelsomina Salito in P. STANZIONE, G. SALITO, *Il rifiuto presunto alle cure: il potere di autodeterminazione del soggetto incapace*, in *Iustitia*, n. 1, 2008, pp. 55-80.

propria volontà a riguardo) “deve rappresentare la *presunta* volontà del soggetto”³²;

- la volontà del paziente definita in più punti come “presunta”³³;
- l’ammissione che, nel caso Quinlan, il sostituto decide “in luogo” dell’interessato³⁴;
- l’argomento secondo cui il tutore ha il compito di completare l’identità complessiva del paziente, “ricostruendo la decisione *ipotetica* che egli avrebbe assunto ove fosse stato capace”³⁵.

Esempi di argomenti ‘alla Cruzan’, oltre alla già citato rigore probatorio richiesto, sono:

- il fatto che la richiesta di disattivazione del sostegno vitale artificiale avvenga “*attraverso*” il rappresentante legale³⁶;
- la necessità che il sostituto muova dalla “volontà *espressa*” del paziente³⁷;
- il bisogno che l’istanza di sospensione delle terapie sia “realmente espressiva” della voce del rappresentato³⁸.

Questo ‘moto pendolare’ fra i due poli si dispiega lungo tutto il percorso argomentativo-motivazionale del giudice di legittimità, in maniera costante e forse non compiutamente consapevole. La mancanza di consapevolezza fa sì che l’oscillazione fra ricostruzione di una volontà tacita e costruzione di una volontà ipotetica resti irrisolta e porti la Cassazione a esprimersi spesso tramite ossimori, come quando parla di “ricostruzione della volontà presunta”³⁹ o di “ricerca della volontà presunta”⁴⁰. Espressioni ossimori che laddo-

³² Cass. Civ., sez. II, sent. 16.10.2007, n. 21748, in *Corriere giuridico*, n. 12, 2007, pp. 1676-1686:1682, punto 7.2 della motivazione, corsivo di chi scrive.

³³ *Ex multis*, Cass. Civ., sez. II, sent. 16.10.2007, n. 21748, in *Corriere giuridico*, n. 12, 2007, pp. 1676-1686:1683, punto 7.3 della motivazione.

³⁴ *Ibidem*, punto 7.4 della motivazione.

³⁵ *Ibidem*, punto 7.5 della motivazione, corsivo di chi scrive.

³⁶ *Ibidem*, corsivo di chi scrive.

³⁷ *Ibidem*, corsivo di chi scrive.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Ad esempio in: “ricostruendo la volontà presunta del paziente incosciente” (Cass. Civ., sez. II, sent. 16.10.2007, n. 21748, in *Corriere giuridico*, n. 12, 2007, pp. 1676-1686:1683, punto 7.3 della motivazione); “ricostruendo la decisione ipotetica che egli [il paziente, ndr] avrebbe assunto ove fosse stato capace” (*ibidem*, punto 7.5. della motivazione); “esso [il decreto della Corte

ve si consideri che una volontà presunta, o ipotetica, non possa propriamente essere ricostruita, ma solamente posta, ossia costruita *ex novo*, e che la ricostruzione, intesa come ricerca-scoperta, possa avere ad oggetto solo una volontà esistente.

Ma vi è di più. L'oscillazione emerge, e questo sembra il punto più delicato, anche se si considera l'approccio della Cassazione al tema di ciò che può costituire fonte di prova delle opzioni del paziente sulle cure. In più punti la Corte afferma che il rappresentante, nella propria opera di ricostruzione della volontà del paziente, deve considerare le sue precedenti manifestazioni espresse "e" (dunque, unitamente a) il suo complessivo sistema di vita e valori:

- la volontà va ricostruita "alla luce dei precedenti desideri e dichiarazioni dell'interessato, *ma anche* sulla base dello stile e del carattere della sua vita, del suo senso dell'integrità e dei suoi interessi critici e di esperienza"⁴¹;
- la volontà va ricostruita "muovendo dalla volontà espressa prima di cadere in tale stato *e* tenendo conto dei valori e delle convinzioni propri della persona in stato di incapacità"⁴².

Contestualmente, però, in altri punti, la Corte afferma anche che il rappresentante deve considerare le precedenti manifestazioni espresse del paziente "o" (dunque, oppure) il suo complessivo sistema di vita e valori:

- il sostegno vitale artificiale va interrotto se l'individuo, prima di cadere in SVP, "abbia manifestato in forma espressa *o anche* attraverso i propri convincimenti, il proprio stile di vita e valori di riferimento, l'inaccettabilità per sé dell'idea di un corpo destinato, grazie a terapie mediche, a sopravvivere alla mente"⁴³;

d'appello, nda] ha omesso di ricostruire la presunta volontà di E." (*ibidem*, punto 9 della motivazione).

⁴⁰ *Ibidem*, punto 7.5 della motivazione.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

- poco sotto si legge che la ricostruzione va compiuta “tenendo conto della volontà espressa dall’interessato ... *ovvero* dei valori di riferimento e delle convinzioni dello stesso”⁴⁴.

Quello che pare far propendere l’ago della bilancia verso l’approccio ‘alla Quinlan’ è il fatto che nel principio di diritto, il quale è l’unica parte della sentenza che la Corte d’appello, in sede di giudizio di rinvio, è tenuta ad applicare, sia mantenuta la formulazione alternativa: “dalle sue precedenti dichiarazioni *ovvero* dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti”. Ciò consentirebbe al tutore, dunque, di ricostruire la volontà del paziente, sotto il vaglio di sufficienza probatoria compiuto dal giudice, avendo come riferimento anche solo il complessivo stile di vita dell’incapace⁴⁵.

Resta da evidenziare come, tuttavia, si diano alcune differenze notevoli fra la soluzione italiana e quella della linea Quinlan-Jobes. Da una parte, infatti, secondo quanto affermato dalle Corti americane in queste vicende, la sottoposizione della scelta operata dal sostituto allo scrutinio giudiziale dovrebbe essere indispensabile solo in caso di conflitto fra gli orientamenti di medici, familiari e/o rappresentanti legali, mentre la Cassazione lascia intendere che, secondo

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Tendenzialmente in linea con la lettura della sentenza italiana che qui propone, R. CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto alla identità personale in un’importante pronuncia della Suprema Corte*, in *Famiglia e Diritto*, n. 2, 2008, pp. 136-145:145. L’Autore sottolinea la problematicità di una autentica ricostruzione di quella che definisce espressamente una volontà “ipotetica” del paziente e menziona il rischio di vanificare l’asserita tutela della identità personale, che si correrebbe nel considerare il solo sistema di vita dell’incapace quale parametro su cui basare la scelta terapeutica.

Con riferimento alla ricostruzione della volontà di Eluana Englaro consentita dalla Cassazione, di “concetto di autonomia assolutamente autoreferenziale”, di “presunta idea di dignità”, di appropriazione della volontà del paziente da parte del sostituto e di orientamenti di vita del soggetto come “elementi di valutazione fragili, manipolabili ma soprattutto extra-giuridici e irrilevanti per il diritto” parla Gabriella Gambino in G. GAMBINO, *La sentenza della Cassazione su Eluana Englaro: il diritto “oltre” il testamento biologico e il consenso informato*, in *L’Arco di Giano*, n. 54, 2007, pp. 15-30:26-28.

Secondo la lettura della sentenza Englaro che qui si propone, non si condivide, perciò, la tesi di Maria Cristina Barbieri, per la quale non si darebbe contraddizione fra ‘volontà autentica’ e ‘volontà presunta’, in quanto rilevanti in fasi distinte del procedimento logico-probatorio: mentre con la prima espressione la Corte si riferirebbe all’oggetto di prova, con la seconda si riferirebbe alla coerente deduzione ottenuta a partire dalla raggiunta prova (M.C. BARBIERI, *Stato vegetativo permanente: una sindrome ‘in cerca di un nome’ e un caso giudiziario in cerca di una decisione. I profili penalistici della sentenza Cass. 4 ottobre 2007 sez I, civile sul caso di Eluana Englaro*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1, 2008, pp. 389-421:415).

l'ordinamento civilistico italiano, l'autorizzazione giudiziale all'interruzione del sostegno vitale sia in ogni caso necessaria⁴⁶. A fronte della eventualità della intermediazione giudiziale americana, si staglia la necessità della intermediazione giudiziale italiana.

Dall'altra parte, poi, mentre nel caso Quinlan il padre è considerato legittimato a decidere per la figlia in forza della sua qualità di familiare stretto della paziente (la sua contestuale qualità di tutore pare ancillare, *ad adiuvandum*)⁴⁷, nel caso italiano, al contrario, il padre è considerato legittimato a decidere per la figlia in forza della sua nomina a tutore dell'interdetta, e pur sempre nel contraddittorio con un curatore speciale⁴⁸. In ciò la sentenza italiana si avvicina più alla soluzione dei casi Cruzan e Schiavo, in cui si considera il rappresentante legale in quanto tale come idoneo sostituto, senza che si attribuisca ai familiari, semplicemente in quanto tali, alcun potere decisionale⁴⁹.

Comune alle decisioni Englaro, Quinlan e Cruzan, pur nella diversità del percorso tecnico-giuridico adottato, appare il loro carattere procedurale: tutte stabiliscono, infatti, un procedimento con cui addivenire, soddisfatti i requisiti richiesti e sotto il vaglio (eventuale o necessario) dell'autorità giudiziaria, all'interruzione di idratazione e alimentazione artificiali, qualificate come trattamenti sanitari. A questo proposito, commentando le decisioni Welby ed Englaro e con riferimento alla posizione del medico che si trovi ad attuare materialmente il 'distacco della spina', si è osservato come "i giudici –quasi muovendosi in un contesto argomen-

⁴⁶ Nel caso Jobes, la Corte suprema del New Jersey afferma esplicitamente che le aule dei tribunali non sono ritenute luoghi idonei a risolvere problemi personali così delicati come le scelte terapeutiche e ricostruisce il ricorso all'autorità giudiziaria come esperibile quando la procedura di giudizio sostitutivo versi in una condizione, per così dire, patologica (cfr. G. PONZANELLI, *Il diritto a morire: l'ultima giurisprudenza della corte del New Jersey*, in *Foro italiano*, 1988, pt. IV, coll. 291-301:295).

⁴⁷ Di contrario avviso Guido Smorto, cfr. G. SMORTO, *Note comparatistiche sull'eutanasia*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 7, 2007, pp. 143-179:175. Tuttavia, a sostegno della tesi qui proposta depone l'enfasi con cui la Corte suprema del New Jersey, nei casi Quinlan e Jobes, sottolinea come siano i familiari in quanto tali i più qualificati *surrogate decision makers*.

⁴⁸ Per la valenza ontologica e deontologica del contraddittorio nell'esperienza giuridica, cfr. M. MANZIN, F. PUPPO, a cura di, *Audiat et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Giuffrè, Milano, 2008.

⁴⁹ Per il caso Cruzan, cfr. A. SANTOSUOSSO, *Aperture importanti e remore inspiegabili della Corte d'appello di Milano sul caso E.E.*, in *Bioetica*, n. 1, 2000, pp. 66-80:75; per il caso Schiavo, cfr. C. BOLOGNA, *Il caso Terri Schiavo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2005, pp. 404-407:404.

tativo di *common law*, ma individuando la regola di diritto alla luce di un saldo ancoramento ai precetti costituzionali– abbiano elaborato una ‘scriminante procedurale’. Il confine tra lecito e illecito è stato così tracciato assumendo come premessa il diritto di rifiutare le cure e su esso edificando l’istituto del consenso informato, per poi passare all’enunciazione dei requisiti esterni al fatto il cui rigoroso accertamento consente di operare un bilanciamento dei valori in gioco”⁵⁰.

Altro punto in comune è che tutte le pronunce citate avallano gli istituti di direttive anticipate, in particolare il testamento biologico, raccomandandone la redazione come strumenti massimamente idonei a provare la volontà effettiva del paziente. Ciò, all’interno dell’ordinamento italiano, attualmente sprovvisto di una legge sulle direttive anticipate di trattamento sanitario, potrebbe creare qualche imbarazzo: la Cassazione sembra spingersi più in là del legislatore⁵¹.

⁵⁰ S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Diritto penale e processo*, n. 12, 2007, pp. 1561-1567:1567.

⁵¹ Cfr. P. BECCHI, *L’Imperialismo giudiziario. Note controcorrente sul caso Englaro*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 3, 2009, pp. 379-404. Sotto il profilo comparatistico, vale la pena sottolineare come il tenore delle affermazioni del giudice italiano in merito al testamento biologico sia proporzionalmente più forte di quello delle sentenze americane citate. La decisione italiana, infatti, tutela la ricostruzione della volontà del paziente incapace un passo al di là del testamento biologico, all’interno di un sistema di *civil law* in cui la mancanza di una legge specifica pesa molto di più che non in ordinamenti di *common law*. Fra i casi americani solo Quinlan viene deciso in assenza di una normativa sulle direttive anticipate, mentre gli altri trovano soluzione in un momento in cui la normativa vigente prevede e regola espressamente il testamento biologico.

In senso difforme, per la fisiologicità del cd. attivismo giudiziale in materia bioetica, cfr. F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e ‘attivismo giudiziale’*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 4, 2008, pp. 1594-1613. L’Autore sostiene che “la legittimazione politica dei giudici nel prendere decisioni, e nel costruire regole, in materia di decisioni di fine vita sta nelle cose, e assieme nella logica di un sistema costituzionale che affida, per l’appunto, *in primo luogo ai giudici* il compito di tutelare i diritti fondamentali dell’individuo. Coerentemente con quanto è accaduto e accade in molti altri ordinamenti al nostro culturalmente affini” (*ibidem*, p. 1613).

6. *Una volontà sulle cure reale o fittizia?*

In conclusione del capitolo, alla luce del percorso fin qui svolto sulle tracce della natura e dei meccanismi del giudizio sostitutivo, si proporrà qualche riflessione critica sulla sentenza Englaro.

Si è visto come la giurisprudenza americana adotti un approccio al problema dell'autodeterminazione terapeutica dei pazienti incoscienti per cui fra volontà del paziente e volontà del decisore surrogato si instaura uno speciale rapporto di corrispondenza, tale da rendere possibile la sostituzione fra le due entità. Il meccanismo su cui si basa l'esercizio del potere sostitutivo pare tributario di una particolare concezione della rappresentabilità dei fatti propria dell'età moderna. La modernità ritiene che la parola, intesa come discorso descrittivo, possa dare conto esaurientemente della realtà⁵². La volontà (del paziente) viene vista come un fatto, come un oggetto di cui è possibile dare una rappresentazione, per l'appunto, oggettiva e corrispondente al reale⁵³.

Nel filone Quinlan-Jobes, in particolare, sembra che l'identità fra volontà individuale e volontà surrogata risulti frutto di una 'finzione conveniente': vi è consapevolezza della ipoteticità del procedimento ricostruttivo, tuttavia lo si ritiene un utile espediente pratico, volto alla determinazione della regola di condotta che sostituto e medici devono seguire nei riguardi della continuazione o sospensione dei trattamenti di sostegno vitale. Se il giudizio sostitutivo 'alla Conroy-Cruzan' perviene a una decisione che *si ritiene riferita* alla volontà del paziente, quello 'alla Quinlan-Jobes' perviene a una decisione che *si ammette riferibile* (in quanto non smentita) alla volontà del paziente.

⁵² Per le influenze di tale atteggiamento verso la conoscenza, noto come descrittivismo, sulla cultura giuridica contemporanea, cfr. V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2004 (pp. 141-156 in particolare).

⁵³ Se poi, secondo il paradigma antropologico volontaristico, si consideri la capacità di esprimere e attuare le proprie volontà come l'elemento caratterizzante l'identità personale, è facile scivolare nel mito della oggettività della descrizione della identità personale e della sua riproducibilità. Un mito che poggia sulla convinzione che la soggettività individuale sia conoscibile e riproducibile all'esterno per come essa realmente è e che il linguaggio possa esserne veicolo fedele ed esauritivo (cfr. R. SCUDERI, *Le identità virtuali. Un fenomeno giuridico postmoderno*, in P. MORO, a cura di, *Etica Informatica Diritto*, Franco Angeli, Milano, 2008, pp. 193-221:218).

L'ambivalenza, che si è cercato di mettere in luce, del *test* soggettivo proposto dalla Cassazione italiana, con la conseguente possibilità (seppure non immediatamente evidente) di un esito 'alla Quinlan' del processo di (ri)costruzione della volontà ipotetica del paziente, non ci sembra troppo lontana dall'essere frutto di un certo 'assillo volontaristico'⁵⁴. Un assillo che, come compare nella dottrina americana del *substituted judgement*, così si ripresenta, sotto parzialmente mutate vesti, nel *leading case* italiano in tema di giudizio sostitutivo.

Guardando sotto questo profilo, dapprima, al *substituted judgement* americano, si può notare che:

- con riferimento all'orientamento giurisprudenziale statunitense inaugurato con la sentenza Quinlan, certa dottrina italiana sottolinea come gli ordinamenti di *common law* sembrano incalzati dall'esigenza di ricercare una volontà a tutti i costi e, davanti alla impossibilità del paziente di ripeterne i contenuti, finiscano spesso col ritenere valide manifestazioni di volontà del tutto ipotetiche⁵⁵;
- con riferimento all'orientamento inaugurato col caso Cruzan, che pure dovrebbe garantire un maggior grado di adesione alla volontà esistente ed effettiva del paziente, non manca chi evidenzia come il livello di certezza ricavabile dalle testimonianze poste alla base della ricostruzione della volontà del paziente sia spesso veramente basso, sia quanto al contenuto e alle reali intenzioni delle affermazioni del paziente riferite dai testimoni, sia quanto alla attendibilità di chi rende la testimonianza (magari un familiare che potrebbe anche essere parte del giudizio)⁵⁶.

⁵⁴ Per una lettura critica dell'approccio volontaristico di legislatore e giudici al tema dei diritti indisponibili, cfr. F. CAVALLA, *Diritto alla vita, diritto sulla vita. Alle origini delle riflessioni sull'eutanasia*, in *Dialoghi del Diritto dell'Avvocatura della Giurisprudenza*, n. 1, 2008, pp. 19-47 e P. MORO, *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2004.

⁵⁵ Cfr. P. STANZIONE, G. SALITO, *Testamento biologico, cure mediche e tutela della persona*, in *Iustitia*, n. 1, 2007, pp. 43-64.

⁵⁶ A. SANTOSUOSSO, *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, in *Foro italiano*, 1991, pt. IV, coll. 66-72:71.

Lungo tutto l'arco che, partendo dal caso Quinlan, giunge fino al caso Schiavo, si ha, dunque, l'impressione che spesso, in assenza di documenti di direttive anticipate che attestino una volontà esistente ed espressa, si cerchi "per convenienza processuale di ricondurre al criterio soggettivo della volontà casi in cui, di fatto, il paziente non ne ha espresso alcuna", utilizzando come tramite di questa operazione i familiari, di volta in volta valorizzati come testimoni in senso tecnico giuridico, capaci di riportare un'opinione effettivamente esistita, come interpreti qualificati della presumibile volontà del paziente o come sostituti veri e propri, investiti del potere di decidere⁵⁷.

Guardando, ora, alla sentenza Englaro, si vede bene come la Cassazione tenti di ancorare, per quanto riguarda il requisito soggettivo, l'interruzione del sostegno vitale artificiale ad un dissenso che possa dirsi *del* paziente, sulla base di prove chiare e convincenti. Tuttavia, come si è cercato di mettere in luce, essa confonde ricostruzione (intesa come ricerca-scoperta) della volontà con costruzione *ex novo* della stessa e oscilla, con una tensione continua, fra i due poli tradizionali del giudizio sostitutivo americano, Quinlan e Cruzan.

L'esito, reso così possibile, di costruzione di una volontà artificiale del paziente sulla base delle sole indicazioni offerte dal suo complessivo stile di vita, risulta ancora più problematico che non nel caso Quinlan. Lì, infatti, vi è una consapevolezza del carattere fittizio dell'operazione che qui non sembra rintracciabile, e che potrebbe far avvertire al sostituto in maniera ancora più pesante il carico di responsabilità che l'ordinamento, in questo modo, gli attribuisce.

Il principio di diritto elaborato dalla Corte non impedisce, così, che alla decisione finale sui trattamenti si possa giungere senza vagliare attentamente l'insieme dei seguenti profili problematici della 'presunta volontà tacita': quali trattamenti sono stati precedentemente presi in considerazione dal paziente; se gli stessi coincidono con quelli di cui si chiede l'interruzione; se è stata considerata dal paziente l'eventualità di una morte altrimenti evitabile; se la manifestazione di volontà è troppo risalente nel tempo per poter essere significativa nel presente; se l'opinione sulle cure è stata espressa informalmente per iscritto e/o in modo argomentato,

⁵⁷ *Ibidem.*

ovvero occasionalmente e/o apoditticamente; se la stessa si può dire alimentata da una consapevolezza del rischio di morte o soltanto frutto di una speculazione astratta sul senso dell'esistenza⁵⁸.

Accade, dunque, che l'osmosi che la Cassazione opera fra i livelli reale/virtuale consenta di celare sotto le vesti della *rappresentazione* della volontà una mera *apparenza* di volontà. La procedura ricostruttivo-descrittiva della scelta del paziente sembrerebbe farsi, allora, non più "ri-costruzione di eventi storici, ma procedimento di costruzione di un'immagine narrativa ... coerente solo con sé stessa"⁵⁹. Che il giudizio sostitutivo elaborato dalla Cassazione italiana possa pervenire alla tutela di un fantasma di volontà?⁶⁰

Di fronte a questa eventualità ecco che il testamento biologico, inteso quale documento scritto attestante le opzioni del paziente sulle cure, offre senz'altro maggiori garanzie di aderenza alla effettiva volontà del paziente. Nel prossimo capitolo si vedrà, tuttavia, come l'appello a questo strumento di autodeterminazione terapeutica non sia del tutto esente da ambiguità e profili problematici.

⁵⁸ Si riprende da Antonio Vallini, con qualche modifica, l'elenco di queste condizioni, che l'Autore presenta come criteri di valutazione, per il medico, della effettiva sussistenza di un dissenso alle cure, cfr. A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme nella più recente giurisprudenza*, in *Diritto penale e processo*, n. 1, 2008, pp. 68-82:80.

