

n. 1/3  
Gennaio  
Dicembre  
2016

prospettive teoriche, tecnico-scientifiche e etico-giuridiche

# BIOETICA & SOCIETÀ

E D I Z I O N E O N L I N E



CENTRO DI BIOETICA DI PONTEDERA

# BIOETICA & SOCIETÀ

E D I Z I O N E O N L I N E

Centro di Bioetica Pontedera (centrodibioetica@marconipontedera.it)  
Istituto Tecnico Industriale "G. Marconi" Pontedera  
Amministrazione Comunale Pontedera  
www.centrobioeticapontedera.it

Direttore Responsabile: Paolo Falcone

Comitato di Direzione: Carlo Dal Canto, Marzio Paoli,  
Stefano Stacchini, Giovanni Volpi

Pubblicazione quadrimestrale  
Autorizzazione del Tribunale in corso

Redazione: centrodibioetica@marconipontedera.it

Impaginazione - Grafica e Layout:  
Mariasimona Silvestri

Copyright © 2016 Centro di Bioetica di Pontedera

ISSN 1973-6371

## Editoriale

Mentre da più parti sembra che si pensi ad una lenta "eutanasia" della Bioetica, alcuni degli ultimi avvenimenti la stanno riportando al centro dell'attenzione del grande pubblico facendola restare oggetto di grande attualità ed interesse. Basti pensare alle questioni inerenti al diritto di morire o a far morire in certe condizioni di vita, o ai temi che ruotano intorno alla cosiddetta "questione Gender", o alle problematiche sollevate dallo sviluppo delle neuroscienze e della stessa robotica.

Se poi pensiamo ad argomenti tipo quelli sollevati dalle recenti scoperte della tecnica del "gene editing" e ad altri ancora, si può facilmente concludere che la bioetica dovrebbe risultare ancora viva e vegeta!

Anche per questo il nostro Centro continua la sua attività cercando di tenere vivi proprio questi temi gran parte dei quali trova spazio anche nel presente numero.

Le stesse Conferenze Nazionali di Bioetica per la Scuola cercano di portare avanti questo obiettivo ed in particolare la XIII, che si è tenuta a Genova il 21 e il 22 aprile ha fatto emergere moltissime rilevanti questioni sollevate dall'utilizzazione sempre più massiccia dei robot nei più svariati settori di applicazione.

Nel nostro consueto appuntamento autunnale per la scuola cercheremo invece di indagare sul come le informazioni anche intorno alle rilevanti questioni bioetiche siano spesso oggetto di manipolazioni tendenti a nascondere importanti verità necessarie per un loro corretto approccio.

Questo numero raccoglie, nella prima parte, contributi relativi rispettivamente alla Medicina di Genere, ad una riflessione sul parere del CNB in merito alle indagini neuroscientifiche sulla libertà e la responsabilità umana e, infine, un articolo che mette a confronto alcune tesi giuridiche sulla complessa questione del diritto a morire.

Nella sezione "Discussioni" continuiamo ad ospitare, un confronto tra opinioni diverse intorno a temi che di volta in volta vengono sollevati dagli interventi. In questo numero il tema della discussione riguarda la questione Gender.

Considerando che di "eutanasia" si continua a parlare, ci auguriamo che la bioetica non sia avviata ad un tale esito ma continui a porsi come un fondamentale strumento per affrontare grandi questioni che sempre più sfidano le società odierne e gli uomini del nostro tempo.

*Pontedera, maggio 2017*

**Carlo Dal Canto - Marzio Paoli**

---

## **Indice**

<b>Interventi</b>	<b>6</b>
La discriminazione delle donne nella sperimentazione farmacologica: la medicina di genere <i>Alessandra Fabbri</i>	7
Note a margine del parere del Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) su “Neuroscienze ed esperimenti sull’uomo: osservazioni bioetiche” <i>Francesco Zini</i>	11
Diritto a morire: tesi giuridiche a confronto <i>Tommaso Scandroglio</i>	18
<b>Discussioni</b>	<b>36</b>
La differenza di genere versus uguaglianza di genere <i>Francesco Zini</i>	37
Discriminazione e identità di genere <i>Roberto Marchesini</i>	39
Società ed identità di genere <i>Matteo Galletti</i>	41