⁵⁹ Cfr. P. SOMMAGGIO, *La scomparsa di Abele*, in F. CAVALLA, F. TODESCAN, a cura di, *Pena e riparazione*, Cedam, Padova, 2000, pp. 293-317:310.

⁶⁰ In linea con le nostre considerazioni Gianfranco Iadecola, il quale osserva che la sentenza "sembra chiaramente disinteressarsi dell'aspetto della diversità 'ontologica' fra le 'due volontà' [volontà reale ed effettiva e volontà ipotetica, nda], siccome trascura il punto critico della verifica di persistenza dei 'desiderata' del paziente". Aggiunge l'Autore che la Cassazione non si fa nemmeno carico dell'aspetto della necessaria garanzia di attendibilità delle volontà pregresse, "non distinguendo tra dichiarazione orale e scritta e senza prevederne requisiti formali di validità, ed anzi consentendone l'accertamento mediante qualsiasi mezzo probatorio". In buona sostanza, il principio di diritto proporrebbe per la volontà "un criterio ricostruttivo palesemente inadeguato e approssimativo, tra l'altro esposto ai margini di fallacia e di incontrollabile soggettività che fatalmente inficiano i riferimenti dichiarativi di soggetti terzi" (G. IADECOLA, *Il caso "Englaro": la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 10, 2008, pp. 2504-2514:2511-2512).

CAPITOLO TERZO

IL TESTAMENTO BIOLOGICO COME POSSIBILE STRUMENTO DI AUTODETERMINAZIONE

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il testamento biologico nell'ordinamento italiano – 3. Tesi: il d.d.l. Carloni-Chiaromonte – 4. Antitesi: il d.d.l. Tomassini – 5. Sintesi? Il d.d.l. Calabrò – 6. Le matrici culturali dei disegni di legge

1. Introduzione

Quello del testamento biologico è stato argomento spesso nel dibattito sui casi Welby e Englaro, menzionato anche dalle relative pronunce giudiziali. Il che riesce singolare e comprensibile ad un tempo. Singolare perché, da un lato, Piergiorgio Welby, cosciente fino all'ultimo istante di vita, non ha avuto bisogno di alcuna direttiva anticipata di trattamento sanitario per esprimere il proprio dissenso alle cure; singolare perché, dall'altro lato, Eluana Engaro, pur incosciente, non risulta avere redatto alcun testamento biologico. Comprensibile, però, perché entrambe le vicende hanno fatto riemergere la problematica del riconoscimento e della tutela dell'autodeterminazione terapeutica, ponendola di fronte agli occhi della magistratura, e costituendo l'occasione per la riapertura della discussione sugli strumenti di autodeterminazione terapeutica tanto in seno all'opinione pubblica quanto in sede parlamentare. Soprattutto a livello mediatico il dibattito è stato spesso inficiato da equivoci e inesattezze sui possibili contenuti e sulle possibili funzioni del testamento biologico, da cui vale la pena sgomberare preventivamente il campo.

Riprendendo la definizione d'uso proposta dal CNB, per testamento biologico s'intende "un documento con il quale una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidererebbe o non desidererebbe essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi

improvvisi, non fosse più in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato”¹.

La locuzioni ‘testamento biologico’ o ‘testamento di vita’, che traducono alla meno peggio l’originale espressione anglosassone *living will*, sono ormai d’uso corrente. È bene segnalare, tuttavia, quanto siano improprie ed atecniche. Esse incappano, infatti, nell’equivoco di alludere ad un atto dispositivo della sfera patrimoniale dell’individuo ad efficacia *mortis causa*, in riferimento ad un negozio dispositivo della sfera personale destinato ad avere efficacia *ante mortem*².

La stessa giurisprudenza ha chiarito che il ‘contenitore’ del testamento-negozio non può essere sfruttato per ricevere disposizioni quali quelle di un testamento di vita, perché “il testamento biologico non rientra nei casi di contenuto atipico espressamente previsti e non è atto dispositivo in senso stretto”³. Senza contare che l’analogia rischia di accentuare, magari inavvertitamente e indirettamente, la disponibilità dei beni ‘vita’ e ‘salute’ nei termini di beni patrimoniali. Non a caso nelle disposizioni dei disegni di legge che si esamineranno non si usa la locuzione ‘testamento biologico’, ma quella di ‘dichiarazioni anticipate’ di trattamento sanitario.

L’esperienza straniera, statunitense e canadese in particolare, mostra come il testamento biologico possa costituire una *species* del *genus* ‘direttive anticipate di trattamento sanitario’, a cui appartiene anche il diverso strumento del mandato in

¹ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18 settembre 2003, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2003, §1, http://www.governo.it/bioetica/testi/Dichiarazioni_anticipate_trattamento.pdf.

Cfr. per altre definizioni anche A. BONDOLFI, voce *Living will*, in *Dizionario di Bioetica Leone - Privitera*, EDB, Bologna, 1994, pp. 553-556; F. D’AGOSTINO, *Il testamento biologico: noterelle bioetiche*, in *Legalità e giustizia*, n. 1, 2003, pp.242-246; L. MILONE, *Il testamento biologico (living will)*, in *Vita Notarile*, n. 1, 1997, pp. 106-113.

² L’art. 587 co. 1 c.c. dispone: “Il testamento è un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse”. Tuttavia, bisogna ricordare che, per alcuni dei suoi possibili contenuti, al testamento biologico si adatterebbe la dicitura di atto *mortis causa*. Si pensi alle disposizioni in ordine alla donazione degli organi, al trattamento delle spoglie (inumazione o cremazione), al consenso/rifiuto a che il cadavere venga utilizzato a scopi scientifici o didattici.

³ Corte d’App. Milano, decr. 18.12.2003, in *Famiglia*, n. 6, 2004, p. 1167- 1172, con nota di G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, pp. 1173-1186.

previsione dell'incapacità⁴. A differenza del testamento biologico, che è solitamente un negozio unilaterale contenente direttive di istruzioni sui trattamenti sanitari, il mandato in previsione dell'incapacità è un negozio bilaterale con cui si nomina un rappresentante terapeutico, incaricato di prendere le decisioni terapeutiche in nome e per conto del paziente incosciente. Ciò non toglie che anche il testamento biologico possa accogliere direttive di delega, con le quali nominare un fiduciario terapeutico che rappresenti il malato e vigili sulla corretta esecuzione delle sue volontà sulle cure.

Quanto alla funzione delle direttive anticipate, si può tracciare una distinzione di massima fra direttive in funzione oppositiva, tese ad arginare l'accanimento terapeutico, e in funzione pretensiva, specificamente rivolte ad ottenere una soppressione eutanasica.

Quanto al momento di redazione dei documenti di direttive anticipate è possibile distinguere fra direttive 'mirate', sottoscritte da un soggetto malato e conscio della patologia, i cui contenuti riguarderanno, perciò, gli sviluppi di una malattia già in atto, e direttive 'generiche', sottoscritte da un soggetto perfettamente sano per l'eventualità di una futura e incerta situazione patologica.

Dopo questi brevi chiarimenti terminologici, occorre collocare l'istituto del testamento biologico all'interno del nostro ordinamento, per poi evidenziare come, mentre alcuni studiosi parlino di direttive anticipate di trattamento sanitario in termini di *ius condendum*, altri lo facciano già in termini di *ius positum*.

2. Il testamento biologico nell'ordinamento italiano

La sentenza Englaro esaminata nel capitolo precedente si inserisce perfettamente all'interno di quel quadro interpretativo secondo cui il testamento biologico è istituto compatibile col nostro ordinamento giuridico e coerente ad esso.

Secondo questa impostazione, il testamento biologico è negozio di autonomia privata, a contenuto non patrimoniale, teso a garantire interessi meritevoli di tutela. Meritevolezza di interessi che viene collegata, per il tramite del canone di u-

⁴ Per una panoramica sulle *advance directives*, cfr. L. IAPICHINO, *Testamento biologico e direttive anticipate*, Collana *Lecture notarili*, Ipsoa, Milano, 2000.

uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., al riconoscimento del diritto all'autodeterminazione terapeutica, inteso come il diritto fondamentale di ciascuno a scegliere se e a quali cure sottoporsi e riguardato, sotto il particolare profilo del rifiuto delle cure, come il diritto di non essere sottoposto a trattamenti sanitari contro la propria volontà, pena la violazione della dignità e libertà personali. Tale diritto all'autodeterminazione trova fondamento nel combinato disposto degli articoli 2, 13 e 32, comma 2, Cost., è previsto in molte leggi speciali (*in primis* quella istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale) ed è avallato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e dalla Convenzione europea di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 1997.

In altre parole, ammessa la vigenza nel nostro sistema giuridico del principio di autodeterminazione terapeutica, la copertura costituzionale così offerta al rifiuto *attuale* di cure, opposto da una persona capace e informata, può essere data anche al rifiuto *anticipato* delle cure, avvalendosi del canone di uguaglianza. L'art. 3 Cost., infatti, vieta le discriminazioni fra individui in ragione delle loro "condizioni personali", nel novero delle quali possono essere fatte rientrare le situazioni di coscienza/incoscienza, capacità/incapacità.

Conformemente alle argomentazioni della giurisprudenza americana, le direttive anticipate, dunque, vengono viste come strumenti con cui è possibile garantire anche al paziente incapace l'esercizio del suo fondamentale diritto all'autodeterminazione terapeutica, assecondando l'affermarsi di una cultura del consenso informato in campo sanitario e l'abbandono del paternalismo medico di stampo ottocentesco. Sempreché, però, si tratti di dichiarazioni sorte dalla libera determinazione dell'individuo, attendibili, dai contenuti conformi a ciò che l'ordinamento giuridico vigente reputa lecito, non equivoche né astratte, attuali⁵.

Non manca chi sottolinea come sia molto difficile che tali requisiti si possano riscontrare in una dichiarazione che precede l'insorgere della situazione patologica e, in ragione di ciò, si esprime tendenzialmente a sfavore dell'uso degli istituti

⁵ Secondo l'indicazione del CNB, si ricorda che l'attualità va considerata come requisito logico e non meramente cronologico, cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18 settembre 2003, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2003, §7, http://www.governo.it/bioetica/testi/Dichiarazioni_anticipate_trattamento.pdf.

di *advance directives*⁶. D'altra parte, se viene largamente condivisa la contraria opinione secondo cui "sul piano etico e giuridico e astrattamente considerate le dichiarazioni anticipate non presentano radicali obiezioni di principio"⁷, i pareri tornano a dividersi quando si affrontano gli aspetti più problematici delle direttive anticipate, in ragione dei quali molti ritengono necessario un intervento legislativo⁸. Tali aspetti sono quelli relativi alle modalità di attuazione concreta delle direttive anticipate (struttura, requisiti di forma, possibili contenuti, limiti di validità) e al loro valore vincolante o orientativo per il medico.

In particolare, che i desideri precedentemente espressi dal paziente debbano essere tenuti in considerazione dal sanitario è confermato dall'art. 38, comma 3, del codice di deontologia medica e imposto dall'art. 9 della Convenzione di Oviedo⁹. Tuttavia, parlare di generale dovere di considerazione non chiarisce del tutto il valore che il medico dovrebbe attribuire alle dichiarazioni pregresse.

Riflettendo *de iure condendo* o, secondo altri, già *de iure condito*, la soluzione più opportuna sarebbe quella di una vincolatività relativa, sapiente compromesso fra una vincolatività assoluta, che svuoterebbe del tutto l'autonomia professionale

⁶ Cfr. F. D'AGOSTINO, *Il testamento biologico: noterelle bioetiche*, in *Legalità e giustizia*, n. 1, 2003, pp. 242-246 (secondo l'Autore la vera 'posta in gioco' del dibattito sul testamento biologico è la legalizzazione dell'eutanasia); G. IADECOLA, *Note critiche in tema di "testamento biologico"*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, n. 3-4, 2003, pp. 473-483 (a preoccupare particolarmente l'Autore è il profilo della attualità della volontà); L. PALAZZANI, *Esiste un "diritto di morire"?: il dibattito biogiuridico sul "testamento biologico"*, in *Legalità e giustizia*, n. 1, 2003, pp. 44-68 (l'Autrice vede nel testamento biologico una direttiva volta a ottenere una inammissibile soppressione eutanassica, riferibile alla attuale volontà del paziente solo tramite una palese forzatura giuridica, nonché sostanzialmente inutile laddove voglia farsi passare per una richiesta di interruzione dell'accanimento terapeutico – già vietato dall'ordinamento –).

⁷ F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Criminalia*, 2006, pp. 57-90:63.

⁸ Cfr. S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Diritto penale e processo*, n. 12, 2007, pp. 1561-1567:1565.

⁹ La Convenzione non può considerarsi attualmente vigente nel nostro ordinamento, dato il mancato espletamento della procedura di ratifica iniziata con la l. n. 145/2001, ma può e deve essere considerata valido strumento interpretativo, in grado di fornire gli orientamenti bioetici cui il legislatore e il giudice italiani sono tenuti ad attenersi. Questo il valore espressamente attribuitole dalla stessa sentenza Englaro, cfr. Cass. Civ., sez. II, sent. 16.10.2007, n. 21748, in *Corriere giuridico*, n. 12, 2007, pp. 1676-1686:1683, punto 7.2 della motivazione.

Per un approfondimento sui termini di applicazione della Convenzione di Oviedo al caso Englaro, cfr. M.C. BARBIERI, *Stato vegetativo permanente: una sindrome 'in cerca di un nome' e un caso giudiziario in cerca di una decisione. I profili penalistici della sentenza Cass. 4 ottobre 2007 sez. I, civile sul caso di Eluana Englaro*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1, gennaio-marzo 2008, pp. 389-421:413-414.

del medico e sottoporrebbe a considerevoli rischi lo stesso paziente, e una mera orientatività, che farebbe riemergere il paternalismo medico a tutto scapito della volontà del paziente. In base a tale soluzione intermedia, le opzioni espresse in un testamento biologico dovrebbero essere rispettate dal medico, a meno che questi non ritenga, in scienza e coscienza, che non sussistano nella fattispecie concreta le precise condizioni previste dal paziente e non possa più parlarsi, perciò, di volontà attuali¹⁰.

Secondo Sergio Seminara, in commento alla sentenza Englaro, l'ordinamento vigente non permetterebbe di attribuire al testamento biologico una generale natura vincolante, ma consentirebbe di ravvisarvi "il valore di un'importante indicazione offerta al sanitario dal diretto interessato in ordine alla scelta delle terapie, tanto più significativa, quanto più precisa, autentica e recente sia la manifestazione di volontà"¹¹.

Lo stesso Autore giudica necessario un intervento legislativo, contrariamente a quanti pensano che l'inquadramento sistematico del diritto all'autodeterminazione terapeutica fonderebbe la attuale possibilità di redigere un valido testamento biologico, pur in assenza di una (magari comunque auspicabile) normativa specifica. La conclusione di costoro risulterebbe supportata sia dal formante legale che da quello giurisprudenziale¹²:

- quanto al primo, oltre alle disposizioni nazionali e sovranazionali già richiamate, assumerebbe rilevanza l'art. 408 c.c. (introdotto dalla l. n. 6/2004 sull'amministrazione di sostegno), in base al quale l'amministratore di sostegno (deputato alla cura di chi, in una maniera non tanto grave da renderne opportuna l'inabilitazione o l'interdizione,

¹⁰ Questo il parere del CNB, cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18 settembre 2003, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2003, §8, http://www.governo.it/bioetica/testi/Dichiarazioni_anticipate_trattamento.pdf; cfr. anche F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Criminalia*, 2006, pp. 57-90:63.

¹¹ S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Diritto penale e processo*, n. 12, 2007, pp. 1561-1567:1565.

¹² Per un primo approccio alla teoria dei formanti, considerati componenti dinamiche di ogni ordinamento giuridico, cfr. R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, pp. 1-34; ID. *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, pp. 343-401; A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Wolters Kluwer Italia, Milanofiori Assago, 2008.

sia parzialmente o momentaneamente incapace di provvedere i propri interessi) può essere nominato dall'interessato stesso, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata. Questo documento, laddove si riconosce all'amministratore di sostegno il compito di curare non solo gli interessi patrimoniali, ma anche quelli personali dell'amministrato, viene interpretato da più di qualcuno come una vera e propria direttiva anticipata di nomina del fiduciario terapeutico¹³;

- quanto al secondo, è interessante notare come certa giurisprudenza di merito ritenga che il medico sia tenuto ad attenersi alla dichiarazione sottoscritta da un soggetto capace, in presenza di testimoni, in cui egli esprime la volontà di non essere sottoposto a certi trattamenti sanitari e che, per far rispettare tale volontà, possa essere nominato un amministratore di sostegno per tutto il periodo di degenza in ospedale¹⁴.

È indubbio che la sentenza Englaro contribuisca al dibattito sull'attuale rilievo del testamento biologico in Italia, visto che muove dal presupposto che si tratti di uno strumento lecito e lascia intendere che, se Eluana Englaro l'avesse predisposto e fosse stato sufficientemente specifico e determinato, sarebbe stato sicura-

¹³ Cfr. M. SESTA, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, in FONDAZIONE UMBERTO VERONESI, a cura di, *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2005, pp. 163-176:172; R. CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto alla identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*, in *Famiglia e Diritto*, n. 2, 2008, pp. 136-145:142.

In generale, sull'impatto della l. n. 6/2004 sul tema delle direttive anticipate, cfr. P. BORSELLINO, D. FEOLA, L. FORNI, a cura di, *Scelte sulle cure e incapacità: dall'amministrazione di sostegno alle direttive anticipate*, Insubria University Press, Varese, 2007; nonché, G. BONILINI, *"Testamento per la vita" e amministrazione di sostegno*, in FONDAZIONE UMBERTO VERONESI, a cura di, *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2005, pp. 189-200.

¹⁴ Cfr. Trib. Ravenna, sez. dist. Faenza, 21.8.2007; Trib. Tivoli, sez. dist. Palestrina, 10.10.2007; Trib. Vibo Valentia, sez. dist. Tropea, 30.11.2005; Trib. Roma, 21.12.2005; Trib. Modena, 13.5.2008. In particolare, quest'ultima decisione, nella quale si afferma "l'assoluta superfluità di un intervento del legislatore volto a introdurre e disciplinare il cd. testamento biologico", si può leggere in *Bioetica*, n. 2, 2008, p. 341-346:344, con note di M.G. SCACCHETTI, *Il testamento biologico è già previsto e tutelato dalle norme sull'amministrazione di sostegno. Il leading - case del decreto del Giudice Tutelare di Modena*, pp. 227-236, e di G. FERRANDO, *Il diritto di rifiutare le cure e le direttive anticipate*, pp. 329-340. Per un commento critico, nel senso della irriducibilità del testamento biologico al negozio di designazione dell'art. 408 c.c. cfr. G. SALITO, *Designazione preventiva dell'amministratore di sostegno e testamento biologico. Nota a Trib. Modena 13 maggio/5 novembre 2008*, in *Iustitia*, n. 2, 2009, pp. 207-218.

mente valutato come prova della sua volontà e probabilmente assecondato. Con ciò la Cassazione sembra dare credito all'orientamento che sostiene che le direttive anticipate, in assenza di una legge specifica e in attesa di essa, abbiano già cittadinanza all'interno dell'ordinamento italiano.

In senso ancor più forte, vi è chi sostiene che il giudice di legittimità, in occasione del caso Englaro, abbia addirittura creato per via giurisprudenziale il testamento biologico, riconoscendo per tali non solo le dichiarazioni scritte, ma anche quelle orali¹⁵, in ciò conformandosi all'opinione di quegli studiosi che parlano di direttive anticipate con riferimento a manifestazioni di volontà in forma indifferentemente sia scritta che orale¹⁶.

Sul fronte opposto, vi è chi, più cautamente, ritiene che la Cassazione abbia sì aperto un varco verso il riconoscimento del testamento biologico in Italia, ma che le sue considerazioni possano, al più, valere come sollecitazione verso il legislatore¹⁷.

¹⁵ E. CALÒ, *La Cassazione "vara" il testamento biologico*, in *Corriere giuridico*, n. 12, 2007, pp. 1686-1695:1693.

¹⁶ Ferrando Mantovani dà conto di questa prospettiva, pur non condividendola, e, per fornire una definizione di direttive anticipate e testamento biologico che sia in grado di ricomprendere tutte le forme che nel panorama bioetico vengono ricondotte a queste espressioni, utilizza il termine "dichiarazioni", senza specificarne i requisiti di forma (cfr. F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Criminalia*, 2006, pp. 57-90:63-64).

Sul fronte opposto si situa l'opinione espressa dal CNB che, guardando al medesimo panorama bioetico, definisce direttive anticipate e testamento biologico come "documenti", con ciò ritenendo la forma scritta un requisito *ad substantiam*, in assenza del quale neppure si potrebbe parlare di direttive anticipate (cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18 settembre 2003, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2003, §1, http://www.governo.it/bioetica/testi/Dichiarazioni_anticipate_trattamento.pdf).

¹⁷ Cfr. R. CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto alla identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*, in *Famiglia e Diritto*, n. 2, 2008, pp. 136-145:143.

3. Tesi: il d.d.l. Carloni-Chiaromonte

La XV legislatura, iniziata nel 2006 e terminata nel 2008, ha visto la presentazione in Parlamento di almeno una decina fra proposte e disegni di legge, tutti di iniziativa parlamentare, aventi ad oggetto direttive anticipate e/o testamento biologico. Nessuno di essi è giunto a completare l'iter legislativo e perciò, con l'instaurarsi della nuova compagine parlamentare nel corso del 2008, sono stati sottoposti alla prassi delle proposte e dei disegni di legge 'scaduti', che si considerano decaduti ma che solitamente, se sorretti dalla volontà politica di continuare a perseguire la genesi della legge, vengono riproposti con contenuto identico o leggermente diverso dagli stessi parlamentari primi proponenti (se riconfermati) o da altri nel corso della nuova legislatura. Anche l'attuale XVI legislatura vede presenti almeno una decina fra proposte e disegni di legge in tema di direttive anticipate, alcuni dei quali giungono tralattivamente dalle legislature precedenti¹⁸.

Nel prosieguo ci si soffermerà in particolare su due disegni di legge: *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipata nei trattamenti sanitari* di Carloni e Chiaromonte (S. 281, comunicato alla Presidenza il 29.4.2008)¹⁹ e *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario* di Tomassini e altri (S. 51, comunicato alla Presidenza il 29.4.2008)²⁰. Sarà interessante confrontarli come esempi di approcci differenti al tema del testamento biologico, per poi verificare quali dei loro contenuti siano trasfusi nel testo unificato *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento* (approvato dal Senato il 26.3.2009 e trasmesso alla Camera), noto come d.d.l. Calabrò²¹.

¹⁸ I testi integrali delle proposte e dei disegni di legge in parola sono reperibili all'indirizzo <http://www.senato.it>.

¹⁹ D.d.l. Carloni-Chiaromonte, S. 281/2008, *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipata nei trattamenti sanitari*, <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00311586.pdf>.

²⁰ D.d.l. Tomassini *et al.*, S. 51/2008, *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipata nei trattamenti sanitari*, <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00301801.pdf>.

²¹ D.d.l. Calabrò, S. 10-51-136-281-285-483-800-972-994-1095-1188-1323-1363-1368/2008, *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00409737.pdf>.

Il d.d.l. Carloni-Chiaromonte presenta un precipuo interesse di carattere storico all'interno del dibattito italiano sulle direttive anticipate. Risulta, infatti, tributario di una delle prime proposte italiane di testamento biologico, la cd. Biocard elaborata negli anni '90 dalla Consulta milanese di Bioetica²², i cui contenuti, giunti in Parlamento e traghettati da una legislatura alla successiva, si sono dimostrati sostenuti da una volontà politica particolarmente tenace²³.

Il d.d.l. in esame si propone, come manifestato nella nota di presentazione, di affermare “il principio di autodeterminazione nel campo delle cure mediche” e il diritto di ogni persona “di essere protagonista delle scelte riguardanti la sua salute, sia nel senso di accettare, sia nel senso di rifiutare l'intervento medico”, richiamando a fondamento di tale “diritto al rifiuto delle cure” l'art. 32, comma 2, Cost. e a fondamento dell'imprescindibilità del consenso all'atto medico l'art. 5 della Convenzione di Oviedo ratificata dall'Italia con l. 145/2001; osservando come il diritto di autodeterminazione incontri “limitazioni assolute nella circostanza in cui la persona venga a perdere la capacità di decidere o di comunicare le proprie decisioni”, per garantirne l'attuazione intende prevedere “uno strumento *nuovo* (non contemplato dall'ordinamento giuridico vigente) che consenta alla persona, finché si trova nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, di dare disposizioni per l'eventualità e per il tempo nel quale tali facoltà fossero gravemente scemate o scomparse; disposizioni *vincolanti* per gli operatori sanitari e, in generale, per ogni soggetto che si trovi implicato nelle scelte mediche riguardanti la persona”²⁴.

²² La Consulta milanese di Bioetica è un'associazione, nata nel 1989 ad opera del neurologo Roberto Boeri, che si propone lo scopo di promuovere il dibattito critico fra esperti (giuristi, medici, filosofi) e società sui problemi bioetici posti dallo sviluppo di medicina e biologia. La bozza di testamento biologico elaborata dalla Consulta, denominata Biocard, si può ritrovare in appendice a A. SANTOSUOSSO, *A proposito di “living will” e di “advance directives”: note per il dibattito*, in *Politica del diritto*, n. 3, 1990, pp. 494-497.

²³ Fermandosi solo a un paio di legislature addietro, il d.d.l. Carloni-Chiaromonte risulta riprendere i precedenti e pressoché identici d.d.l. Del Pennino (S. 818/2006, XV legislatura), d.d.l. Ripamonti (S. 665/2006, XV legislatura), d.d.l. Ripamonti-Del Pennino (S. 2279/2003, XIV legislatura).

²⁴ D.d.l. Carloni-Chiaromonte, S. 281/2008, *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipata nei trattamenti sanitari*, <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00311586.pdf>, pp. 2-3.

Il d.d.l. è formulato in quattro articoli, che riguardano, rispettivamente, il diritto all'informazione in ambito medico, il consenso ai trattamenti, le direttive anticipate e le disposizioni processuali.

L'art. 3 si riferisce alle direttive anticipate, che indica con l'espressione "dichiarazioni di volontà". Secondo quanto stabilito, il testamento biologico si configura come un atto scritto (scrittura privata autenticata) col quale, oltre che a disporre in merito ai trattamenti sanitari, si può, nel solo caso di sopraggiunta incapacità irreversibile, nominare un fiduciario che decida al proprio posto.

Si tratterebbe di un testamento biologico 'a struttura complessa', contemplante sia direttive di istruzioni che una direttiva di delega, *eventuale* e subordinata alla irreversibilità dello stato di incapacità. In assenza di limitazioni esplicite, i contenuti sembrano poter essere i più ampi e vari, essendo sufficiente la sola attinenza al consenso/rifiuto in relazione a non meglio specificati trattamenti sanitari futuri. Tuttavia, se si integra l'articolo 3 col disposto dell'art. 2 in cui si fanno oggetto di un pieno diritto al consenso/rifiuto solo quei trattamenti "che stiano per essere eseguiti o che siano prevedibili nello sviluppo della patologia in atto", emerge un limite: il testamento biologico pare possa essere validamente redatto solo quando la malattia è già in corso e non quando l'individuo sia perfettamente sano²⁵.

D'altra parte, però, l'ambito di operatività delle direttive anticipate non viene circoscritto, come è per i corrispondenti istituti statunitensi e canadesi, alla sussistenza necessaria di una *condizione terminale*. Non è, inoltre, indicato lo spazio d'autonomia di cui godrebbe il fiduciario, nominato per il solo caso di incapacità irreversibile, che sembrerebbe autorizzato a prendere decisioni per conto del delegante anche nella totale assenza di sue direttive di istruzioni. La nomina è definita revocabile, ma non si dice chi è titolare del potere di revoca. In mancanza di una designazione, ad essa provvede il giudice (pare obbligatoriamente) e questo sistema d'intervento suppletivo giudiziale, sebbene voglia tutelare un soggetto debole garantendo che ci sia sempre per lui qualcuno in grado di interloquire col

²⁵ Tale ricostruzione è avvalorata dalla nota di presentazione del disegno di legge, laddove dice che sulla disposizione dell'art. 2 "si fonda la validità giuridica delle 'volontà anticipate', alla formulazione e all'applicazione delle quali sono dedicati gli articoli 3 e 4".

medico e di rappresentare una controparte nei suoi confronti, rischia di essere eccessivamente “invasivo”²⁶.

L’art. 4 dispone che in caso di divergenza tra le decisioni del fiduciario e le proposte dei sanitari, chiunque vi abbia interesse può ricorrere al giudice, che, nel caso in cui risultino dichiarazioni di volontà anticipate, è obbligato a decidere in conformità alle stesse²⁷.

Dall’insieme degli articoli risulta chiaro il ruolo di perno attribuito alla volontà della persona, volontà che, *se espressa in una direttiva*, non tollera mediazioni da parte né dei medici, né del giudice, in una forte espressione del principio di autonomia. Nel caso, però, in cui il paziente irreversibilmente incapace non abbia provveduto alla redazione di una direttiva, il giudice può nominare un fiduciario terapeutico che prenda le decisioni al suo posto. Ecco palesarsi il rischio, emerso in commento al caso Englaro, che il mancato esercizio dell’autodeterminazione individuale autorizzi una sostanziale eterodeterminazione.

Il modello di testamento biologico che emerge dal d.d.l. in esame è quello di un istituto: *mirato*, i cui contenuti riguardano gli sviluppi di una malattia già in atto ma che non vengono ulteriormente delimitati; *vincolante* per coloro che si trovino ad esserne destinatari (sanitari, fiduciario, giudice); a funzione *potenzialmente pretensiva*, in quanto appare idoneo ad accogliere, qualora l’ordinamento legalizzasse l’eutanasia, anche richieste di soppressione eutanastica; ragionevolmente *flessibile* quanto alla forma di redazione (scrittura privata autenticata).

²⁶ Il comma 4 dell’art. 3, che prevede la nomina giudiziale del rappresentante terapeutico, ha attirato molte critiche da parte dei primi commentatori dei d.d.l. ‘progenitori’ del Carloni-Chiaromonte: c’è chi ammonisce sulla difficoltà di decidere da parte del magistrato e sulla lampante contraddizione che questa disposizione porta all’interno di una legge che vuole essere tutta incentrata sul rispetto della autonomia del paziente; altri tacciano di “paternalismo giuridico” questo meccanismo sostitutivo giudiziale, strumento di eterodeterminazione in una legge basata sulla autodeterminazione; altri, a favore della nomina giudiziale, rilevano come la scelta del giudice imparziale permetta di evitare un potenziale conflitto di interessi che si avrebbe qualora fosse lasciato ai familiari (magari implicati nella successione ereditaria) il potere di nominare un rappresentante, e sia d’altra parte non solo opportuna ma necessaria, data la mancanza di poteri in materia personale del tutore degli interdetti (cfr. AA. VV., *Dalla proposta della Consulta di Bioetica alla recente proposta di legge. Tavola rotonda e discussione*, in *Bioetica*, n. 2 suppl., 2001, pp. 99-122).

²⁷ Che il sistema di composizione giudiziale del contrasto medico-fiduciario possa applicarsi anche nell’art. 2 al contrasto medico-paziente?

4. Antitesi: il d.d.l. Tomassini

Il d.d.l. Tomassini, presenta una struttura molto più analitica e complessa e sembra tenere conto in misura maggiore del dibattito bioetico e delle esperienze giuridiche straniere. Il testo, che si compone di 17 articoli, ha visto varie versioni nel corso delle ultime legislature, di poco differenti tra loro (d.d.l. Tomassini S. 3/2006, *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario*, XV legislatura, che a sua volta ripeteva il d.d.l. Tomassini S. 2943/2004, *Norme in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento*, XIV legislatura)²⁸. Il d.d.l. si propone, come si legge nella nota di presentazione, di “dare concreta applicazione al riconosciuto principio di autodeterminazione nel campo delle cure mediche, diritto di cui ogni individuo gode, in relazione alle scelte riguardanti la propria salute, sia nel senso di accettare, sia nel senso di rifiutare l’intervento medico” e di far in modo che ciascuno “possa preventivamente disporre, nei limiti consentiti dalle norme costituzionali, civili e penali, in merito ai trattamenti sanitari cui intenda o meno essere sottoposto, al trattamento del proprio corpo e delle proprie spoglie, nonché esprimere le proprie convinzioni religiose”.

È evidente l’intento di non sovvertire i principi dell’ordinamento giuridico vigente, in particolare si chiarisce che “la scelta e la dichiarazione di volontà preventiva in merito al trattamento medico, o alle diverse opzioni curative, non intende consentire, neanche in via interpretativa o analogica, il ricorso all’eutanasia o all’accanimento terapeutico. In base a quanto disposto dai principi fondamentali del nostro ordinamento, infatti, il bene della vita risulta sottratto a qualsivoglia profilo di disponibilità”²⁹.

Quali strumenti di autodeterminazione preventiva il disegno in esame prevede due istituti, la dichiarazione anticipata di trattamento (evitando così l’espressione

²⁸ D.d.l. Tomassini, S. 3/2006, *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario*,

<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00208453.pdf>;

d.d.l. Tomassini, S. 2943/2004, *Norme in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento*,

<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00107833.pdf>.

²⁹ D.d.l. Tomassini *et al.*, S. 51/2008, *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipata nei trattamenti sanitari*,

<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00301801.pdf>, p. 2.

‘testamento di vita’ che ricorreva nel d.d.l. Tomassini S. 2943/2004) e il mandato in previsione dell’incapacità, accostandosi in questo all’esperienza americana, che distingue nettamente, all’interno della categoria delle direttive anticipate, e il *living will* e il *durable power of attorney*. Bisogna sottolineare che, ai sensi dell’art. 1, l’incapacità decisionale in presenza della quale operano le direttive anticipate può essere anche temporanea. Questo svincola l’efficacia della dichiarazione dalla sussistenza di una condizione irreversibile o terminale, considerata in genere necessaria per il testamento biologico dagli ordinamenti stranieri.

Qualora ci si avvalga della facoltà di redigere un testamento biologico in esso “è contenuta la nomina di un fiduciario” (art.13; la nomina pare, quindi, non eventuale, ma obbligatoria), cui sono affidate le decisioni in merito ai trattamenti sanitari, nonché in ordine all’uso del corpo o di parte di esso, alle modalità di sepoltura e alla assistenza religiosa.

Stando alla lettera della legge, non sembra necessario che la malattia in previsione della quale si redige il testamento sia già in corso al momento della redazione, né che sussista una condizione terminale per rendere operative le disposizioni del testamento, né che lo stato di incapacità sia irreversibile per far divenire efficace la direttiva di delega (come prevede espressamente, invece, il d.d.l. Carloni-Chiaromonte)³⁰. Vengono dichiarati applicabili, ove compatibili, gli articoli 587 (“Testamento”) e seguenti del codice civile (art. 13).

Per quanto riguarda il carattere vincolante o meno delle direttive, si stabilisce che esse siano impegnative per le scelte sanitarie del medico, il quale può disattenderle in tutto o in parte solo quando siano divenute inattuali o inadeguate dal punto di vista scientifico e terapeutico (art. 14, comma 6). La mediazione del personale sanitario vale ad attualizzare il consenso espresso in via anticipata, dal momento che il medico è tenuto a valutare, sulla base della propria competenza

³⁰ È vero che la nota di presentazione, in tema di consenso all’atto medico, parla di “trattamenti sanitari che stiano per essere eseguiti o che siano prevedibili nello sviluppo della patologia in atto”, ma questa importante specificazione non viene più ripetuta all’interno del testo di legge, dove acquisterebbe particolare rilevanza proprio in merito al testamento biologico.

professionale e delle regole deontologiche, la volontà del paziente nella situazione specifica in cui è destinata ad operare³¹

Nei confronti del fiduciario è stabilito che egli debba eseguire le disposizioni del testatore seguendo la lettera del testamento di vita e basandosi sulla “attività rivolta ad indagare e ricostruire il significato da attribuire alle dichiarazioni” (art. 13, comma 4).

In mancanza di direttive di istruzioni, il fiduciario nominato nel testamento di vita, così come il mandatario nominato nel mandato in previsione dell’incapacità, così come chi è altrimenti legittimato a esprimere il consenso/dissenso per conto dell’incapace (ad es. rappresentante legale), deve operare nel migliore interesse del paziente. Spicca, dunque, l’elevazione a parametro decisivo del criterio del migliore interesse (mutuato dall’anglosassone *best interest*), in base al quale “colui che presta o rifiuta il consenso ai trattamenti sanitari, per conto di altri che versano in stato di incapacità, è tenuto ad agire nell’esclusivo e migliore interesse dell’incapace, tenendo conto della volontà espressa da quest’ultimo in precedenza, nonché dei valori e delle convinzioni notoriamente proprie della persona in stato di incapacità” (art. 4). È interessante notare come questa disposizione possa essere considerata un precipitato del principio di diritto elaborato dalla Cassazione nella sent. n. 21748/2007 sul caso Englaro.

Il d.d.l. Tomassini rappresenta il perfetto contraltare del d.d.l. Carloni-Chiaromonte, in quanto promotore di un testamento biologico: *generico*, perché non necessariamente legato agli sviluppi di una malattia già in atto; *non assolutamente vincolante* ma nemmeno meramente orientativo per il medico; a funzione dichiaratamente *oppositiva*, in limitazione dell’accanimento terapeutico³²; *rigido* quanto alla forma di redazione, modifica e revoca (atto pubblico notarile, da conservarsi in apposito registro nazionale istituendo).

³¹ M. SESTA, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, in in FONDAZIONE UMBERTO VERONESI, a cura di, *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2005, pp. 163-177:171.

³² Non manca chi sottolinei l’inutilità di una concezione di testamento biologico in funzione oppositiva all’accanimento terapeutico, pratica già vietata dall’ordinamento giuridico e dal codice di deontologia medica, cfr. R. CECCHI, *Il testamento biologico: perché?*, in FONDAZIONE UMBERTO VERONESI, a cura di, *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2005, pp. 107-139.

5. Sintesi? Il d.d.l. Calabrò

Il d.d.l. Calabrò, nel testo approvato dal Senato, si compone di 9 articoli ed è il risultato dell'unificazione di più d.d.l., tra i quali anche i due appena esaminati. Il d.d.l. si propone, *in primis*, di tutelare la vita quale bene inviolabile e indisponibile, la salute e la dignità umana. Come per il d.d.l. Tomassini, anche qui è evidente l'intento di non sovvertire i principi dell'ordinamento giuridico vigente, restando vietata ogni forma di eutanasia, di assistenza o aiuto al suicidio, di accanimento terapeutico (art. 1). In particolare, vengono disciplinate le procedure di acquisizione del consenso informato, indicando peraltro i soggetti legittimati ad esprimerlo o integrarlo in caso di incapacità o minore età del paziente (art. 2).

Quale strumento di autodeterminazione preventiva il disegno in esame prevede la dichiarazione anticipata di trattamento (artt. 3-4), senza contemplare specificamente l'istituto del mandato in previsione dell'incapacità accanto al testamento biologico, in ciò ricordando il d.d.l. Carloni-Chiaromonte.

Il dichiarante "esprime il proprio orientamento in merito ai trattamenti sanitari in previsione di un'eventuale futura perdita della capacità di intendere e di volere" (art. 3). In assenza di espliciti richiami all'irreversibilità o terminalità della condizione patologica, sembra che l'incapacità decisionale in presenza della quale sono destinate a operare le direttive anticipate possa essere anche solo temporanea.

Qualora ci si avvalga della facoltà di redigere un testamento biologico in esso "il dichiarante può nominare un fiduciario" (art. 6; la nomina è, quindi, eventuale), che, una volta nominato, è l'unico soggetto legittimato a interagire coi medici. Egli deve agire nell'esclusivo e migliore interesse del paziente, osservando le sue preve indicazioni.

Per quanto riguarda il carattere vincolante o meno delle direttive, si stabilisce che esse siano "prese in considerazione" dal medico, il quale può disattenderle annotando le motivazioni della scelta nella cartella clinica. Le indicazioni del paziente sono valutate in scienza e coscienza "in applicazione del principio dell'invulnerabilità della vita umana e della tutela della salute, secondo i principi di precauzione, proporzionalità e prudenza" (art. 7).

Nei confronti del fiduciario è stabilito che egli debba eseguire le disposizioni del paziente seguendo “sempre e solo ... le indicazioni legittimamente esplicitate” nella dichiarazione anticipata (art. 6), vigilando affinché siano somministrate le migliori cure palliative disponibili e siano evitati accanimento terapeutico, abbandono terapeutico, nonché forme surrettizie di eutanasia. Scompare, dunque, ogni riferimento a valori e convinzioni notoriamente proprie della persona in stato di incapacità quali parametri decisori del fiduciario, presente, invece, nel d.d.l. Tomassini.

Stando alla lettera della legge, non sembra necessario che la malattia in previsione della quale si redige la dichiarazione sia già in corso al momento della redazione, né che sussista una condizione terminale o irreversibile per rendere operative le disposizioni.

Il d.d.l. Calabrò risulta promotore di un testamento biologico: *generico*, perché non necessariamente legato agli sviluppi di una malattia già in atto; *non assolutamente vincolante* per il medico; a funzione dichiaratamente *oppositiva*, in limitazione dell'accanimento terapeutico, giammai *pretensiva* di forme eutanasiche; *flessibile* quanto alla forma di redazione, modifica e revoca (l'art. 4 prevede la forma scritta con sottoscrizione autografa del dichiarante e la validità per 5 anni, salvo rinnovo).

Se la struttura della dichiarazione ricorda quella ‘alla Carloni-Chiaromonte’ più che quella ‘alla Tomassini’, il suo contenuto pare ricevere, a garanzia dell'indisponibilità della vita, più limiti di quelli già contemplati nel d.d.l. Tomassini.

È significativo che nel qualificare i contenuti delle direttive il d.d.l. Calabrò non usi il termine di ‘volontà’, ma quelli di ‘intenzioni’ o ‘orientamenti’, con ciò ammorbidendo la natura volitiva delle dichiarazioni e il loro potenziale carattere vincolante.

Dalla lettura dell'art. 7, dedicato al ruolo del medico, si evince che il compromesso fra non assoluta vincolatività e mera orientatività, garantito dal d.d.l. Tomassini per il tramite del vaglio di persistente attualità delle direttive da parte del medico, venga qui decisamente risolto a favore di un carattere orientativo.

Dell'operare massiccio del principio della indisponibilità della vita è testimonianza anche la previsione in base alla quale in condizioni di urgenza o in caso di pericolo di vita immediato, la dichiarazione non può ricevere applicazione (art. 4, comma 6); nonché la qualificazione di alimentazione e idratazione artificiali come cure assistenziali non rifiutabili (art. 3, comma 5)³³.

La resistenza nel considerare la vita come *res*, bene disponibile, traspare anche dalla assenza della clausola di compatibilità con gli articoli 587 (“Testamento”) e seguenti del codice civile, presente nel d.d.l. Tomassini.

Descritti sinteticamente i contenuti salienti dei disegni di legge, accingiamoci ad esaminarli criticamente, nel tentativo di svelare la matrice culturale cui fanno riferimento.

6. *Le matrici culturali dei disegni di legge*

Il d.d.l. Carloni-Chiaromonte appare tributario di una impostazione liberale-individualista di ascendenza lockiana³⁴. Il testamento biologico da esso proposto è un negozio i cui contenuti non sono delimitati in maniera specifica dal testo di legge, che lascia amplissimo spazio alla libera valutazione del soggetto in ordine ai trattamenti sanitari da chiedere o rifiutare³⁵. Il corpo e la salute vengono intesi

³³ In ciò il d.d.l. Calabrò supera quella previsione del d.d.l. Tomassini (art. 5) che chiarisce come alimentazione e idratazione artificiali non possano essere considerati accanimento terapeutico. Il fatto che un atto medico non possa di per sé integrare accanimento terapeutico, infatti, lascia impregiudicate la possibilità di qualificare quell'atto come trattamento sanitario e la sua conseguente rifiutabilità.