# I N T E R V E N T I

## La discriminazione delle donne nella sperimentazione farmacologica: la medicina di genere

Alessandra Fabbri

Scienze della Formazione - Università di Genova

Nella nostra società sussiste ancora un simbolico, in gran parte declinato al maschile, che rappresenta una norma/valore: da una parte c'è una resistenza maschile all'emancipazione femminile che si esplica oltre che nel rifiuto di molti uomini, non tutti fortunatamente, a collaborare in modo paritetico alle faccende domestiche, nell'alta percentuale di violenze sessuali, dall'altra c'è una crescente omologazione, effetto della globalizzazione, politica e ideologica, che produce un'erosione delle specificità sessuali e l'emergere di identità poco definite<sup>1</sup>

È difficile vivere da donne in un mondo prevalentemente declinato al maschile:

*Sin dalla scuola materna maschi e femmine crescono insieme ma, paradossalmente, senza un'educazione alla valorizzazione delle differenze, la vicinanza fisica si trasforma in lontananza psicologica. Troviamo riattivati, nella scuola, tutti i peggiori stereotipi sessisti per cui i ragazzi ritengono le coetanee: false invidiose, pettegole, superficiali.<sup>2</sup>*

Questi atteggiamenti discriminatori si riscontrano, più o meno esplicitamente, in tutti gli ambiti. Anche la sperimentazione farmacologica è ancora declinata al maschile e presenta disparità di trattamento tra i generi. Questo perché anche in ambito medico è sottovalutata l'importanza della differenza e, nonostante la crescente consapevolezza dei pericoli di una medicina neutrale che fatica a mettere in pratica l'equità tra i sessi, gli argomenti scelti, i metodi utilizzati e la successiva analisi dei dati riflettono ancora una prospettiva maschile. Il pregiudizio di genere è evidente non solo nella scelta dei temi, ma anche nel disegno di molte ricerche. Nei casi in cui le stesse malattie colpiscono uomini e donne, molti ricercatori hanno ignorato le possibili differenze tra i sessi per quanto riguarda gli indicatori diagnostici, i sintomi, le prognosi e l'efficacia relativa di trattamenti differenti.

L'indifferenza alla differenza di genere non è stata considerata dal dibattito europeo che, perciò, rimanda generalmente alle linee guida statunitensi.

*Pochi sono ancora gli studi in Italia in questo ambito, anche se si possono registrare recenti iniziative nella direzione di una maggiore considerazione della specificità femminile nell'ambito della sperimentazione farmacologica. Nel 2005 il Ministero della Salute ha istituito il tavolo di lavoro sulla «Salute delle donne e farmaci per le donne» (con la partecipazione dell'Istituto Superiore di Sanità,*

<sup>1</sup> Cfr. R. Bonito Oliva, (a cura di) *La cura delle donne*, Meltemi Editore, 2006.

<sup>2</sup> S. Vegetti Finzi, *Possiamo ancora dirci "maschi" e "femmine"*. In Bonito Oliva, (a cura di) *La cura delle donne*, op.cit., pp. 21-22.

dell'Agenzia Italiana del Farmaco, dell'Agenzia per i Servizi Sanitari Regionali e della Società Italiana di Farmacologia). Nel 2007 è stato istituito un gruppo di lavoro «Approccio di genere alla salute» nell'ambito della Commissione sulla Salute delle donne presso il Ministero della Salute con l'obiettivo di implementare la raccolta di dati statistici sulla salute femminile, promuovere ricerca e formazione in tale ambito. Nel 2008 è stato pubblicato il Rapporto sullo «Stato di salute delle donne in Italia» che nel contesto della considerazione generale della salute femminile, tocca anche la questione dei farmaci. Sempre nel 2008 l'AIFA ha introdotto l'equità uomo/donna tra i criteri della Commissione di valutazione degli Accordi di Programma per l'assegnazione di finanziamenti alle industrie che investono in Italia nell'ambito della ricerca farmacologica. Anche la Società italiana di farmacologia (SIF) ha attivato da alcuni anni un gruppo di lavoro con l'obiettivo di incentivare la ricerca farmacologica sulle differenze sessuali, mediante un'opera di informazione rivolta agli operatori sanitari allo scopo di stimolare la formazione di esperti nel settore e sensibilizzare le autorità sanitarie.<sup>3</sup>