³⁴ Secondo il pensiero liberale del giusnaturalista John Locke (1632-1704), lo Stato è chiamato a rispettare l'autonomia e le decisioni del singolo, mettendo a disposizione di quest'ultimo la sua organizzazione. L'autorità politica è legittima solo se serve a garantire con la massima efficacia la realizzazione dei fini di ciascuno e, cioè, quando mira a farsi espressione della volontà individuale. Lo Stato deve intervenire (solamente) laddove il singolo non riesca, da solo, a produrre i risultati che ritenga meritevoli di essere perseguiti (cfr. J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, Utet, Torino, 1948).

³⁵ Recita l'art. 3 con una formulazione generica, elastica e aperta a ricevere una notevole gamma di contenuti: “Ogni persona capace ha il diritto di esprimere il proprio consenso o il proprio rifiuto in relazione ai trattamenti sanitari che le potranno in futuro essere prospettati. La dichiarazione di volontà può essere formulata e restare valida anche per il tempo successivo alla perdita della capacità naturale”.

come cose di cui l'individuo, tramite le sue volizioni, "dispone a tutti gli effetti quasi fosse un proprietario"³⁶.

La linea di giustificazione del diritto all'autonomia del paziente perseguita sembra quella utilitaristica, in base alla quale il singolo ha il potere di evitare le sofferenze non accettate e, specularmente, chi entri in contatto con un sofferente ha il dovere di evitare quelle azioni che vadano contro la sua volontà, per rispettare ciò che questi, da individuo autonomo, vuole o non vuole relativamente alle proprie sofferenze³⁷.

È significativo che la nota di presentazione del disegno di legge non si soffermi a esplicitare l'inidoneità delle direttive anticipate a richiedere la soppressione eutanasica. Tale silenzio sembra ricalcare perfettamente l'elaborazione lockiana in tema di diritto sulla vita: è vero che Locke ritiene doveroso il rispetto della vita e la sua conservazione, visto che la vita è ciò di cui la libertà ha bisogno per esprimersi, come è vero che il disegno di legge in esame dovrebbe comunque conformarsi a un ordinamento giuridico che non ammette l'eutanasia, *ma* la necessità della libertà di esprimersi è per Locke, in definitiva, "un bisogno limitato, nel tempo e nei modi, dalla libertà stessa"³⁸, così come il disegno di legge lascia presupporre la più ampia possibilità di contenuti per la volontà anticipata di trattamento.

La supposta doverosità di salvaguardia della vita, proprio perché data per scontata e privata dei puntelli di una rigorosa consapevolezza, si presta a essere travolta dai presupposti individualistici³⁹.

³⁶ P. SOMMAGGIO, *Il dono preteso. Il problema del trapianto d'organi: legislazione e principi*, Cedam, Padova, 2004, p. 227.

³⁷ Per questa ricostruzione dell'autonomia del paziente in versione utilitaristica, cfr. E. LECALDANO, *Dall'autonomia del paziente alle carte di autodeterminazione. Il contributo della riflessione bioetica*, in *Bioetica*, n. 2 (suppl), 2001, pp. 9-17.

L'utilitarismo, trattandosi di un atteggiamento filosofico che propende per il cognitivismo etico, si inserisce in maniera coerente nell'impianto giusnaturalistico, che pensa la legge di natura come un sistema di valori conoscibili.

³⁸ F. CAVALLA, *Diritto alla vita e diritto sulla vita: sulle origini del problema dell'eutanasia*, in G. BAX, E. BERTI, F. CASSON, *La vita: realtà e valore: studi in onore di mons. Girolamo Bortignon*, Gregoriana Libreria Editrice, Padova, 1990, pp. 169-192:177.

³⁹ Da questo punto di vista il pensiero di Thomas Hobbes (1588-1679) si muove senza equivoci: l'autoconservazione è un valore solo se l'individuo lo considera tale e l'uomo ha un preciso diritto *sulla* vita, considerata un bene giuridico, una *res* fra le altre.

È per questo che il d.d.l. Carloni-Chiaromonte sembra idoneo, molto più del d.d.l. Tomassini, ad acconsentire all'eutanasia passiva, tramite le late maglie di una interpretazione estensiva, o ad accoglierla, tramite l'interpretazione evolutiva (in caso di successiva approvazione di una legge di depenalizzazione dell'eutanasia in Italia).

Il testamento biologico 'alla Carloni-Chiaromonte', inoltre, è dotato di un carattere fortemente *vincolante* nei confronti del medico, il quale *deve* eseguire le disposizioni anticipate di trattamento. L'intervento dello Stato garantisce così, tramite la legge, che il malato incosciente possa ottenere, per quanto riguarda la propria salute, ciò che non sarebbe in grado di perseguire personalmente, dato il proprio stato di incoscienza, ma che ritiene rispondere maggiormente ai propri interessi. In altre parole, l'imposizione, per mano statale, di un dovere in capo al medico assicura il raggiungimento, altrimenti impossibile, degli obiettivi del soggetto⁴⁰.

Il fatto che il disegno di legge preveda per le dichiarazioni anticipate la forma della scrittura privata (seppure autenticata) invece dell'atto pubblico, come invece richiede il d.d.l. Tomassini, è un indizio che depone a favore di una generale impostazione più 'intimista', basata sul concetto di 'privatezza' e sull'idea dello 'Stato minimo'.

In sintesi, il principio di autodeterminazione tutelato dal d.d.l. Carloni-Chiaromonte sembra ispirarsi a un modello permissivo-individualista di derivazione lockiana, sposato ad una visione utilitaristica dell'autonomia, in cui, finché il comportamento del soggetto non riflette conseguenze dannose sui terzi, tenden-

⁴⁰ "Il cittadino ha diritto di chiedere che lo Stato intervenga e fornisca il suo aiuto. Non, beninteso, perché, attraverso le leggi, decida lui della vita e della morte, e, quanto meno, del momento in cui a tal punto quella sia stata vulnerata da questa che la sua presenza possa, nella sostanza, essere considerata definitiva. Ma nel senso invece che, consapevole della estrema problematicità e difficoltà di questo passaggio, lo Stato offra strumenti, non modelli di comportamento; offra e disponga servizi presso i quali la decisione, che è pur sempre e resta quella di un individuo, riceva il conforto delle nozioni che allo scopo possano essere utili" (G. SASSO, *Dignità e ambiguità del morire. Per un'ars moriendi laica*, in *Bioetica*, n. 1, 1999, p. 183).

zialmente non si determina alcun interesse generale, collettivo o statale che possa imporsi sulla scelta individuale in merito alla propria vita o alla propria salute⁴¹.

Il d.d.l. Tomassini, d'altro canto, così come il testo unificato di cui al d.d.l. Calabrò, appare latore di un'impronta democratica di roussoviana memoria. Il testamento biologico proposto, se confrontato con quello del d.d.l. Carloni-Chiaromonte, è un negozio i cui contenuti sono delimitati in maniera più specifica dal testo di legge.

Infatti, il legislatore attua una propria e specifica valutazione delle disposizioni meritevoli di tutela e determina chiaramente le disposizioni che il testamento di vita può contenere⁴². La nota di presentazione del d.d.l. Tomassini è esplicita nel ribadire che attraverso l'introduzione delle direttive anticipate si vuole evitare l'accanimento terapeutico, lasciando intendere di non voler aprire la porte a richieste eutanasiche. Scelta esplicitamente affermata nel testo del d.d.l. Calabrò. Inoltre, il testamento biologico proposto dai due disegni di legge non ha carattere assolutamente vincolante, ma deve essere sottoposto alla valutazione del medico (garante della comunità?).

Si tratta di una impostazione basata sul rispetto della vita umana e sul principio della sua indisponibilità. Ciò è ulteriormente testimoniato dalle disposizioni che, nel disciplinare le situazioni d'urgenza e di pericolo di vita, si uniformano al brocardo dell'*in dubio pro vita* (art. 6 d.d.l. Tomassini; art. 4, comma 6, d.d.l. Calabrò), nonché da quelle che limitano o vietano il rifiuto dell'alimentazione e l'idratazione artificiali (art. 5 d.d.l. Tomassini; art. 3, comma 5, d.d.l. Calabrò). Analoghe disposizioni mancano, non a caso, nel d.d.l. Carloni-Chiaromonte.

In questo senso, il d.d.l. Tomassini e il d.d.l. Calabrò sembrano rifarsi ad un modello 'impositivo della vita', in base al quale è legittima l'adozione da parte

⁴¹ Carlo Casonato definisce "a tendenza permissiva" l'ordinamento giuridico che adotti questo atteggiamento verso le scelte di fine vita, cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Alcione, Trento, 2006, , pp. 151-154.

⁴² Recita l'art. 1 che per dichiarazione anticipata di trattamento debba intendersi "l'atto scritto con il quale taluno dispone in merito ai trattamenti sanitari, nonché in ordine all'uso del proprio corpo o di parte di esso, *nei casi consentiti dalla legge*, alle modalità di sepoltura e alla assistenza religiosa".

statale di compiti rivolti ad una generale salvaguardia della vita umana⁴³. In altre parole, essi si propongono di tutelare un interesse generale alla salvaguardia della vita del singolo, senza lasciare alla sola autonomia individuale le decisioni relative alla vita e alla morte, secondo un'impostazione, come già anticipato, di matrice rousseviana.

Secondo il pensiero di Rousseau, infatti, l'autorità politica appare come l'espressione di una 'volontà generale' in grado di sintetizzare e rappresentare la libertà di tutti i cittadini⁴⁴. Si tratta della visione democratica dell'organizzazione sociale, che si presta, però, a divenire totalitaria qualora si enfatizzi la caratteristica dello Stato così formatosi ad essere l'unico soggetto la cui volontà non risulta condizionata da principi e regole ad essa esterni⁴⁵. In quest'ottica, spetta unicamente alla collettività essere la fonte del diritto di disporre dell'oggetto vitalità-corpo: "ciascuno è formalmente riconosciuto titolare di diritti sul corpo, ma il contenuto di questi è sempre e solo determinato dalla volontà generale"⁴⁶.

A ulteriore riprova della rispondenza dei due disegni di legge alla mentalità moderna, si osservi che, sebbene il d.d.l. Tomassini sia in grado di rassicurare chi teme che le direttive anticipate si possano risolvere in strumenti di eutanasia, tuttavia esso non è esente dalle ambiguità proprie della concezione moderna del diritto alla (=sulla) vita.

Ad esempio, l'uso di un linguaggio tecnico-giuridico elaborato per i diritti patrimoniali ("contratto" per il mandato in previsione dell'incapacità, "atto di volon-

⁴³ Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Alcion, Trento, 2006, pp. 135-136. Lo stesso autore sottolinea altrove come, rispetto alle scelte di fine vita, si assista negli ordinamenti giuridici della *western legal tradition* ad un progressivo avvicinamento dei modelli a tendenza permissiva con quelli a tendenza impositiva, cfr. C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2008, pp. 545-575:566-567. Ad avviso di chi scrive ciò testimonierebbe (e sarebbe consentito da) la comune matrice culturale di stampo razionalistico e volontaristico delle due prospettive.

⁴⁴ Cfr. J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Vallecchi, Firenze, 1924.

⁴⁵ Rousseau fornisce due definizioni di 'volontà generale': l'una, quantitativa, identifica la volontà generale con quella dei più; l'altra, qualitativa, identifica la volontà generale con quella capace di individuare il *bene comune*. Quando una figura carismatica, una *élite* o un partito si rendono gli unici interpreti legittimi del bene comune, alla minoranza non resta che un sano diritto di autocritica: ecco profilarsi la degenerazione totalitaria.

⁴⁶ P. SOMMAGGIO, *Il dono preteso. Il problema del trapianto d'organi: legislazione e principi*, Cedam, Padova, 2004, p. 228.

tà” per il testamento di vita, “disponente” per il redattore di direttive anticipate), nonché la dichiarazione di applicabilità della disciplina patrimoniale testamentaria, testimoniano come l’approccio ai beni vita-salute-corpo sia tributario della considerazione degli stessi quali *res*^{47 48}.

Inoltre, gli stessi presupposti rousseviani consentono lo svilupparsi di un latente interventismo statale, che si coglie nel demandare in primo luogo all’autorità giudiziaria la risoluzione di ogni controversia relativa ai meccanismi decisionali-sanitari⁴⁹, con il possibile ingresso del problematico criterio della volontà presunta; in questo senso, è indicativa anche la previsione, per gli istituti di direttive anticipate, della forma dell’atto pubblico (con l’intervento, dunque, di un pubblico ufficiale) e dell’istituzione di un pubblico registro in cui conservare i documenti.

Queste derive oggettualistiche e burocratizzanti sembrano evitate dal d.d.l. Calabrò. Nel testo unificato, infatti, non si ritrovano riferimenti ai diritti patrimoniali, in caso di controversia è previsto l’intervento di un collegio di medici⁵⁰, e la dichiarazione va redatta per iscritto con sottoscrizione autografa ma non autenticata.

⁴⁷ Esempio lampante di questo atteggiamento è il decreto del Tribunale di Modena del 13.5.2008, in cui, in riferimento al testamento biologico, si legge: “non si scorge ragione di un presunto regime delle disposizioni sul proprio corpo difforme da quello delle volontà testamentarie patrimoniali” (Trib. Modena, 13.5.2008, in *Corriere giuridico*, n. 9, 2008, pp. 1287-1289:1289).

⁴⁸ “L’assimilazione della disposizione del corpo alla molto più familiare disposizione patrimoniale, la riconduzione del consenso al trattamento medico entro la categoria generale del negozio giuridico, sono un caso di concettualismo, di asservimento di problemi inusuali – perché rimasti per secoli fuori della visuale dei giuristi – a categorie consolidate” (D. CARUSI, *Tutela della salute, consenso alle cure, direttive anticipate: l’evoluzione del pensiero privatistico*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 1, 2009, pp. 7-20:11; sulla crisi delle categorie giuridiche tradizionali nell’epoca contemporanea cfr. U. VINCENTI, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Laterza, Roma-Bari, 2007).

⁴⁹ Cfr. art. 3 in tema di decisioni sostitutive, art. 9 in tema di contrasti fra soggetti parimenti legittimati a esprimere il consenso per l’incapace, art. 11 in tema di rendiconto e controllo dell’operato del mandatario. La presenza di questo paternalismo giudiziario salta all’occhio in modo più evidente laddove si confronti la soluzione del d.d.l. Tomassini con quella del d.d.l. Marino (S. 10/2008, *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari al fine di evitare l’acanzamento terapeutico, nonché in materia di cure palliative e di terapia del dolore*, <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00311657.pdf>). Tale ultimo d.d.l. prevede il ricorso al giudice come un’autentica *extrema ratio*, di cui avvalersi solo dopo il fallimento dell’intervento mediatore del comitato etico della struttura sanitaria di riferimento.

⁵⁰ Cfr. art. 7, comma 3, che prevede l’emanazione di un parere non vincolante da parte del collegio di medici in caso di controversia fra il fiduciario e il medico curante; art. 8 che prevede il parere del collegio (o del medico curante) di fronte all’autorità giudiziaria in caso di assenza del fiduciario, di contrasto fra soggetti parimenti legittimati a esprimere il consenso al trattamento sanitario o di inadempimento/inerzia dei soggetti legittimati.

Tuttavia, il rischio che il d.d.l. Calabrò corre nel limitare drasticamente i contenuti delle direttive anticipate è quello di rifarsi ad un modello non solo indicativamente, ma assolutamente ‘impositivo della vita’. Un modello che rimette, roussovianamente, alla sola collettività in quanto tale la completa determinazione dei diritti, esautorando il singolo⁵¹.

L’esame dei vari disegni di legge in tema di direttive anticipate conferma, dunque, come la visione antropologica sottesa al pensiero giuridico moderno veda nell’uomo il detentore di una signoria su di sé, una signoria la cui effettiva titolarità, però, oscilla costantemente fra i due poli dell’individuo e della collettività⁵².

⁵¹ Molte le voci critiche sul d.d.l.: Luigi Ferrajoli, ad esempio, lo ritiene incostituzionale, perché contrario alla libertà di autodeterminazione e al diritto all’integrità personale, nonché lesivo del principio di uguaglianza (L. FERRAJOLI, *Trattamenti sanitari forzati*, in *Ragion pratica*, n. 32, 2009, pp. 357-363); Demetrio Neri prevede “conseguenze disastrose in termini di coartazione non solo della volontà attuale del paziente che decide di redigere un testamento biologico, ma anche dell’autonomia professionale e deontologica del medico, il quale verrebbe privato della possibilità di effettuare una valutazione dell’appropriatezza del trattamento nel caso specifico” (D. NERI, *Sul “testamento biologico”: esigenze normative e ritardi legislativi*, in *Cassazione penale*, n. 5, 2009, pp. 2205-2214;2210).

⁵² Cfr. F. CAVALLA, *Diritto alla vita e diritto sulla vita: sulle origini del problema dell’eutanasia*, in G. BAX, E. BERTI, F. CASSON, *La vita: realtà e valore: studi in onore di mons. Girolamo Bortignon*, Gregoriana Libreria Editrice, Padova, 1990, pp. 169-192.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

LA (RI)COSTRUZIONE DELLA VOLONTÀ DEL PAZIENTE

SOMMARIO: 1. Logica e direttive anticipate di trattamento sanitario - 2. In particolare: il giudizio sostitutivo - 3. Un possibile scacco: il dissolvimento dell'autodeterminazione

1. Logica e direttive anticipate di trattamento sanitario

Nei termini in cui sono conosciuti negli ordinamenti giuridici occidentali, gli istituti di direttive anticipate di trattamento sanitario appaiono perfettamente coerenti con il paradigma del pensiero giuridico moderno¹, sia per quanto riguarda il rapporto dell'individuo con se stesso, sia per quanto riguarda la relazione del singolo con la collettività. Non si può non notare come essi possano (anche) essere degli strumenti di disposizione del proprio corpo, della propria salute e della propria vita (laddove integrino richieste di soppressione eutanassica), tendenzialmente trattati come fossero beni rientranti nel proprio dominio.

Questo per quanto riguarda i profili di contenuto delle direttive anticipate. Ma il paradigma moderno può investire anche le forme delle direttive, le loro stesse condizioni di possibilità e le loro modalità espressive. La supposta (razionalistica) perfetta rappresentabilità del reale, infatti, unitamente alla (oggettivistica) riduzione del mondo ad un fascio di fenomeni, fanno sì che pure dell'oggetto-volontà possa darsi una descrizione adeguata e verificabile, passibile di essere trasfusa in un documento (direttive anticipate scritte, il cd. testamento biologico) o di essere comunque empiricamente ricostruita tramite altre prove e indizi (direttive anticipate orali).

Fra volontà del paziente e decisione dell'esecutore-interprete si instaura un rapporto di corrispondenza che rende possibile la sostituzione fra le due entità, co-

¹ Per paradigma si intende, secondo l'originaria accezione platonica di ciò che "definisce il contesto storico e categoriale che dota di significato i problemi della ricerca e che consente di prendere posizione innanzi ai suoi nodi" (così si esprime Ugo Pagallo in U. PAGALLO, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, Cedam, Padova, 2001, p. 148).

sì come il pensiero moderno ritiene perfettamente sostituibile il fatto, ossia la cosa, con la sua rappresentazione-manifestazione, ossia la parola².

Di fronte a questo fenomeno, poco importa che il paziente non sia coscientemente presente, basterà l'intervento altrui a garantire corretta espressione ed esecuzione di quanto desiderato tempo addietro. Sarà imprescindibile l'intervento del medico, ma potranno essere utili (o indispensabili, a seconda dei casi) anche il fiduciario terapeutico, o il rappresentante legale.

Lo strumento logico tramite cui pervenire alla possibile rappresentazione oggettiva, certa e corrispondente alla volontà reale dell'individuo, è il procedimento inferenziale, che conduce dal documento, oppure dalle manifestazioni orali pregresse, alla volontà attuale del paziente. La rappresentazione della volontà del paziente così ottenuta viene intesa come *vera*, in quanto corrispondente al reale, secondo una concezione della verità per corrispondenza tipica della mentalità moderna razionalistica³. Questa la comune griglia logica di base, che però si declina in maniera sensibilmente differente a seconda che a premessa del ragionamento di ricostruzione della volontà si ritrovi una dichiarazione scritta o una serie di espressioni orali.

Nel primo caso, il passaggio dalle direttive anticipate scritte alla volontà attuale sembra assistito da un'inferenza di tipo deduttivo (non ampliativa della conoscenza, ma necessaria, coerente e non smentibile): il medico applicherà, 'semplicemente', quanto scritto; l'eventuale fiduciario terapeutico, nominato magari nel documento stesso, recepirà la volontà del paziente vestendo i panni di un *nuncius* e sovrintenderà al rispetto dei suoi desideri quasi alla stregua di un 'esecutore testamentario'⁴. Ma che l'attuazione delle direttive, una volta calate nella specifica e concreta situazione che si è venuta a verificare alla perdita di coscienza del pa-

² Sul moderno mito della rappresentazione oggettiva ed un esempio delle sue ricadute in campo giuridico, cfr. P. SOMMAGGIO, *La scomparsa di Abele*, in F. CAVALLA, F. TODESCAN, a cura di, *Pena e riparazione*, Cedam, Padova, 2000, pp. 293-317:304.

³ Cfr. P. VALORE, *Verità e teorie della corrispondenza*, CUSL, Milano, 2004.

⁴ "La convinzione della possibilità di *descrivere oggettivamente il soggetto* si iscrive nell'alveo di una mentalità fortemente razionalistica ancorata al metodo analitico-deduttivo come unico possibile per conseguire verità inconfutabili" (R. SCUDERI, *Le identità virtuali. Un fenomeno giuridico postmoderno*, in P. MORO, a cura di, *Etica Informatica Diritto*, Franco Angeli, Milano, 2008, pp. 193-221:219).

ziente, non sia così meccanica e implichi quanto meno uno sforzo interpretativo, e con ciò una rielaborazione in parte necessariamente personale, da parte di medico e fiduciario, è dimostrato dallo stesso dibattito bioetico circa il carattere vincolante o orientativo da attribuire al testamento biologico.

Nel secondo caso, in assenza di direttive scritte, può intervenire il decisore surrogato, con una (e potenzialmente mistificante) identificazione tra desideri del paziente e volontà surrogata. Ma attraverso quale tipo di procedimento logico? Sembrerebbe essere l'induzione, procedimento logico ampliativo della conoscenza, ma che non garantisce un risultato certo come la deduzione, bensì probabile, e perciò bisognoso di conferme esterne.

2. In particolare: il caso del giudizio sostitutivo

Il richiamo alla necessità di una *clear evidence* della volontà del paziente, operato dal filone giurisprudenziale americano Conroy-Cruzan e recepito dalla Cassazione italiana per il caso Englaro, appare funzionale proprio allo svilupparsi della serie di operazioni induttive, che conducano alla decisione finale del sostituto sulla base di conferme empiricamente rintracciate negli elementi di prova della volontà. È possibile rintracciare lo sfruttamento del ragionamento induttivo sia nel filone Conroy-Cruzan appena ricordato, che in quello Quinlan-Jobes, con una particolarità, però, quanto a quest'ultimo.

In base ad esso, infatti, quando le prove raccolte non vengono ritenute sufficienti a ricostruire (induttivamente) la volontà del paziente, si rinuncia alla ricerca di una volontà, ritenuta inesistente, e si affida al sostituto il potere-dovere di prendere la decisione sulle cure al posto dell'incosciente. In questo caso il sostituto non utilizza più un ragionamento induttivo, ma uno di tipo abduttivo, per pervenire, in modo non arbitrario, alla decisione che il paziente avrebbe teoricamente preso se fosse stato in grado di farlo.

L'abduzione si sostanzia nella adozione di un'ipotesi "in quanto suggerita dai fatti", "che sia in sé verosimile e renda verosimili i fatti"⁵; 'ipotesi' in cui si riconosce la volontà del paziente di interruzione delle cure e 'fatti' in cui si ricono-

⁵ C.S. PEIRCE, *Opere*, Bompiani, Milano, 2003, p. 507.

scono lo stile di vita e il complessivo sistema di valori del paziente, che il sostituto deve assumere come indicazioni per giungere a una risoluzione che non sia incompatibile con la personalità del paziente.

La conclusione dell'inferenza di tipo abduttivo, rispetto a quella di tipo induttivo, si attesta in termini di minore probabilità, è soggetta ad un maggiore rischio di errore e comporta un più intenso apporto creativo da parte di chi la produce⁶. Tali caratteristiche tipiche dell'abduzione si riscontrano tutte in quella costruzione artificiale della volontà ipotetica (inesistente) del paziente, che si è identificato come esito del giudizio sostitutivo 'alla Quinlan', non del tutto scongiurato dalla sentenza Englaro⁷.

A questo punto si possono esplicitare quelli che appaiono i due assiomi su cui si basano i procedimenti logici, sia induttivi che abduttivi, del giudizio sostitutivo:

1. onnicomprensività della volontà: ogni opinione, desiderio, avviso, pensiero si qualifica in termini volutaristici, è *volontà*;

2. esclusività della volontà: chi tace vuole, non è vero che chi tace non vuole niente.

È interessante notare come questi assunti, nella loro qualità di premesse date, siano considerati incontrovertibili e vadano presi per 'verità autoevidenti', conformemente a quella parte del pensiero moderno che dimentica il carattere convenzionale della sottrazione alla discussione delle premesse del ragionamento analitico, e che eleva a indiscutibilità 'di principio' quella che è una indiscutibilità 'di fatto', sempre rivedibile.

Riguardati sotto il profilo del loro contenuto, i due assiomi sono alla base di quell'atteggiamento, presente nelle dinamiche del giudizio sostitutivo, definibile come 'assillo volutaristico'. Un atteggiamento che, dal punto di vista culturale,

⁶ Per abduzione si intende, secondo la lezione aristotelica, quel sillogismo in cui la premessa maggiore è certa e quella minore probabile, per cui anche la conclusione è soltanto probabile. Per estensione, il termine è venuto a indicare il ragionamento verosimile. Per una disamina dei procedimenti abduttivi, come spiegati, in particolare, da Charles Sanders Peirce, cfr. U. ECO, T.A. SEBEOK, *Il segno dei tre. Holmes, Dupin, Peirce*, Bompiani, Milano, 1983; G. TUZET, *La prima inferenza: l'abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*, Giappichelli, Torino, 2006.

⁷ Vale la pena di insistere sul fatto che la traduzione più piana di 'abduzione', secondo il suo senso etimologico, è proprio 'spostamento', 'allontanamento'. 'Abduzione', infatti, deriva dal verbo latino *ducere* ('condurre') e dalla preposizione *ab* ('lontano da' o 'a partire da').

deriva dalla antropologia razionalistico-individualista di stampo moderno, secondo la quale la volontà rappresenta un elemento imprescindibile dell'uomo, in quanto gli consente di dominare il mondo e progettare ogni aspetto della propria vita (volontarismo)⁸.

Tali assiomi vengono, poi, congiunti ad un particolare luogo comune, quello in base alla quale chiunque, se dovesse cadere in SVP, vorrebbe rifiutare alimentazione e idratazione artificiali. Dati gli assiomi, dato il luogo comune, l'architettura logica del giudizio sostitutivo che ne risulta pare fondata sul seguente sillogismo implicito:

- regola: tutti i soggetti in SVP vogliono/vorrebbero l'interruzione del sostegno vitale⁹;
- caso: questo paziente è un soggetto in SVP;
- risultato: questo paziente vuole l'interruzione del sostegno vitale.

Rispetto a tutto ciò, la sentenza Englaro della Cassazione, al pari della soluzione giudiziale apprestata all'americano caso Schiavo con cui presenta stringenti analogie, è coerente al quadro logico e culturale fin qui delineato, di cui costituisce, però, una ulteriore evoluzione.

Da una parte, infatti, essa conserva (o meglio, vorrebbe conservare) lo scheletro logico di stampo moderno, avvertito come l'unico capace di garantire certezza. Della rispondenza all'approccio al sapere tipico della modernità è testimonianza, inoltre, anche l'altro requisito richiesto dalla Corte per autorizzare l'interruzione del sostegno artificiale (oltre alla riconduzione di tale istanza alla volontà del paziente), e cioè l'irreversibilità accertata dello SVP.

La Corte esige che la verifica di irreversibilità, demandata ai medici, si attesti in termini di incontrovertibile certezza, e non di rilevante probabilità, in ciò facendo propria una visione della scienza come disciplina deputata alla rappresenta-

⁸ Cfr. P. MORO, *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 128.

⁹ Le *dissenting opinions* dei giudici nella sentenza Cruzan rilevano come il ragionamento si basi sull'assunto, in realtà tutto da dimostrare, che i trattamenti siano non voluti (*unwanted*), cfr. A. SANTOSUOSSO, *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, in *Foro italiano*, 1991, parte IV, coll. 66-72:71.

zione certa e oggettiva del reale, che non trova più accoglimento da parte né degli scienziati, né della epistemologia contemporanea¹⁰.

L'osmosi che la Cassazione opera fra i livelli reale/virtuale e la possibile metamorfosi, lungo un pendio scivoloso che non ammette soluzioni di continuità, della *rappresentazione* della volontà in un *fantasma* della volontà, appare coerente all'orizzonte culturale contemporaneo postmoderno¹¹. All'interno di questa particolare visione del mondo, perduta la fiducia nell'univocità dei riferimenti fattuali, aumenta sì la consapevolezza del potere costitutivo della narrazione¹², ma con il rischio che la mera coerenza interna delle argomentazioni, una volta eliminate (e non mediate) le opposizioni, assurga a unico criterio in grado di garantire l'accogliibilità di una decisione.

3. *Un possibile scacco: il dissolvimento dell'autodeterminazione*

Si è visto come la logica della ricostruzione della volontà, sfruttata sia nel il testamento biologico (inteso come dichiarazione necessariamente scritta), che nel giudizio sostitutivo, non riesca ad evitare del tutto la commistione della volontà individuale con decisioni altrui. Una commistione che, evidente nel meccanismo del giudizio sostitutivo, si sta profilando con sempre maggiore chiarezza anche lungo la problematica "via giudiziaria" del testamento biologico¹³.

¹⁰ Cfr. K. POPPER, *La logica della scoperta scientifica*, Einaudi, Torino, 1970; L. GEYMONAT, *Lineamenti di filosofia della scienza*, Mondadori, Milano, 1985; G. L. BRENA, a cura di, *L'oggettività in filosofia e nella scienza*, Cleup, Padova, 2002.

Sul ruolo e la considerazione del dato scientifico nell'accertamento giudiziale, cfr. S. FUSELLI, *Apparenze. Accertamento giudiziale e prova scientifica*, Franco Angeli, Milano, 2008; F. PUPPO, *La 'nuova' prova scientifica nel processo penale. Alcune riflessioni sul rapporto tra retorica e scienza*, in G.A. FERRARI, M. MANZIN, *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 355-372.

¹¹ Cfr. J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Feltrinelli, Milano, 1990; G. VATTIMO, a cura di, *Il pensiero debole*, Feltrinelli, Milano, 1983. Per una critica della rinuncia postmoderna alla ricerca del fondamento, cfr. F. CAVALLA, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, Cedam, Padova, 1996; M. MANZIN, *L'ordine infranto. Ambiguità e limiti delle narrazioni formali nel diritto dell'età post-moderna*, in *Tigor*, n. 1, 2009, pp. 31-41.

¹² Per una riflessione sui meccanismi di creazione narrativa che conducono all'individuazione dei fatti giudicati in sede di processo, e specificamente in sede di processo civile, cfr. F. DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel 'processo'*, Franco Angeli, Milano, 2008.

¹³ Cfr. G. IADECOLA, *Il caso "Englaro": la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 10, 2008, pp. 2504-2514.

Si fa riferimento, in particolare, a due tendenze giurisprudenziali. Da una parte vi è quella, di cui è espressione la sentenza della Cassazione sul caso Englaro, incline a considerare *come* ‘testamento biologico’ anche una mera manifestazione orale o una serie di manifestazioni orali. In questo modo essa mescola il tema del testamento biologico con le dinamiche del giudizio sostitutivo, istituto originariamente sorto per ovviare alla mancanza di documenti di direttive anticipate, e vi introduce il necessario (considerevole) apporto interpretativo-ricostruttivo del decisore surrogato¹⁴.

Dall’altra parte, si colloca quella tendenza giurisprudenziale per cui, in assenza di una legge (ritenuta peraltro superflua), la via italiana al testamento biologico sarebbe costituita, per il tramite degli art. 405 e 408 c.c., dal decreto giudiziale di nomina di un amministratore di sostegno con funzioni di rappresentante terapeutico¹⁵. Strano esercizio di autonomia quello che ha bisogno, pena la sua totale irrilevanza, di trasfondersi in una decisione, pur sempre connotata da margini di discrezionalità, dell’autorità giudiziaria¹⁶.

Questo dissolvimento dell’autodeterminazione rappresenta un vero e proprio scacco a quella volontà individuale che invece vorrebbe imporsi come incontrovertibile ed inviolabile. A questa conclusione non sfugge neppure l’autodeterminazione terapeutica del paziente cosciente, che, sulle prime, potrebbe sembrare meno ‘a rischio’. La presenza fisica dell’individuo e la sua capacità di esternare senza mediazioni di sorta il proprio volere dovrebbero essere sufficienti a garantire il rispetto dei propri desideri. Ma ciò non è affatto scontato.

Nel caso di Welby, il giudice civile evita di prendere in considerazione in modo approfondito i profili volitivi della richiesta di interruzione perpetrata dal paziente: essi non rilevano ai fini della decisione di inammissibilità dell’azione proposta. La soluzione di sapore giusformalistico consente di non interrogarsi sui ca-

¹⁴ Cass. Civ., sez. II, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Corriere giuridico*, n. 12, 2007, pp. 1676-1686.

¹⁵ Cfr. Trib. Modena, 13.5.2008, in *Corriere giuridico*, n. 9, 2008, pp. 1287-1289.

¹⁶ Cfr. E. CALÒ, *Caso Englaro: la decisione della Corte d’Appello di Milano*, *ibidem*, pp. 1290-1293:1292-1293. Seppure in termini diverso da quelli qui proposti, l’Autore parla di “testamento biologico come somma del niente”.

ratteri della volontà che sta alla base della questione giuridica sollevata¹⁷. Diversamente il giudice penale ritiene la richiesta di Welby personale, autentica, informata, reale ed attuale, con ciò considerandola consenso idoneo, perché consapevole e dato nell'imminenza della lesione, ad attenuare la fattispecie omicidiaria¹⁸.

Se dalla prima pronuncia non si possono trarre indicazioni utili sul modo di concepire l'atteggiarsi della volontà, dalla seconda si possono ricavare una generale indicazione circa la *attualità*, in senso sia cronologico che (molto di più) psicologico, di una volontà di rifiuto delle cure espressa poco prima di una perdita di coscienza prevista e accettata. Una attualità che, interpretata come indice della genuinità e autenticità del volere consapevole, comporta il doveroso rispetto del volere espresso.

A tutt'altra conclusione si dovrebbe giungere, però, qualora si seguissero le motivazioni di altra giurisprudenza. Secondo la Cassazione, infatti, nel caso di pericolo di vita nel corso di un intervento chirurgico, un fermo e di poco precedente rifiuto di emotrasfusioni da parte di un paziente ormai anestetizzato e incosciente non potrebbe più essere considerato attuale e andrebbe, perciò, disatteso¹⁹.

Sembra, dunque, ravvisarsi una discontinuità tra la manifestazione di volontà pregressa e l'evento, di poco successivo, al quale si riferiscono i trattamenti rifiutati²⁰. La dichiarazione risulterebbe *inattuale* al momento dell'intervento.

Quale concezione di volontà evincere da un'impostazione di questo genere? Una concezione atomizzata del volere, per la quale ciò che si vuole un istante prima può non essere ciò che si vuole un istante dopo. La volontà, così parcelliz-

¹⁷ Trib. Roma, Sez. I civ., ord. 16.12.2006, Welby c. Antea Associazione Onlus e G. C., in *Guida al diritto de Il Sole 24 Ore*, n. 1, 6.1.2007, pp. 32-36.

¹⁸ Trib. di Roma, sent. 23.7.2007-17.10.2007, n. 2049 in *Diritto penale e processo*, n. 1, 2008, pp. 59-68:67.

¹⁹ Cass. Civ. sez. III, sent. 23.2.2007, n. 4211, in *Diritto e giurisprudenza. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza civile*, n. 1, 2008, pp. 131-147, con nota di S. CARRO, *Brevi note sull'efficacia del dissenso al trattamento medico-chirurgico tra il diritto di morire e il dovere di curare. Il consenso presumibile e la scriminante dello stato di necessità*, pp. 131-147.

²⁰ Amedeo Santosuosso e Francesca Fieccoli sottolineano, invece, la prevedibilità di un evento analogo a quello occorso nel caso analizzato dalla Cassazione nella sent. n. 4211/2007. La situazione intraoperatoria, anche se oggettivamente diversa rispetto a quella iniziale, deve considerarsi, in ogni caso, verosimilmente prevedibile (cfr. A. SANTOSUOSSO, F. FIECCONI, *Il rifiuto di trasfusioni tra libertà e necessità*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 1, 2005, pp. 27-48).

zata e frantumata, perde, a nostro avviso, la sua consistenza e finisce per dissolversi.

È interessante notare, inoltre, come la Cassazione citata in tema di emotrasfusioni si richiami ad una presunzione di consenso che supererebbe la pregressa manifestazione di dissenso rispetto al trattamento²¹. Come nel caso Englaro, dunque, anche qui si sfrutta il concetto di volontà presunta, tramite il quale si inseriscono dinamiche eterodeterminative in processi (suppostamente) autodeterminativi²².

Anche per l'autodeterminazione terapeutica del paziente cosciente, dunque, si può ricadere in quel dissolvimento della volontà di cui si è già parlato in riferimento al paziente incosciente e alle evoluzioni giudiziali in tema di testamento biologico²³.

²¹ Il ricorso al consenso presumibile appare problematico: “la volontà espressamente manifestata dal paziente, Testimone di Geova, in condizioni di piena coscienza e in coerenza al credo religioso praticato e profondamente vissuto, sembra idonea a far ritenere ribaltata, in una presunzione di dissenso, quella naturale presunzione di consenso che ‘si irradica nell’istinto di conservazione di ogni individuo’. La richiesta di trasferimento, in caso di necessità di trasfusione, presso un ospedale attrezzato per l’autotrasfusione, contrariamente a quanto sostenuto dalla S.C., confermerebbe il rifiuto espresso dal malato, il quale con valutazione motivata e razionale, nell’alternativa fra la morte e l’autotrasfusione, pare, evidentemente, optare per l’autotrasfusione (ritenuta non vietata dal suo credo religioso); mentre, nella scelta fra la morte e l’eterotrasfusione (non consentita), sembra, con altrettanta evidenza, preferire la morte” (S. CARRO, *Brevi note sull’efficacia del dissenso al trattamento medico-chirurgico tra il diritto di morire e il dovere di curare. Il consenso presumibile e la scriminante dello stato di necessità*, in *Diritto e giurisprudenza. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza civile*, n. 1, 2008, pp. 131-147:145-146).

²² Il medesimo meccanismo ricostruttivo della volontà è sfruttato per giungere a conclusioni opposte (*contra vitam* nel caso Englaro, *pro vita* in questo caso).

²³ Cfr. C. SARTEA, *Fine vita: cronache perplesse dal dibattito mediatico sulla fase legiferante*, in *Iustitia*, n. 2, 2009, pp. 193-201. L’Autore sottolinea come la deriva verso il potere degli altri (autorità pubbliche o rappresentanti privati) nelle scelte di fine vita sia solo apparentemente paradossale, perché coerentemente implicata da una prospettiva rigorosamente individualistica del diritto e da una antropologia ‘dell’istante’, che pensa all’uomo come avulso dalla (sua) storia e alla autonomia come svincolata da ogni riferimento alla dimensione obiettiva del bene.

CONCLUSIONI

Lungo il percorso sin qui compiuto, si è riflettuto sull'appello al diritto di auto-determinazione che permea il dibattito biogiuridico italiano, tanto nelle discussioni intorno alla vita umana nascente, quanto in quelle intorno alla vita umana moriente: tale diritto, al pari del principio di autonomia individuale cui viene generalmente riconnesso, si presenta nell'argomentare come vero e proprio *endoxon*¹.

Si è osservato come tale *endoxon* riveli una diffusa concezione antropologica individualistica, razionalistica e volutaristica, in base alla quale si attribuisce all'uomo una originaria autonomia e autosufficienza. Presupporre questa "originaria compiutezza" dell'uomo conduce a rendere il singolo l'unica fonte dei suoi poteri e doveri e a porre di fronte al soggetto, solamente: "o il non-soggetto, o l'identico; o l'oggetto senza diritti, o il soggetto determinato con l'ipostasi delle facoltà dell'io"².

In questa prospettiva, "il rapporto tra l'io e quel tu che egli ritiene identico a sé, può essere qualificato come rapporto intersoggettivo soltanto in un senso molto improprio e, in fondo, mistificante: è un rapporto che non riesce a distinguersi, infatti, in modo essenziale, dalle relazioni che l'uomo intrattiene con ciò che soggetto non è, e che è, invece, mero 'oggetto' della sua conoscenza"³.

Concependo l'altro soltanto come *identico* a sé, l'uomo "può attribuirgli ogni sorta di beni, diritti e caratteristiche differenziali rispetto alla restante realtà dell'esperienza; e tuttavia tra i soggetti non riesce mai a stabilirsi una autentica relazione di *reciprocità*: si tratterà, per forza, invece, di un rapporto scandito dalla

¹ Per la considerazione del principio dell'autonomia quale *endoxon* apparente, il cui significato, all'interno del dibattito biogiuridico, è di volta in volta modulato in base alla particolare concezione antropologica di riferimento, cfr. F. ZANUSO, *Neminem laedere. Verità e persuasione nel dibattito bio-giuridico*, Cedam, Padova, 2005, p. 105 ss.

² F. CAVALLA, *La pretesa indebita alla "società dei perfetti"*, in E. OPOCHER, presentazione di, *La società criticata. Revisione fra due culture*, Morano, Napoli, 1974, pp. 331-346:342.

³ *Ibidem*, p. 343.

radicale trascendenza che la ragione singola mantiene sugli oggetti della propria conoscenza”⁴.

Si è identificato nel pensiero della modernità il referente di questo modello antropologico, che fa del mondo un fascio di oggetti, del sapere tecnico-dominativo l’unico sapere valido e della volontà una facoltà ‘regina’ per l’uomo.

D’altra parte, si è notato come lo stesso fondamento volontaristico sia “oggi esposto a maggiori rischi, sia perché appare vulnerabile alle pressioni, all’ignoranza, agli eccessi, alle contrattazioni economiche, sia perché appare sensibile a una nuova visione prevalentemente sociale dei diritti dell’uomo”. Quest’ultima, infatti, nel campo della ricerca, “spinge più di ieri all’accantonamento della volontà del paziente” in nome dei vantaggi ricavabili dalle nuove scoperte biomediche per la collettività⁵.

Lo spazio concesso dal pensiero contemporaneo all’autonomia individuale, dunque, risulta solo apparentemente ampio: formalmente protetta in ogni sua manifestazione, la volontà soggettiva individuale si apre a forze contingenti, spesso nascoste, comunque sovrastanti le stesse esigenze soggettive contingenti; intesa come una somma di momenti indifferenti, l’autodeterminazione rischia di parcellizzarsi, destrutturarsi e, infine, dissolversi.

Una simile concezione può portare la volontà stessa alla paralisi, al blocco nell’indecisione, per uscire dal quale, atrofizzata la autodeterminazione, si innescano quelle dinamiche di eterodeterminazione che si è cercato di evidenziare nei vari temi sottoposti a indagine: diagnosi preimpianto, diritto a non nascere, prelievo di cellule embrionali, direttive anticipate di trattamento sanitario. Nello spazio (fittizio?) che le residua, l’autodeterminazione si attua, così, solo nel contingente,

⁴ *Ibidem*, p. 344. Si pensi alle ambiguità insite nell’attribuzione di diritti al nascituro, esaminate nella parte prima del presente lavoro: proprio perché considerato più come un *identico* che come un *pari*, il nascituro finisce con l’essere trattato comunque come un oggetto della volontà altrui.