Nonostante questa presa di coscienza riguardante l'importanza della considerazione delle differenze, ancora oggi

*Nell'ambito della sperimentazione clinica dei farmaci le donne risultano essere "soggetti deboli", o comunque non oggetto di adeguata considerazione in ordine alla loro specificità sia in senso quantitativo (numero di donne arruolate rispetto al numero di uomini) sia in senso qualitativo (analisi dei dati rispetto alla differenza sessuale).<sup>4</sup>*

Questi atteggiamenti hanno come conseguenza una cura meno efficace per le donne, in primis, perché per lo sviluppo di studi clinici di nuovi farmaci sono stati sempre scelti soggetti adulti di sesso maschile. Non si hanno perciò informazioni direttamente rilevabili da studi precoci su tossicità, dosaggi e interazioni, relative specificamente al sesso femminile e, data la non disaggregazione dei dati per sesso, anche all'interno di studi clinici a cui le donne partecipano in maniera sufficiente, sfuggono le reali caratteristiche di efficacia, tempi, modi e insorgenza di effetti avversi nella pratica clinica, che caratterizzano spesso risposte differenti nei due sessi. I fruitori dei farmaci sembrano essere solo uomini, in realtà le donne, vivendo mediamente più a lungo degli uomini, hanno una morbilità maggiore, si ammalano di più e più spesso e, mostrando più attenzione alla cura di sé, ricorrono maggiormente alla cure mediche.

*La ricerca sulla salute delle donne, elaborata da ONDA (Osservatorio nazionale sulla salute della donna) in collaborazione con l'Osservatorio nazionale sulla salute delle regioni italiane dell'Università Cattolica del S. Cuore, mette in evidenza la condizione di salute delle donne e la qualità dell'assistenza sanitaria. Tra le patologie più frequenti nelle donne - ove la frequenza delle patologie è correlabile all'età e alla condizione sociale - si possono cogliere alcuni elementi rilevanti: un aumento di patologie cardiache (ipertensione arteriosa, cardiopatia coronaria, arteriopatie periferiche e scompenso cardiaco, patologie*

<sup>3</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *La sperimentazione farmacologica sulle donne*, 28 novembre 2008, p. 6

<sup>4</sup> Ivi, p. 8

*tromboemboliche); un incremento in ambito oncologico, oltre ai tumori femminili (tumore del seno, carcinoma della cervice uterina, tumori endometriali, neoplasie dell'ovaio), anche di tumori trachea-bronchi-polmoni, a causa della diffusione del tabagismo già in età adolescenziale; un aumento di patologie psichiche (sindromi ansiose e depressive, disordini alimentari, sindromi psicotiche); una tendenza all'incremento dell'obesità, a causa di scarsa attività fisica e vita sedentaria, con aumento di rischi di malattie cardiovascolari e diabete; un aumento dell'abuso di alcool (con squilibri nutritivi e dipendenza); un incremento di malattie neurodegenerative (malattia di Alzheimer, morbo di Parkinson, sclerosi multipla, demenza senile); un aumento dei problemi correlati all'infertilità, causati dalla posticipazione della decisione di avere un figlio o dall'uso protratto di anticoncezionali; emergono anche problemi e patologie connesse alla non accettazione dell'invecchiamento.<sup>5</sup>*

Se i ricercatori continueranno a considerare gli uomini come la norma, da prendere come standard per gli studi clinici, la cura medica offerta alle donne continuerà ad essere compromessa.