⁵ L. D’AVACK, *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 85. Analogamente Bjarne Melkevik, che individua nel sistema economico, nel sistema amministrativo e nei sistemi di comunicazione di massa le principali “forze anonime di eteronomia” dei nostri tempi, in grado di compromettere seriamente l’autonomia individuale (B. MELKEVIK, *Vulnerabilità, diritto e autonomia. Saggio sul soggetto di diritto*, in M. PASQUAZI, L. SCILLITANI, a cura di, *Filosofia sociale. Scritti in memoria di Luigi Pasquazi*, Mimesis, 2007, pp. 105-132:121 ss.).

è dovuta a fattori contingenti e cerca la produzione contingente del benessere con il soddisfacimento dei desideri soggettivi.

Tutto ciò accade conformemente all'orizzonte di pensiero postmoderno, entro il quale si è definitivamente perduta la fiducia nella oggettività e conoscibilità del bene e del vero⁶. L'uomo è considerato un ente relativo e particolare, che non ha nulla in sé né di universale né di permanente: “cancellata la verità dell'essere, da un lato si apre la via a qualsiasi esperimento dell'uomo sull'uomo (dall'ingegneria genetica all'aborto); dall'altro, l'uomo viene risolto nel suo fare contingente e relativistico determinato dalla sua mera soggettività fenomenica”⁷.

È la situazionalità, che sia “affettivo pulsionale” (secondo la linea individualistico-libertaria di ascendenza lockiana) o “storico-sociale” (secondo la linea socio-collettivistica di ascendenza roussoviana), ad essere eretta a principio dell'intendere e dell'agire. I criteri di scelta si fanno del tutto soggettivi, “di una soggettività individuale, che erige a valore le proprie preferenze o scelte, o di una soggettività collettiva, che costruisce i valori in base al criterio pratico della utilità-funzionalità in un dato ambito sociale”⁸.

Questo stadio della evoluzione, iniziata con la modernità, del concetto di ‘volontà’ appalesa, dunque, i suoi esiti relativistici e, in ultima istanza, nichilistici. Tuttavia, lo scacco subito dalla autodeterminazione ha un merito: mettere in luce alcuni caratteri della volontà dimenticati dalla mentalità moderna. La possibilità che si dia una metamorfosi dell'autodeterminazione in eterodeterminazione testimonia, infatti, la non autosufficienza del volere e la sua indeterminatezza.

Entrambi questi caratteri possono essere proficuamente ritematizzati, qualora si scorga nella non autosufficienza della volontà un segno della non autoreferenzialità dell'individuo, e nella indeterminatezza del volere un segno della libertà umana. Ciò può favorire un ripensamento dell'autonomia in termini relazionali, per contenere quel rischio di dissoluzione dell'autodeterminazione che si è evidenziato.

⁶ Per la bioetica come “terreno di confronto e di scontro tra moderno e postmoderno”, cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Zadig, Milano, 1999, p. 45 ss.

⁷ S. COTTA, *Il diritto come sistema di valori*, San Paolo, Cinisello Balsamo, pp. 78-79.

⁸ *Ibidem*, p. 79.

Il recupero alla riflessione non può che avvenire volgendo lo sguardo al lascito degli antichi, abbandonando tanto la visione postmoderna di una volontà fine a se stessa, quanto quella moderna di una volontà che viene fatta coincidere totalmente con la deliberazione calcolata e con la scelta.

La lezione classica consente di superare, infatti, tanto lo scetticismo a cui pare votata la concezione postmoderna del volere, sostenuta dalla convinzione che nulla vi sia di vero, quanto il dogmatismo cui pare votata la concezione moderna del volere, sostenuta dalla convinzione che la verità esista e che diventi, per il tramite della ragione, un possesso dell'uomo.

L'*Etica Nicomachea* di Aristotele, ad esempio, testimonia una concezione della volontà come tensione dell'azione verso il conseguimento di un fine, il quale si presenta come il valore che il soggetto attribuisce consapevolmente al proprio agire. Volontà, dunque, come *tensione* verso il *valore*: “per lo Stagirita, l'atto genuinamente volontario è compiuto dall'uomo responsabile attraverso una scelta deliberata: quindi, la struttura della volontà, che riguarda i fini dell'azione, si distingue dalla deliberazione e dalla scelta, che concernono i mezzi con i quali il soggetto consegue (o tenta di conseguire) lo scopo del suo comportamento”⁹.

La volontà riguarda lo scopo della condotta umana e, perciò, trova in questa i propri limiti e la propria finalità. Aristotele osserva che il fine proprio della volontà è il *bene*, rintracciabile attraverso un criterio di mediazione, che consente di unire ciò che è originariamente il bene sul piano oggettivo a ciò che si mostra nell'esperienza come un bene sul piano soggettivo, tenendo conto che questo fine dell'azione è costitutivamente indisponibile per la volontà¹⁰.

La ricerca del bene non è un atto di volontà conforme a una regola astratta, ma un processo di mediazione dialettica tra ciò che originariamente è indisponibile e ciò che si presenta nella molteplicità dell'esperienza per essere riconosciuto come

⁹ P. MORO, *Dignità umana e consenso all'atto medico. I diritti fondamentali del paziente e il problema della volontà*, in F. ZANUSO, a cura di, *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 131-153:147. Sottolinea poco oltre l'Autore come la struttura complessa dell'atto morale, esaminata da Aristotele, appaia “del tutto ignorata dalla speculazione moderna” (*ibidem*, p. 149).

¹⁰ *Ibidem*, p. 150.

tale, giacché il bene ha tanti significati quanti ne ha l'essere, ma si riferisce sempre a un unico principio¹¹.

La consapevolezza classica di un principio che è in ogni cosa e che non si esaurisce in nessuna di esse, e che, perciò, non è mai pienamente obiettivabile né possedibile nell'esperienza, conduce a ripensare la stessa idea di uomo. Come messo in evidenza anche dal pensiero agostiniano, l'uomo si riconosce come un essere indigente di verità e, perciò, costituito in continuo dialogo con il suo *simile*.

L'Ipponate tramanda che il bene e il vero non possono costituire un possesso per l'uomo: sostenere il contrario significa ricadere in un atteggiamento dogmatico, che è insostenibile perché incapace di dimostrare il proprio fondamento; cionondimeno, bisogna riconoscere che essi esistono, pena il ricadere in un atteggiamento scettico, che è insostenibile perché autocontraddittorio¹². Il bene e il vero vanno perseguiti, costantemente e intersoggettivamente, nella consapevolezza della loro esistenza e della loro inobiettivabilità¹³.

La pretesa individualistica risulta, dunque, destituita di fondamento: “dissolta la presunzione di tutto sapere o di tutto ignorare, gli uomini non appaiono più come esistenze individualmente autosufficienti: anzi si rivelano tanto strutturalmente bisognosi di vero e di bene, e perciò votati a cercarlo, che nessuno può, in linea di principio, rinunciare a domandare, e incessantemente, all'altro il fondamento di ogni parola pronunciata. I soggetti, in altri termini, appaiono stretti originariamente da un vincolo che li costituisce nel dialogo: il principio del quale non è nulla di pienamente disponibile per la volontà e per la ragione dei singoli”¹⁴.

¹¹ Cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, I, 1096 a 23 e ARISTOTELE, *Metafisica*, IV, 2, 1003 b 5-6, II. La consapevolezza della presenza di un principio, inobiettivabile, che è in ogni cosa e che non si esaurisce in nessuna di esse, rappresenta, per l'appunto, “l'elemento originario e costitutivo di quel pensiero che – per la perenne attualità dei suoi fondamenti, più che in riferimento al periodo storico in cui è sorto e si è sviluppato – viene da molti denominato classico” (F. CAVALLA, *Sul fondamento delle norme etiche*, in E. BERTI, a cura di, *Problemi di etica: fondazioni norme orientamenti*, Gregoriana, Padova, 1990, pp. 143-202:148).

¹² Cfr. il dialogo *Contra Academicos* (AGOSTINO, *Contro gli Accademici*, Bompiani, Milano, 2005).

¹³ Cfr. F. CAVALLA, *Sapienza e rapporti intersoggettivi. Riflessioni su alcuni testi di Sant'Agostino*, Cedam, Padova, 1970; ID., *Scientia, sapientia ed esperienza sociale*, 2 voll., Cedam, Padova, 1974.

¹⁴ F. CAVALLA, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Cedam, Padova, 1991, p. 20.

Il riconoscimento della struttura ontologicamente relazionale dell'essere umano non può che avere ricadute importanti in campo giuridico: 'valori' e 'diritti dell'uomo' escono "dal convenzionalismo, dalla genericità e molteplicità babelica delle loro determinazioni empiriche o ideologiche" quando si conformano alla "struttura antropo-ontologica, sinolica e relazionale dell'individuo"¹⁵.

Nella loro perenne attualità, gli insegnamenti di ascendenza classica possono contribuire a orientare l'esercizio della responsabilità anche nell'ambito delle complesse sfide che le biotecnologie pongono all'uomo contemporaneo¹⁶. Senza, peraltro, cadere in una dogmatica 'demonizzazione' del sapere della scienza, dell'operatività della tecnica e del criterio della utilità (che pure costituiscono delle forme di intelligibilità dell'esperienza e che hanno procurato innegabili vantaggi al vivere civile)¹⁷.

Sul fronte del dibattito in tema di autodeterminazione, da più parti si tenta un recupero della dimensione relazionale dell'autonomia. In molti avvertono l'insufficienza delle concezioni tradizionali, intellettualistiche e individualistiche, e sottolineano "il ruolo ineliminabile che la relazione gioca sia nella concezione

¹⁵ S. COTTA, *Soggetto umano. Soggetto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 109; cfr. altresì ID., *La coesistenza come fondamento ontologico del diritto*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 2, 1981, pp. 257-267. Per un commento sul pensiero del filosofo del diritto, cfr. B. MONTANARI, "Soggetto umano - Soggetto giuridico". *Il diritto nella prospettiva ontologico-esistenziale di Sergio Cotta*, in *Jus*, n. 1, 2008, pp. 91-119.

¹⁶ Nella prospettiva di ascendenza classica, che Sergio Cotta definisce "rivelativa", "viene alla luce la profonda verità umana del pensiero tecnologico, il significato corretto del suo conoscere e della sua operatività, mentre cadono le sue pretese di assolutezza e sovranità. Si apre così la via a un rapporto fecondo tra filosofia (rivelativa) e scienza" (S. COTTA, *La sfida tecnologica*, Il Mulino, Bologna, 1968, p. 124). Analogamente, Francesco Cavalla osserva la necessità di "riconoscere che il Principio esorbita i domini dell'intelletto; capire peraltro come il Principio sia presente anche nella scienza; comprendere, finalmente, a quali condizioni quest'ultima, collegata ad ogni diverso tipo di sapere, costituisca pure essa un sapere autentico" (F. CAVALLA, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, Cedam, Padova, 1996, p. 114).

¹⁷ "Il *fare* ha una sua dignità non cancellabile: quella dell'uomo che si fa, che si riconosce nel proprio agire e nel proprio operare, responsabile di sé e del proprio destino: *faber fortunae suae*." Questa posizione non implica necessariamente un titanismo velleitario e distruttore, purché il fare non sia considerato "criterio e legge a se stesso, autonomo rispetto al soggetto che agisce". Ciò significa, per l'uomo, evitare di riconoscere la propria essenza, immediatamente e soltanto, nella fabbrilità. "Ma, ciò posto, [l'uomo] non rifiuta il *fare*, bensì ricostruisce o ritrova all'interno di esso il momento sapienziale, quale fonte di chiarezza, di significanza e quindi di consapevole stimolo per il *fare*. Né puro *faber*, né puro *sapiens*, egli deve essere integralmente *homo sapiens-faber*" (S. COTTA, *La sfida tecnologica*, Il Mulino, Bologna, 1968, pp. 127-129).

personale del sé che nello stesso auto-governo”¹⁸; c’è chi riflette “sul valore indisponibile e relazionale della volontà, proponendo di ripensare il consenso all’atto medico in una concezione dialogica dell’uomo come quella inaugurata in Occidente dal pensiero classico”¹⁹; c’è chi suggerisce, quindi, di ripensare alla relazione medico-paziente come una relazione dialogica in cui, alla ricerca di una composizione tra il principio di beneficiabilità e il principio di autonomia, la verità si costituisce mediante il movimento dialettico di domanda e risposta e mediante il riconoscimento dell’alterità dell’altro²⁰.

In particolare, in riferimento alle direttive anticipate di trattamento sanitario, c’è chi propone di “prevedere nella stesura delle direttive il coinvolgimento di più persone: non nel ruolo di censori, e neanche tanto in quello di certificatori, ma in funzione di ciò che si potrebbe definire *deliberazione autoesaminata*, e insomma per imporre al disponente ... una sorta di *onere di dialettizzazione* delle proprie determinazioni”²¹.

Recuperata una visione relazionale dell’autonomia, il cd. testamento biologico può essere inteso come una preziosa possibilità di mantenere il dialogo paziente-medico nonostante l’incapacità del malato, una opportunità di ricondurre ad unità la persona nel tempo, consentendo una comunicazione fra il suo (silenzioso) presente e il suo passato²².

La direttrice sembra essere chiara: recuperare la dimensione relazionale dell’autonomia, riconoscendo l’originarietà e l’indisponibilità di ciò che precede ed anticipa la stessa volontà individuale (e ne costituisce la fonte). Tuttavia, resta

¹⁸ R. GIOVAGNOLI, *Autonomia: questioni di contenuto*, in *Ragion pratica*, n. 2, 2006, pp. 555-572:557.

¹⁹ P. MORO, *Dignità umana e consenso all’atto medico. I diritti fondamentali del paziente e il problema della volontà*, in F. ZANUSO, a cura di, *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 131-153:153.

²⁰ Cfr. F. BORGIA, *Hans-Georg Gadamer: dove si nasconde la salute*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 1, 2005, pp. 141-160.

²¹ D. CARUSI, *Tutela della salute, consenso alle cure, direttive anticipate: l’evoluzione del pensiero privatistico*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 1, 2009, pp. 7-20:20.

²² Si crede che gli istituti di direttive anticipate possano essere strumenti di autodeterminazione autentica, senza risolversi in una burocratica ricostruzione di volontà fittizie, in particolare se: assolutamente facoltativi ma richiedenti la forma scritta, contenenti tanto indicazioni sui trattamenti sanitari quanto la nomina di un *fiduciario* terapeutico, privi di richieste eutanasiche, redatti con l’assistenza di un medico, magari durante le fasi iniziali di una malattia già in corso.

da sottolineare come non esistano, e non possano esistere, ricette precostituite: *in ogni punto* dell'esperienza si è chiamati a determinare il principio di autonomia e il diritto alla autodeterminazione in senso relazionale, oppure in senso solipsistico²³.

D'altra parte, è l'uomo stesso ad essere, costantemente, “in bilico, oscillante tra la realizzazione e la distruzione di ciò che lo costituisce nel suo essere più proprio, tra la realizzazione e la dissoluzione di questo apice del suo essere, che è la libertà”²⁴.

Ad essere in gioco, in ultima istanza, è, dunque, la libertà. “Non nella sua esistenza (essa esiste indipendentemente dal nostro deciderci per essa o meno), ma nel modo di essere attiva in noi”²⁵. Una libertà che è presente nell'uomo come imperativo che comanda “sii responsabile, per te e nei confronti degli altri, dell'atto della tua libertà”²⁶. Un imperativo che può essere costantemente disatteso, sì che la libertà può venire usata contro se stessa.

Se l'imperativo viene disatteso, lasciamo “che dominino nell'azione e nella conoscenza – e tanto più efficacemente quanto più il soggetto creda di perseguire la propria autosufficienza – pre-giudizi, pre-concetti, i quali sicuramente permettono che siano raggiunte salde certezze e scopi desiderati: ma impediscono anche, con

²³ “Ciò che appare come Principio, per sua essenza, compare come ciò che richiede all'uomo una decisione, la decisione appunto di riconoscere la presenza del Principio. La realtà necessaria che anticipa ogni atto gli richiede necessariamente la decisione di riconoscerla: in ogni punto dell'esistenza è presente tale richiesta; in ogni punto dell'esistenza la decisione può esserci o non esserci” (F. CAVALLA, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, Cedam, Padova, 1996, p. 90).

²⁴ F. CHEREGHIN, *Dall'antropologia all'etica. All'origine della domanda sull'uomo*, Guerini, Milano, 1997, p. 140. Osserva Stefano Fuselli: “l'uomo è per sé stesso, cioè in quel rapporto con quanto lo costituisce in modo proprio ed esclusivo, sempre rimesso alla possibilità di perdere la propria umanità. Dal momento che anche la possibilità concreta di negarsi in quanto uomo è costitutiva del suo essere uomo, l'uomo è allora responsabile della sua umanità, nel senso che può adottare atteggiamenti e comportamenti per i quali ne va della sua stessa umanità, ne va di se stesso in quanto uomo” (S. FUSELLI, *La lanterna di Diogene: alla ricerca dell'uomo negli esperimenti di ibridazione*, in F. ZANUSO, a cura di, *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 91-109:104).

²⁵ F. CAVALLA, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, Cedam, Padova, 1996, p. 92.

²⁶ F. CHEREGHIN, *Dall'antropologia all'etica. All'origine della domanda sull'uomo*, Guerini, Milano, 1997, p. 141.

la loro presenza indiscussa, che l'esistenza si protenda oltre l'orizzonte da essi segnato"²⁷.

Se l'imperativo viene accettato, l'uomo si lega a se stesso, non al capriccio egoistico e alle pulsioni accidentali dell'io, ma al dovere di rispondere di ciò che in noi è sottratto all'arbitrio e che con la sua universalità ci costituisce in continuo dialogo con gli altri. "Una volta accettato tale compito, non per questo l'uomo è meno esposto a ogni passo alla scelta rischiosa tra l'asservirsi alla brama di dominio dell'amore di sé e il liberarsi, oltrepassando la propria particolarità, in vista del principio della libertà che è in lui. *L'uomo è così nella sua essenza un duplice uso della propria libertà: dapprima per legarsi o rifiutarsi nell'esistenza; poi, una volta che si sia accolto, per essere o una brama che calcola sotto il dominio dell'amore di sé o un'intelligenza che ama sotto il governo della libertà*"²⁸.

²⁷ F. CAVALLA, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, Cedam, Padova, 1996, p. 92.

²⁸ F. CHIEREGHIN, *Dall'antropologia all'etica. All'origine della domanda sull'uomo*, Guerini, Milano, 1997, p. 141.

BIBLIOGRAFIA

- AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL, *A definition of Irreversible Coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*, in *Journal of the American Medical Association*, 205, 1968, pp. 337-340;
- AGOSTINO, *Contro gli Accademici*, Bompiani, Milano, 2005;
- ALPA G., *I limiti dell'intervento giuridico*, in RODOTÀ S., a cura di, *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp. 57-62,
- ALPA G., *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità e divieti*, in DE TILLA M., OPERAMOLLA U., a cura di, *Seminari di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 359-390;
- ALPA G., *Wrongful life: soluzioni controverse*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2, 2006, pp. 65-72;
- AMATO S., *Il nichilismo e la costruzione giuridica della libertà*, in B. MONTANARI, a cura di, *Spicchi di Novecento*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 417-452;
- AMATO S., *La riproduzione assistita come diritto. Riflessioni biogiuridiche*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 1, 2001, pp. 89-117;
- AMATO S., *Biogiurisprudenza. Dal mercato genetico al self-service normativo*, Giappichelli, Torino, 2006;
- AMATO MANGIAMELI A.C., *Tra etica dei "fini" ed etica dei "doveri". Alcuni percorsi al di qua e al di là dell'Atlantico*, in B. MONTANARI, a cura di, *Spicchi di Novecento*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 309-348;
- AMATO MANGIAMELI A.C., *Corpi docili. Corpi gloriosi*, Giappichelli, Torino, 2007;
- ANDERS G., *L'uomo è antiquato. Sulla distruzione della vita nell'epoca della terza rivoluzione industriale*, Bollati Boringhieri, Torino, 1992;
- ANTISERI D., *Relativismo, nichilismo, individualismo: fisiologia o patologia dell'Europa?*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005;
- APARISI MIRALLES A., *Natura umana e tecnologie riproduttive*, in *Iustitia*, n. 3, 2007, pp. 311-322;
- ARENDETT H., *Vita activa. La condizione umana*, Bompiani, Milano, 1997;
- ARENDETT H., *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino, 2004;
- ARILLOTTA I., *I rischi (infondati) di un'eugenetica liberale*, in *Bioetica*, n. 3, 2008, pp. 395-411;
- ARISTOTELE, *Metafisica*, Laterza, Roma-Bari, 1973;
- ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Laterza, Roma-Bari, 1999;
- ARISTOTELE, *Organon*, Adelphi, Milano, 2003;
- ASTIGGIANO F., *Evoluzione delle problematiche relative all'analisi preimpianto dell'embrione e nuove linee guida ministeriali*, in *Famiglia e diritto*, n. 7, 2008, pp. 725-731;
- ATTADEMO G., *Biotecnologie e natura umana. Un rischio per l'autocomprensione del genere o una questione di giustizia?*, in *Filosofia e teologia*, n. 1, 2007, pp. 100-115;
- AZZONI G.M., *L'arbitrarietà del corpo umano*, in D'AGOSTINO F., a cura di, *Corpo esibito, corpo violato, corpo venduto, corpo donato: nuove forme di rilevanza giuridica del corpo umano*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 57-89;

- AZZONI G.M., *Endoxa e fonti del diritto*, in FERRARI G.A., MANZIN M., a cura di, *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 123-155;
- BACCHINI F., *Il diritto di non esistere*, McGraw-Hill, Milano, 2002;
- BAGNI S., *L'argomento comparatistico nel dibattito parlamentare sulla procreazione assistita*, in *Politica del diritto*, n. 4, 2008, pp. 635-668;
- BARBIERI M.C., *Stato vegetativo permanente: una sindrome 'in cerca di un nome' e un caso giudiziario in cerca di una decisione. I profili penalistici della sentenza Cass. 4 ottobre 2007 sez I, civile sul caso di Eluana Englaro*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1, gennaio-marzo 2008, pp. 389-421;
- BARCARO R., BECCHI P., a cura di, *Questioni mortali. L'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, Esi, Napoli, 2004;
- BARCARO R., BECCHI P., DONADONI P., *Prospettive bioetiche di fine vita. La morte cerebrale e il trapianto d'organi*, Franco Angeli, 2008;
- BAUD J.P., *Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo*, Giuffrè, Milano, 2003;
- BECCHI P., *La vicenda Welby: un caso al limite della denegata giustizia*, in *Ragion pratica*, n. 1, 2007, pp. 299-312;
- BECCHI P., *Il principio dignità umana*, Morcelliana, Brescia, 2009;
- BECCHI P., *L'Imperialismo giudiziario. Note controcorrente sul caso Englaro*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 3, 2009, pp. 379-404;
- BERTI E., a cura di, *Problemi di etica: fondazioni norme orientamenti*, Gregoriana, Padova, 1990;
- BERTI E., *L'etica alla ricerca della persona*, in *Il Mulino*, n. 336, luglio-agosto 1991, pp. 579-588;
- BERTI E., *Il metodo dialettico confutatorio nella filosofia pratica*, in BERTI E., *Soggetti di responsabilità. Questioni di filosofia pratica*, Diabasis, Reggio Emilia, 1993, pp. 97-116;
- BERTI E., *Soggetti di responsabilità. Questioni di filosofia pratica*, Diabasis, Reggio Emilia, 1993;
- BIN R., BRUNELLI G., GUAZZAROTTI A., PUGIOTTO A., VERONESI P., a cura di, *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio. Atti del seminario "preventivo" (Ferrara, 18 aprile 2008)*, Giappichelli, Torino, 2008 [e-book];
- BISCONTINI G., a cura di, *La morte e il diritto: il problema dei trapianti d'organi*, Esi, Napoli, 1994;
- BOBBIO N., *L'analogia nella logica del diritto*, Istituto giuridico della R. Università, Torino, 1938;
- BONDOLFI A., voce *Living will*, in *Dizionario di Bioetica Leone - Privitera*, EDB, Bologna, 1994, pp. 553-556;
- BONILINI G., *"Testamento per la vita" e amministrazione di sostegno*, in FONDAZIONE UMBERTO VERONESI, a cura di, *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2005, pp. 189-200;
- BONIOLO G., DE ANNA G., VINCENTI U., *Individuo e persona. Tre saggi su chi siamo*, Bompiani, Milano, 2007;

- BORGIA F., Hans-Georg Gadamer: *dove si nasconde la salute*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 1, 2005, pp. 141-160;
- BORSELLINO P., *L'analogia nella logica del diritto: un contributo di Norberto Bobbio alla metodologia giuridica*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 1, 1985, pp. 3-39;
- BORSELLINO P., *Bioetica tra autonomia e diritto*, Zadig, Milano, 1999;
- BORSELLINO P., FEOLA D., FORNI L., a cura di, *Scelte sulle cure e incapacità: dall'amministrazione di sostegno alle direttive anticipate*, Insubria University Press, Varese, 2007;
- BOUGLEUX F.M., *Protezione di un diritto soggettivo raggiunta con argomenti poco convincenti*, in *Guida al diritto*, n. 20, 16 maggio 2009, pp. 93-94;
- BOZZI L., *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Europa e diritto privato*, n. 1, 2008, pp. 225-245;
- BREGANTE L., *Dignità del bambino e diritto alla pianificazione familiare negli USA*, in D'ANGELO A., a cura di, *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 179-208;
- BRENA G.L., a cura di, *L'oggettività in filosofia e nella scienza*, Cleup, Padova, 2002;
- BUCELLI A., a cura di, *Produrre uomini*, Firenze University Press, Firenze, 2005;
- CALÒ E., *La Cassazione "vara" il testamento biologico*, in *Corriere giuridico*, n. 12, 2007, pp. 1686-1695;
- CALÒ E., *Caso Englaro: la decisione della Corte d'Appello di Milano*, in *Corriere giuridico*, n. 9, 2008, pp. 1290-1293;
- CAMASSA E., CASONATO C., a cura di, *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Università degli Studi, Trento, 2005;
- CAMMELLI M., *Eguaglianza e disuguaglianza davanti alla rivoluzione biologica dell'eredità*, in *Filosofia politica*, n. 3, 2008, pp. 417-431;
- CAMPIONE R., *Stato vegetativo permanente e diritto alla identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*, in *Famiglia e Diritto*, n. 2, 2008, pp. 136-145;
- CARBONE V., *Un bambino che nasce minorato ha diritto al risarcimento per la nascita indesiderata?*, in *Famiglia e diritto*, n. 1, 2001, pp. 97-104;
- CARNELUTTI F., *Postilla*, in *Foro italiano*, pt. I, 1951, coll. 989-990;
- CARRO S., *Brevi note sull'efficacia del dissenso al trattamento medico-chirurgico tra il diritto di morire e il dovere di curare. Il consenso presumibile e la scriminante dello stato di necessità*, in *Diritto e giurisprudenza. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza civile*, n. 1, 2008, pp. 131-147;
- CARUSI D., *Tutela della salute, consenso alle cure, direttive anticipate: l'evoluzione del pensiero privatistico*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 1, 2009, pp. 7-20;
- CASABURI G., *Il restyling giurisprudenziale della l. n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 12, 2009, pp. 3002-3020;
- CASINI M., *L'opposizione globale alla legge n. 40 e le lacune della sentenza cagliaritano: i diritti del concepito e le modalità esecutive della diagnosi preimpianto*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 1, 2008, pp. 287-306;

- CASINI C., CASINI M., DI PIETRO M.L., *La Legge 19 febbraio 2004, n. 40, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*. Commentario, Giappichelli, Torino, 2004;
- CASONATO C., *Discriminazione genetica e nuove frontiere del diritto alla privacy*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DI DIRITTO COMPARATO, *I diritti fondamentali in Europa: XV Colloquio Biennale AIDC*, Messina-Taormina, 31 maggio-2 giugno 2001-Atti del Convegno, Milano, 2001;
- CASONATO C., *Diritto, diritti ed eugenetica: prime considerazioni su un discorso altamente problematico*, in *Humanitas*, n. 4, 2004, pp. 841-856;
- CASONATO C., *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Alcione, Trento, 2006;
- CASONATO C., *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2009;
- CASONATO C., *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2008, pp. 545-575;
- CASONATO C., FROSINI T.E., a cura di, *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2006;
- CASSANI C., *La diagnosi genetica preimpianto e la sua rilevanza penale*, in *L'indice penale*, n. 1, 2009, pp. 89-137;
- CATTANI A., *Argomentazione e dimostrazione nella scienza*, in MANZIN M., SOMMAGGIO P., a cura di, *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 191-210;
- CATTORINI P., D'ORAZIO E., POCAR V., a cura di, *Bioetiche in dialogo. La dignità della vita umana, l'autonomia degli individui*, Zadig, Milano, 1999;
- CAVALLA F., *Sapienza e rapporti intersoggettivi. Riflessioni su alcuni testi di Sant'Agostino*, Cedam, Padova, 1970;
- CAVALLA F., *Scientia, sapientia ed esperienza sociale*, 2 voll., Cedam, Padova, 1974;
- CAVALLA F., *La pretesa indebita alla "società dei perfetti"*, in OPOCHER E., presentazione di, *La società criticata. Revisione fra due culture*, Morano, Napoli, 1974, pp. 331-346;
- CAVALLA F., *Diritto alla vita e diritto sulla vita: sulle origini del problema dell'eutanasia*, in BAX G., BERTI E., CASSON F., *La vita: realtà e valore: studi in onore di mons. Girolamo Bortignon*, Gregoriana Libreria Editrice, Padova, 1990, pp. 169-192;
- CAVALLA F., *Sul fondamento delle norme etiche*, in BERTI E., a cura di, *Problemi di etica: fondazioni norme orientamenti*, Gregoriana, Padova, 1990, pp. 143-202;
- CAVALLA F., *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Cedam, Padova, 1991;
- CAVALLA F., voce *Topica giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 720-739;
- CAVALLA F., *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, Cedam, Padova, 1996;
- CAVALLA F., voce *Logica giuridica*, in *Enciclopedia filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, pp. 6635-6638;
- CAVALLA F., *Retorica giudiziale, logica e verità*, in CAVALLA F., a cura di, *Retorica processo verità. Principi di filosofia forense*, Franco Angeli, Milano, 2007;

- CAVALLA F., a cura di, *Retorica Processo Verità. Principi di filosofia forense*, Franco Angeli, Milano, 2007;
- CAVALLA F., TODESCAN F., a cura di, *Pena e riparazione*, Cedam, Padova, 2000;
- CAYLA O., THOMAS Y., *Il diritto a non nascere. A proposito del caso Perruche*, Giuffrè, Milano, 2004;
- CECCHI R., *Il testamento biologico: perché?*, in FONDAZIONE UMBERTO VERONESI, a cura di, *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2005, pp. 107-139;
- CELORIA S.B., *Habermas e l'eugenetica liberale*, in *Bioetica*, n. 3, 2008, pp. 412-421;
- CENDON P. et al., *Prima della morte i diritti civili dei malati terminali*, in *Politica del diritto*, n. 4, pt. II, 2002, pp. 599-698;
- CHIEREGHIN F., *Dall'antropologia all'etica*, Guerini, Milano, 1997;
- CICERONE, *Qual è il migliore oratore. Le suddivisioni dell'arte oratoria. I topici*, Arnoldo Mondadori, Milano, 1973;
- CICERONE, *Dell'oratore*, BUR, Milano, 2006;
- COLOMBETTI E., *Incognita uomo. Corpo tecnica identità*, Vita e Pensiero, Milano, 2006;
- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La fecondazione assistita. Documenti del Comitato Nazionale per la Bioetica*, 17 febbraio 1995, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 1995, (<http://www.governo.it/bioetica/testi/feconfazione170295.pdf>);
- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Orientamenti bioetici per i test genetici. Sintesi e raccomandazioni*, 19 novembre 1999, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 1999, (<http://www.governo.it/bioetica/pdf/40.pdf>);
- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere del Comitato Nazionale della Bioetica sull'impiego terapeutico delle cellule staminali*, 27 ottobre 2000, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2000, pp. 17-19, (<http://www.governo.it/bioetica/pdf/43.pdf>);
- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18 settembre 2003, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2003, (http://www.governo.it/bioetica/testi/Dichiarazioni_anticipate_trattamento.pdf);
- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Considerazioni bioetiche in merito al c.d. "ootide"*, 15 luglio 2005, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2005, (<http://www.governo.it/bioetica/testi/Ootide.pdf>);
- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, 18 novembre 2005, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2005, (<http://www.governo.it/bioetica/testi/APN.pdf>);
- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'alimentazione e l'idratazione dei pazienti in stato vegetativo persistente*, 30 settembre 2005, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2005, (<http://www.governo.it/bioetica/testi/PEG.pdf>);
- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sul destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili*, 26 ottobre 2007, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2007, (<http://www.governo.it/bioetica/testi/parere061007.pdf>);

- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, 24 ottobre 2008, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2008,
(http://www.governo.it/bioetica/testi/Rifiuto_postille_9_11_088.pdf);
- CONTE A.G., *Ricerche in tema di interpretazione analogica*, Tipografia del libro, Pavia, 1957;
- COTTA S., *La sfida tecnologica*, Il Mulino, Bologna, 1968;
- COTTA S., *La coesistenza come fondamento ontologico del diritto*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 2, 1981, pp. 257-267;
- COTTA S., *Soggetto umano, soggetto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1997;
- COTTA S., *Il diritto come sistema di valori*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 2004;
- CRICENTI G., *Il lancio del nano. Spunti per un'etica del diritto civile*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 1, 2009, pp. 21-39;
- CRISTOFARI F., *Precauzione, sperimentazione sulle cellule staminali embrionali umane e opinione pubblica*, in MARINI L., PALAZZANI L., a cura di, *Il principio di precauzione tra filosofia biodiritto biopolitica*, Edizioni Studium, Roma, 2008, pp. 159-178;
- D'AGOSTINO F., a cura di, *Diritto e corporeità: prospettive filosofiche e profili giuridici della disponibilità del corpo umano*, Jaca Book, Milano, 1984;
- D'AGOSTINO F., a cura di, *Il corpo de-formato. Nuovi percorsi dell'identità personale*, Giuffrè, Milano, 2002;
- D'AGOSTINO F., *Il testamento biologico: noterelle bioetiche*, in *Legalità e giustizia*, n. 1, 2003, pp. 242-246;
- D'AGOSTINO F., *Parole di Bioetica*, Giappichelli, Torino, 2004;
- D'AGOSTINO F., PALAZZANI L., *Bioetica. Nozioni fondamentali*, Editrice La Scuola, Brescia, 2007;
- D'ANGELO A., a cura di, *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffrè, Milano, 1999;
- D'ANGELO A., *Wrongful birth e wrongful life negli ordinamenti inglese e australiano*, in D'ANGELO A., a cura di, *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 155-177;
- D'AVACK L., *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, Giappichelli, Torino, 2004;
- D'AVACK L., *L'evasiva ordinanza n. 369 della Corte Costituzionale del 9 novembre 2006 in merito alla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 1, 2007, pp. 27-36;
- D'AVACK L., *Il Tribunale di Cagliari dichiara la legittimità dell'indagine preimpianto nella PMA, privilegiando il diritto della madre alla piena informativa sull'atto sanitario*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 1, 2008, pp. 281-287;
- D'AVACK L., RICCOBONO F., a cura di, *Equità e ragionevolezza nell'attuazione dei diritti*, Guida, Napoli, 2004;
- DE BERTOLIS O., *Limiti e forme del sapere: una riflessione filosofico-giuridica sulla laicità della scienza e del diritto*, in *Iustitia*, n. 3, 2007, pp. 333-350;
- DEFANTI C.A., *Lo stato vegetativo persistente: un appello alla nostra responsabilità*, in *Bioetica*, n. 1, 2000, pp. 50-59;

- DEFANTI C.A., *Eluana Englaro: la fine di un incubo?*, in *Bioetica*, n. 4, 2007, pp. 107-114;
- DE TILLA M., OPERAMOLLA U., a cura di, *Seminari di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 351-429;
- DI CANIO R., *La "fallacia oggettivistica" nel caso Welby*, in *Bioetica*, n. 2, 2007, pp. 65-75;
- DI CAPUA V., *Il divieto di diagnosi preimpianto nel procedimento di fecondazione assistita al vaglio critico di un'innovativa giurisprudenza*, in *Bioetica*, n. 2, 2008, pp. 306-321;
- DI DONATO F., *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel 'processo'*, Franco Angeli, Milano, 2008;
- DOGLIOTTI M., *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita: tutte infondate le questioni di legittimità costituzionale?*, in *Famiglia e Diritto*, n. 4, 2004, pp. 384-386;
- DOGLIOTTI M., *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Famiglia e diritto*, n. 2, 2004, pp. 117-121;
- DOGLIOTTI M., FIGONE A., *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Ipsoa, Milanofiori Assago, 2004;
- DOLCINI E., *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione medicalmente assistita. Ambiguità e rigori della legge n. 40 del 2004*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1, 2009, pp. 27-50;
- DOLCINI E., *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 2009, pp. 950-966;
- DOLCINI E., *Fecondazione assistita e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2008;
- DWORKIN G., FREY R.G., BOK S., *Eutanasia e suicidio assistito: pro e contro*, Edizioni di Comunità, Torino, 2001;
- D'USSEAU, *Lo Schmerzensgeld e il risarcimento del danno patrimoniale per la nascita indesiderata nell'ordinamento tedesco*, in D'ANGELO A., a cura di, *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 121-154;
- ECO U., SEBEOK T.A., *Il segno dei tre. Holmes, Dupin, Peirce*, Bompiani, Milano, 1983;
- ELIA M., *Responsabilità del genitore verso il figlio eredoluetico?*, in *Foro italiano*, pt. I, 1951, coll. 987-989;
- ENGELHARDT H.T., *Manuale di Bioetica*, Il Saggiatore, Milano, 1991;
- FANTETTI F.R., *Illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, n. 8-9, 2009, pp. 694-701;
- FERRAJOLI L., *Teoria del diritto*, vol. 1 di Principia iuris. *Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007;
- FERRAJOLI L., *Trattamenti sanitari forzati*, in *Ragion pratica*, n. 32, 2009, pp. 357-363;
- FERRANDO G., *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto di embrioni ammalati?*, in *Famiglia e Diritto*, n. 4, 2004, pp. 380-384;

- FERRANDO G., *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, in *Familia*, n. 6, 2004, pp. 1173-1186;
- FERRANDO G., *Il diritto di rifiutare le cure e le direttive anticipate*, in *Bioetica*, n. 2, 2008, pp. 329-340;
- FERRARI G.A., MANZIN M., a cura di, *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Giuffrè, Milano, 2004;
- FLAMIGNI C., MORI M., *La legge sulla procreazione medicalmente assistita. Paradigmi a confronto*, Net, Milano, 2005;
- FONDAZIONE UMBERTO VERONESI, a cura di, *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2005;
- FORNERO G., *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Mondadori, Milano, 2009;
- FOUCAULT M., *Biopolitica e liberalismo. Detti e scritti su potere ed etica, 1975-1984*, Medusa, Milano, 2001;
- FOUCAULT M., *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France, 1978-1979*, Feltrinelli, Milano, 2005;
- FUSCHETTO C., *Fabbricare l'uomo. L'eugenetica tra biologia e ideologia*, Armando, Roma, 2004;
- FUSELLI S., *Verità ed opinione nel ragionamento giudiziale. A partire da un confronto con Aristotele e Hume*, in CAVALLA F., a cura di, *Retorica processo verità. Principi di filosofia forense*, Franco Angeli, Milano, 2007, pp. 255-297;
- FUSELLI S., *Apparenze. Accertamento giudiziale e prova scientifica*, Franco Angeli, Milano, 2008;
- FUSELLI S., *La lanterna di Diogene: alla ricerca dell'uomo negli esperimenti di ibridazione*, in ZANUSO F., a cura di, *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 91-109;
- GAMBARO A., SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Wolters Kluwer Italia, Milanofiori Assago, 2008;
- GAMBINO G., *Il corpo de-formato tra cultura diagnostica e genetizzazione della medicina*, in D'AGOSTINO F., a cura di, *Il corpo de-formato. Nuovi percorsi dell'identità personale*, Giuffrè, Milano, 2002;
- GAMBINO G., voce *Eugenetica*, in *Enciclopedia Filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, pp. 3852-3854;
- GENTILE F., *Intelligenza politica e ragion di stato*, Giuffrè, Milano, 1984;
- GENTILE F., *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, Giuffrè, Milano, 1993;
- GEYMONAT L., *Lineamenti di filosofia della scienza*, Mondadori, Milano, 1985;
- GIACOBBE G., voce *Trapianti*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 892-902;
- GIANFORMAGGIO L., *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 1986;
- GIOVAGNOLI F., *Autonomia: questioni di contenuto*, in *Ragion pratica*, n. 2, 2006, pp. 555-572;
- GIUPPONI T.F., *Il "giudizio di legittimità" nel referendum e i limiti del legislatore*, in PINARDI R., a cura di, *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 307-330;

- GLIATTA G., *Il danno da procreazione: i soggetti legittimati a chiedere il risarcimento e la natura della responsabilità del medico*, in *La responsabilità civile*, n. 10, 2007, pp. 845-849;
- GRACIA D., *Fondamenti di bioetica. Sviluppo storico e metodo*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 1993;
- GREBLO E., *Sorveglianza a bassa intensità*, in *Aut Aut*, n. 340, 2008, pp. 14-36;
- GRECO C., *Dominio tecnico della vita e simbolica della creazione*, in *Filosofia e teologia*, n. 1, 2007, pp. 39-49;
- GUGLIELMUCCI V., *Riflessioni in tema di danni da procreazione*, in *Danno e responsabilità*, n. 10, 2007, pp. 957-963;
- GUZZO A., MATHIEU V., LIA P., voce *Analogia*, in *Enciclopedia Filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, pp. 402-410;
- HABERMAS J., *Il futuro della natura umana. I rischi di una eugenetica liberale*, Einaudi, Torino, 2002;
- HEIDEGGER M., *Sentieri interrotti*, La Nuova Italia, Firenze, 1984;
- HOBBS T., *Leviatano*, Laterza, Roma-Bari, 1997;
- HUBER G., *Gioco dei desideri e filosofia del limite*, in RODOTÀ S., *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp.198-209;
- IADECOLA G., *Note critiche in tema di "testamento biologico"*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2003, pp. 473-483;
- IADECOLA G., *Qualche riflessione sul piano giuridico e deontologico a margine del "caso Welby"*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 4, 2007, pp. 1002-1007;
- IADECOLA G., *Il caso "Englaro": la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 10, 2008, pp. 2504-2514;
- IAGULLI P., *"Diritti riproduttivi" e riproduzione artificiale. Verso un nuovo diritto umano? Profili ricostruttivi e valutazioni biogiuridiche*, Giappichelli, Torino, 2001;
- IAPICHINO L., *Testamento biologico e direttive anticipate*, Collana *Lecture notarili*, Ipsoa, Milano, 2000;
- IRTI N., SEVERINO E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari, 2001;
- JASONNI M., *Crisi della laicità e diritti umani*, in *Archivio giuridico*, fasc. 1, 2008, pp. 75-90;
- JONAS H., *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino, 2002;
- JONAS H., *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità*, Einaudi, Torino, 1997;
- KANT I., *Scritti politici e di teoria della storia del diritto*, Utet, Torino, 1956;
- KANT I., *Opere*, 3 voll., Utet, Torino, 1999-2004;
- KIRCHMAYR R., *Morire da soli. La medicalizzazione come supplemento di cura*, in *Aut Aut*, n. 340, 2008, pp. 37-58;
- KNOPPERS B.M., *L'integrità del patrimonio genetico: diritto soggettivo o diritto dell'umanità?*, in *Politica del diritto*, n. 2, 1990, pp. 341-361;
- LABROUSSE-RIOU C., *Destino biologico e finalità del diritto*, in RODOTÀ S., *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp. 375-385;

- LAMORGESE A., *Ancora sul “caso Welby” (ovvero, i ritardi della giurisprudenza nel riconoscimento dei diritti della persona)*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2007, pp. 327-336:329;
- LANDINI S., *Responsabilità civile dei genitori e diritto a non esistere*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, n. 3, 2007, pp. 251-256;
- LA TORRE M., LALATTA COSTERBOSA M., SCERBO A., a cura di, *Questioni di vita o di morte: etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2007;
- LECALDANO E., *Dall'autonomia del paziente alle carte di autodeterminazione. Il contributo della riflessione bioetica*, in *Bioetica*, n. 2 (suppl), 2001, pp. 9-17;
- LE DOUARIN N., *Chimere, cloni e geni*, Bollati Borlinghieri, Torino, 2002;
- LOCKE J., *Due trattati sul governo*, Utet, Torino, 1948;
- LOMBARDI VALLAURI L., *L'embrione e le vita diversamente importanti*, in RODOTÀ S., *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp. 361-373;
- LOMBARDI VALLAURI L., *Riduzionismo e oltre. Dispense di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 2002;
- LYOTARD J.F., *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Feltrinelli, Milano, 1990;
- MANETTI M., *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2004, pp. 453-466;
- MANTOVANI F., *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Criminalia*, 2006, pp. 57-90;
- MANTOVANI F., *Principi personalistici del biodiritto*, in *Archivio giuridico*, fasc. 2, 2007, pp. 163-185;
- MANTOVANI F., *Umanità e razionalità del diritto penale*, Cedam, Padova, 2008;
- MANZIN M., *Retorica ed umanesimo giuridico*, in CAVALLA F., a cura di, *Retorica Processo Verità. Principi di filosofia forense*, Franco Angeli, Milano, 2007, pp. 85-100;
- MANZIN M., *Ordo iuris. La nascita del pensiero sistematico*, Franco Angeli, Milano, 2008;
- MANZIN M., *La barba di Solženicyn e la frammentazione dei diritti umani*, in *Persona y Derecho*, n. 58, 2008, pp. 455-472;
- MANZIN M., *L'ordine infranto. Ambiguità e limiti delle narrazioni formali nel diritto dell'età post-moderna*, in *Tigor*, n. 1, 2009, pp. 31-41;
- MANZIN M., PUPPO F., a cura di, *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Giuffrè, Milano, 2008;
- MANZIN M., SOMMAGGIO P., a cura di, *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Giuffrè, Milano, 2006;
- MARINI L., PALAZZANI L., a cura di, *Il principio di precauzione tra filosofia biodiritto biopolitica*, Edizioni Studium, Roma, 2008;
- MARZANO PARISOLI M.M., *Il corpo tra diritto e diritti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 1999, pp. 527-552;
- MATTEI U., *Il giudice e le scelte difficili (lezioni da Israele)*, in *Foro italiano*, 1989, pt. V, coll. 509-517;
- MELCHIORRE V., a cura di, *Metafore dell'invisibile: ricerche sull'analogia*, Morcelliana, Brescia 1984;

- MELCHIORRE V., *La via analogica*, Vita e Pensiero, Milano, 1996;
- MELCHIORRE V., voce *Analogia*, in *Enciclopedia Filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, pp. 410-412;
- MELKEVIK B., *Vulnerabilità, diritto e autonomia. Saggio sul soggetto di diritto*, in PASQUAZI M., SCILLITANI L., a cura di, *Filosofia sociale. Scritti in memoria di Luigi Pasquazi*, Mimesis, 2007, pp. 105-132;
- MEMMI D., *Amministrare una materia sensibile. Intorno alla vita e alla morte*, in *Aut Aut*, n. 340, 2008, pp. 60-81;
- MESSINETTI D., *L'autodeterminazione dispositiva della persona e il valore della libertà del soggetto*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 4, 2008, pp. 547-558;
- MILL J.S., *Saggio sulla libertà*, Il Saggiatore, Milano, 1981;
- MILONE L., *Il testamento biologico (living will)*, in *Vita Notarile*, n. 1, 1997, pp. 106-113;
- MONETI CODIGNOLA M., *Produrre uomini. La rivoluzione delle tecnologie riproduttive*, in BUCELLI A., a cura di, *Produrre uomini*, Firenze University Press, Firenze, 2005, pp. 13-45;
- MONTANARI B., a cura di, *Spicchi di Novecento*, Giappichelli, Torino, 1998;
- MONTANARI B., "Soggetto umano - Soggetto giuridico". *Il diritto nella prospettiva ontologico-esistenziale di Sergio Cotta*, in *Jus*, n. 1, 2008, pp. 91-119;
- MORDACCI R., *I significati di salute e malattia*, in CATTORINI P., MORDACCI R., REICHLIN M., a cura di, *Introduzione allo studio della bioetica*, Europa scienze umane, Milano, 1996, pp. 157-203;
- MORDACCI R., *La dissoluzione del soggetto morale in bioetica*, in SORICELLI E., BARCARO R., a cura di, *Bioetica e antropocentrismo etico*, Franco Angeli, Milano 1998, pp. 41-59;
- MORDACCI R., *Etica ed eugenetica*, in *Etica & Politica*, n. 2, 2004, (http://www.units.it/etica/2004_2/MORDACCI.html);
- MORDACCI R., voce *Malattia*, in *Enciclopedia Filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, p. 6935;
- MORDACCI R., *La vita etica e le buone ragioni*, Mondadori, Milano, 2007;
- MORDACCI R., SERRA A., voce *Genetica*, in *Enciclopedia Filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, pp. 4607-4609;
- MORO P., *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2004;
- MORO P., a cura di, *Etica Informatica Diritto*, Franco Angeli, Milano, 2008;
- MORO P., *Dignità umana e consenso all'atto medico*, in ZANUSO F., a cura di, *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 131-153;
- MOSCARDINI L.V., *Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere*, in DE TILLA M., OPERAMOLLA U., a cura di, *Seminari di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 395-407;
- NERI D., *Sul "testamento biologico": esigenze normative e ritardi legislativi*, in *Cassazione penale*, n. 5, 2009, pp. 2205-2214;
- NICOLUSSI A., *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa e diritto privato*, n. 1, 2009, pp. 1-58;

- ODDONE V., *Condotta pregiudizievole del genitore nel periodo prenatale, handicap neonatale evitabile e ruolo preventivo del giudice minorile*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 2, 1987, pp. 833-847;
- OPOCHER E., *Lezioni di Filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1983;
- PAGALLO U., *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, Cedam, Padova, 2001;
- PALAZZANI L., *La "questione femminile" e le tecnologie riproduttive: riflessioni di filosofia del diritto*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, n. 3, 1999, pp. 504-518;
- PALAZZANI L., *Esiste un "diritto di morire"?: il dibattito biogiuridico sul "testamento biologico"*, in *Legalità e giustizia*, n. 1, 2003, pp. 44-68;
- PALAZZANI L., a cura di, *Nuove biotecnologie, biodiritto e trasformazioni della soggettività*, Edizioni Studium, Roma, 2007;
- PALMERINI E., *La nuova legge sul trapianto d'organo: prime annotazioni*, in *Studium Juris*, n. 12, 1999, pp. 1311-1321;
- PALMERINI E., *La vita come danno? No..., sì..., dipende*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 1, 2005, pp. 433-444;
- PALMERINI E., *La Corte costituzionale e la procreazione assistita*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 6, 2006, pp. 619-629;
- PALMERINI E., *Procreazione assistita e diagnosi genetica: la soluzione della liceità limitata*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2, 2008, pp. 260-265;
- PALMERINI E., *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3, 2008, pp. 363-380;
- PAVAN G., *I casi Welby e Englaro nella prospettiva giurisprudenziale*, in *L'indice penale*, n. 1, 2009, pp. 227-250;
- PEIRCE S. P., *Opere*, Bompiani, Milano, 2003;
- PERELMAN C., OLBRECHTS-TYTECA L., *Trattato dell'argomentazione: la nuova retorica*, Einaudi, Torino, 2001;
- PESSINA A., *Bioetica. L'uomo sperimentale*, Mondadori, Milano, 1999;
- PETRONE M., *Trattamento dei dati genetici e tutela della persona*, in *Famiglia e diritto*, n. 8-9, 2007, pp. 853-859;
- PIANA G., *Bioetica: alla ricerca di nuovi modelli*, Garzanti, Milano, 2002;
- PICIOCCHI C., *Il diritto a non nascere: verso il riconoscimento delle wrongful life actions nel diritto francese?*, (<http://www.jus.unitn.it/biodiritto/pubblicazioni/docs/wrongful%20life.pdf>);
- PICKER E., *Il danno della vita. Risarcimento per una vita non desiderata*, Giuffrè, Milano, 2004;
- PINNA A., *Nascere sani o non nascere: la Cassazione nega l'esistenza di un tale diritto*, in *Contratto e impresa*, n. 1, 2005, pp. 1-49;
- PLATONE, *Opere*, Laterza, Roma-Bari, 1974;
- POLLO S., *Scegliere chi nasce. L'etica della riproduzione umana fra libertà e responsabilità*, Guerini Studio, Milano, 2003;
- PONZANELLI G., *Il diritto a morire: l'ultima giurisprudenza della corte del New Jersey*, in *Foro italiano*, 1988, pt. IV, coll. 291-301;
- PONZANELLI G., *Nancy Cruzan, la Corte suprema degli Stati uniti e il "right to die"*, in *Foro italiano*, 1991, pt. IV, coll. 72-75;

- POPPER K., *La logica della scoperta scientifica*, Einaudi, Torino, 1970;
- POSSENTI V., *Il principio-persona*, Armando, Roma, 2006;
- PUGIOTTO A., *È ancora ammissibile un referendum abrogativo totale?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2005, pp. 545-572;
- PUPPO F., *La 'nuova' prova scientifica nel processo penale. Alcune riflessioni sul rapporto tra retorica e scienza*, in FERRARI G.A., MANZIN M., *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 355-372;
- RE F., *La rilevanza penale delle nuove linee guida nella procreazione medicalmente assistita*, in *Rivista penale*, n. 9, 2008, pp. 857-861;
- REGGIO F., *La vita come danno. Alcune note in margine ad una recente sentenza in tema di 'diritto a non nascere'*, in F. ZANUSO, a cura di, *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 155-174;
- REICHLIN M., *Autonomia e responsabilità nella sfera procreativa*, in CATTORINI P., D'ORAZIO E., POCAR V., a cura di, *Bioetiche in dialogo. La dignità della vita umana, l'autonomia degli individui*, Zadig, Milano, 1999, pp. 177-195;
- RESCIGNO P., *Danno da procreazione e altri scritti tra etica e diritto*, Giuffrè, Milano, 2006;
- RESTA E., *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari, 2008;
- RICCOBONO F., a cura di, *Nuovi diritti nell'età tecnologica. Atti del convegno tenuto a Roma presso la Libera università internazionale degli studi sociali, 5 e 6 maggio 1989*, Giuffrè, Milano, 1991;
- RICCOBONO F., *Soggetto persona diritti*, Terzo Millennio Edizioni, Napoli, 1999;
- RODOTÀ S., a cura di, *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993;
- ROMANO M., *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 31, 2008, pp. 984-1003;
- RONCO M., *L'indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita*, in *Cristianità*, nn. 341-342, 2007, pp. 11-34;
- RONCO M., ARDIZZONE S., *Codice penale ipertestuale: commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, Utet, Torino, 2003, pp. 1987-1992;
- ROSE H., *Ideologia eugenetica di stato, ideologia eugenetica di consumo: sono possibili nuove prospettive?*, in DONGHI P., *Il patto col diavolo*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 73-95;
- ROUSSEAU J.J., *Il contratto sociale*, Vallecchi, Firenze, 1924;
- ROVATTI P.A., *Note sulla medicalizzazione della vita*, in *Aut Aut*, n. 340, 2008, pp. 3-13;
- RUARO L., *Lo statuto dell'embrione umano nel pensiero del prof. Luigi Lombardi Vallauri. Storia di un itinerario filosofico*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 2, 2009, pp. 245-289;
- RUSCELLO F., *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia e diritto*, n. 6, 2004, pp. 629-642;
- SACCO R., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, pp. 1-34;

- SACCO R., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, pp. 343-401;
- SALERNO G.M., *Il rinvio della questione alla Consulta poteva essere la soluzione appropriata*, in *Guida al diritto*, n. 1, 06 gennaio 2007, pp. 46-50;
- SALERNO M., *Sulle malattie sessualmente trasmissibili uno 'sconfinamento' di competenza*, in *Guida al Diritto*, n. 20, 17 maggio 2008, pp. 28-30;
- SALITO G., *Designazione preventiva dell'amministratore di sostegno e testamento biologico. Nota a Trib. Modena 13 maggio/5 novembre 2008*, in *Iustitia*, n. 2, 2009, pp. 207-218.
- SANDEL M., *Contro la perfezione. L'etica nell'età dell'ingegneria genetica*, Vita e Pensiero, Milano, 2008;
- SANTOSUOSSO A., *A proposito di "living will" e di "advance directives": note per il dibattito*, in *Politica del diritto*, n. 3, 1990, pp. 494-497;
- SANTOSUOSSO A., *Situazioni giuridiche critiche nel rapporto medico-paziente: una ricostruzione giuridica*, in *Politica del diritto*, n. 2, 1990, pp. 181-216;
- SANTOSUOSSO A., *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, in *Foro italiano*, 1991, pt. IV, coll. 66-72;
- SANTOSUOSSO A., FIECCONI F., *Il rifiuto di trasfusioni tra libertà e necessità*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 1, 2005, pp. 27-48;
- SANTOSUOSSO F., *La procreazione medicalmente assistita: commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004;
- SARRA C., *La dimostrazione retorica: analisi di un'arringa contemporanea*, in F. CAVALLA, a cura di, *Retorica processo verità. Principi di filosofia forense*, Franco Angeli, Milano, 2007, pp. 133-158;
- SARTEA C., *Fine vita: cronache perplesse dal dibattito mediatico sulla fase legiferante*, in *Iustitia*, n. 2, 2009, pp. 193-201;
- SASSO G., *Dignità e ambiguità del morire. Per un'ars moriendi laica*, in *Bioetica*, n. 1, 1999, pp. 172-183;
- SCACCHETTI M.G., *Il testamento biologico è già previsto e tutelato dalle norme sull'amministrazione di sostegno. Il leading-case del decreto del Giudice Tutelare di Modena*, in *Bioetica*, n. 2, 2008, pp. 227-236;
- SCERBO A., *Procreazione medicalmente assistita*, in LA TORRE M., LALATTA COSTERBOSA M., SCERBO A., a cura di, *Questioni di vita o di morte: etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 170-190;
- SCHLESINGER P., *Il concepito e l'inizio della persona*, in *Rivista di diritto civile* n. 3, 2008, pp. 247-256;
- SCUDERI R., *Le identità virtuali. Un fenomeno giuridico postmoderno*, in MORO P., a cura di, *Etica Informatica Diritto*, Franco Angeli, Milano, 2008, pp. 193-221;
- SEGNI M., *La diagnosi preimpianto: un problema aperto*, in *Famiglia e diritto*, nn. 8-9, 2008, pp. 855-860;
- SEMINARA S., *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Diritto penale e processo*, n. 12, 2007, pp. 1561-1567;
- SESTA M., *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, in FONDAZIONE UMBERTO VERONESI, a cura di, *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2005, pp. 163-176;
- SESTA M., a cura di, *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Utet, Torino, 2008;

- SHEWMON D.A., *Disconnessione tra encefalo e corpo: implicazioni per il fondamento teorico della morte cerebrale*, in DE MATTEI R., a cura di, *Finis vitae. La morte cerebrale è ancora vita?*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007, pp. 277-332;
- SINGER P., *Ripensare la vita. La vecchia morale non serve più*, Il Saggiatore, Milano, 1996;
- SMORTO G., *Note comparatistiche sull'eutanasia*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 7, 2007, pp. 143-179;
- SOMMAGGIO P., *La scomparsa di Abele*, in CAVALLA F., TODESCAN F., a cura di, *Pena e riparazione*, Cedam, Padova, 2000, pp. 293-317;
- SOMMAGGIO P., *Il dono preteso. Il problema del trapianto di organi: legislazione e principi*, Cedam, Padova, 2004;
- SOMMAGGIO P., *Umano post umano. I rischi di un uso ideologico della genetica*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, n. 8, 2008, pp. 213-247;
- SORICELLI E., BARCARO R., a cura di, *Bioetica e antropocentrismo etico*, Franco Angeli, Milano 1998;
- SPAEMANN R., *Persone. Sulla differenza tra qualcosa e qualcuno*, Laterza, Roma-Bari, 2005;
- SPARTI D., *Fra singolarità e de-singolarizzazione. Generazione, aborto e il limite dell'umano in Hannah Arendt*, in *Aut Aut*, n. 340, 2008, pp. 187-215;
- STANZIONE P., *Procreazione assistita e categorie civilistiche*, in AA. VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Giuffrè, Milano, 1998, vol. II, pp. 859-866;
- STANZIONE P., a cura di, *La disciplina giuridica dei trapianti*, Giuffrè, Milano, 2000;
- STANZIONE P., SALITO G., *Il rifiuto presunto alle cure: il potere di autodeterminazione del soggetto incapace*, in *Iustitia*, n. 1, 2008, pp. 55-80;
- STANZIONE P., SCIANCELEPORE G., a cura di, *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004;
- STEFANINI E., *Dati genetici e diritti fondamentali. Profili di diritto comparato ed europeo*, Cedam, Padova, 2008;
- STOECKER R., *Dalla morte cerebrale alla dignità umana. Per il superamento filosofico-morale del dibattito sulla morte cerebrale*, in BARCARO R., BECCHI P., a cura di, *Questioni mortali. L'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, Esi, Napoli, 2004;
- SUAUDEAU J., *La diagnosi pre-impiantatoria. Lo stato dell'arte scientifico e gli interrogativi etici – Parte I*, in *Medicina e morale*, n. 3, 2007, pp. 491-531;
- SUAUDEAU J., *La diagnosi pre-impiantatoria. Lo stato dell'arte scientifico e gli interrogativi etici – Parte II*, in *Medicina e morale*, n. 4, 2007, pp. 717-751;
- TODESCAN F., *Riflessioni sulla genesi dell'ideologia tecnocratica*, in OPOCHER E., presentazione di, *La società criticata. Revisioni fra due culture*, Morano, Napoli, 1974, pp. 227-253;
- TODESCAN F., *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*, Cedam, Padova, 1979;
- TODESCAN F., *Etiamsi daremus. Studi sinfonici sul diritto naturale*, Cedam, Padova, 2003;
- TRABUCCHI A., *Il figlio, nato o nascituro, inaeestimabilis res, e non soltanto res extra commercium*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1991, pp. 211-221;
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 2003;

- TUZET G., *La prima inferenza: l'abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*, Giappichelli, Torino, 2006;
- UZIELLI GIOVANNUCCI M.L., *Fecondazione assistita: sterilità, infertilità e disordini genetici*, in BUCCELLI A., a cura di, *Produrre uomini*, Firenze University Press, Firenze, 2005, pp. 105-126;
- VALLINI A., *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme nella più recente giurisprudenza*, in *Diritto penale e processo*, n. 1, 2008, pp. 68-82;
- VARI F., *Sulla tutela del concepito nella Costituzione italiana. Riflessioni alla luce dell'insegnamento di Pierfrancesco Grossi*, in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n. 19, 2009, (<http://www.federalismi.it/federalismi/AppOpenFilePDF.cfm?dpath=document&dfile=06102009171043.pdf&content=Sulla+tutela+del+concepito+nella+Costituzione+italiana.+Riflessioni+alla+luce+dell'insegnamento+di+Pierfrancesco+Grossi.+--+stato+--+dottrina+--+>);
- VATTIMO G., a cura di, *Il pensiero debole*, Feltrinelli, Milano, 1983;
- VEGETTI FINZI S., *Oscurità dell'origine e bioetica della verità*, in RODOTÀ S., *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp. 182-197;
- VELLUZZI V., *La distinzione tra analogia giuridica e interpretazione estensiva*, in MANZIN M., SOMMAGGIO P., a cura di, *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 133-148;
- VELO DALBRENTA D., *La scienza inquieta. Saggio sull'antropologia criminale di Cesare Lombroso*, Cedam, Padova, 2004;
- VERONESI P., *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007;
- VIAFORA C., MOCELLIN S., a cura di, *L'argomentazione del giudizio bioetico. Teorie a confronto*, Franco Angeli, Milano, 2006;
- VIGANÒ F., *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Diritto penale e processo*, n. 1, 2007, pp. 5-10;
- VIGANÒ F., *Decisioni mediche di fine vita e 'attivismo giudiziale'*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 4, 2008, pp. 1594-1613;
- VILLA V., *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2004;
- VILLANI R., *Procreazione assistita e diagnosi preimpianto: la Corte costituzionale salva "pilatescamente" il divieto*, in *Studium iuris*, n. 2, 2007, pp. 127-130;
- VILLANI R., *Procreazione assistita e Corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette e indirette) del recente intervento della Consulta sulla disciplina della l. n. 40/04*, in *Le nuove leggi civili commentate*, nn. 3-4, 2009, pp. 475-500;
- VINCENTI U., *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Laterza, Roma-Bari, 2007;
- VINCENTI U., *Diritti e dignità umana*, Laterza, Roma-Bari, 2009;
- VIOLA L., *Il nascituro ha il diritto di nascere sano, ma non quello di non nascere*, in *La Responsabilità Civile*, nn. 8-9, 2009, pp. 714-719;
- WARNOCK M., *A question of life. The Warnock Report on Human Fertilization and Embryology*, Basil Blackwell, Oxford, 1985;

- ZAMBRANO V., *La fecondazione assistita: profili giuridici di un fenomeno (in)naturale*, in CASONATO C., FROSINI T.E., a cura di, *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 177-205;
- ZANUSO F., *Conflitto e controllo sociale nel pensiero giuridico-politico moderno*, Cleup, Padova, 1993;
- ZANUSO F., *Utilitarismo*, AVE, Roma, 1993;
- ZANUSO F., *Neminem laedere. Verità e persuasione nel dibattito bio-giuridico*, Cedam, Padova, 2005;
- ZANUSO F., *Laicità e laicismo nell'argomentazione biogiuridica*, in CAVALLA F., a cura di, *Retorica Processo Verità. Principi di filosofia forense*, Franco Angeli, Milano, 2007, pp. 227-254;
- ZANUSO F., a cura di, *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano, 2009;
- ZANUSO F., *L'indisponibile filo delle Parche. Argomentazione e decisione nel dibattito biogiuridico*, in EAD., a cura di, *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 9-54;
- ZATTI P., *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009.