«Sebbene le donne siano le maggiori consumatrici di farmaci, la sperimentazione tende a non tenere in sufficiente considerazione la loro specificità e il cambiamento delle condizioni di salute femminile con il conseguente incremento di effetti collaterali». Questo è quanto scrive il Comitato Nazionale per la Bioetica nel, sopra citato, parere *La sperimentazione farmacologica sulle donne*. Il documento, a partire dall'analisi dei dati sulla sperimentazione clinica relativa alle donne, sottolinea la sottorappresentatività nell'arruolamento e la mancata elaborazione differenziata dei risultati, riferendosi in particolare alle patologie non specificatamente femminili; depressione, cancro e malattie cardiovascolari riguardano sia uomini che donne, ma non con la stessa modalità. Nella maggior parte delle sperimentazioni non è riconosciuta una differenza tra maschi e femmine al momento dell'arruolamento e dell'analisi dei dati. Il dosaggio dei farmaci è in genere misurato sugli uomini e la donna sembra essere solo una variazione del modello maschile, ma la differenza di peso oltre la differenza morfologica e fisiologica determina una notevole diversità nell'assorbimento, nella distribuzione, nella metabolizzazione e nell'eliminazione del farmaco: c'è inoltre una differente risposta del corpo a una certa concentrazione del farmaco nel sangue e nel tessuto. Insomma ormai si conosce la differente risposta ai farmaci, ma se non muteranno i protocolli di sperimentazione, uomini e donne continueranno ad essere arruolati senza distinzione e conseguentemente l'analisi dei dati continuerà ad essere indifferenziata. La sottorappresentazione del genere femminile nelle sperimentazioni è maggiore nelle fasi precoci della ricerca; questo oltre a impedire di misurare la reale efficacia del farmaco sulle donne, potrebbe anche avere impedito l'identificazione di specifici farmaci per loro.

Perché le sperimentazioni cliniche sono effettuate prevalentemente sugli uomini? Ci sono diverse cause:

- Le donne hanno difficoltà ad entrare negli studi clinici per mancanza di tempo, per basso reddito, ma anche per la scarsa attenzione dei reclutatori alle necessità pratiche e psicologiche delle donne. In realtà, per le case produttrici di farmaci, reclutare gli uomini è più economico: non c'è né gravidanza, né variazione ormonale che possa interferire con i risultati.
- "L'investimento di genere" sembra poco redditizio, ma potrebbe costituire un

<sup>5</sup> Ivi, p. 10.

investimento mirato dato che sono le donne, è bene ricordarlo, ad essere le maggiori consumatrici di farmaco.

Il, più volte citato, parere approvato dal Comitato Nazionale per la Bioetica, è significativo proprio perché riporta l'attenzione pubblica su un argomento spesso sottovalutato. In particolare, il Comitato dopo aver presentato in maniera esaustiva i pericoli di una medicina *neutrale*, focalizzato l'attenzione sulle conseguenze del misconoscimento della specificità femminile, discusso le problematiche etiche e analizzato le normative nazionali e internazionali sull'argomento, mette in luce alcuni elementi di rilevanza bioetica per la promozione della *salute differenziata della donna*:

- Incrementare la sperimentazione farmacologia differenziata per sesso incentivando progetti di ricerca sull'argomento; promuovere la partecipazione delle donne ai trials clinici con un'adeguata informazione sull'importanza sociale della sperimentazione femminile.
- Garantire una maggiore presenza delle donne come sperimentatori e come componenti dei Comitati etici.
- Sollecitare una formazione sanitaria attenta alla dimensione femminile nell'ambito della sperimentazione farmacologia, oltre che della ricerca e della cura.
- Incrementare una cooperazione internazionale, oltre che nazionale e locale, con attenzione alla condizione femminile nell'ambito della sperimentazione clinica.

Queste sono indicazioni fondamentali per attuare una *pratica del riconoscimento della differenza e dell'equità*.

*Sta crescendo la consapevolezza - in un'epoca in cui si cerca di ottenere la individualizzazione della cura operando sulla componente genetica o immunitaria - che l'analisi dei dati stratificati per sesso può dare indicazioni sulla migliore terapia da seguire e fornire informazioni utili per approfondimenti su base scientifica per le malattie che colpiscono sia uomini che donne. Un'adeguata partecipazione delle donne alla sperimentazione consentirebbe di capire se nelle terapie vi siano differenze significative ascrivibili al sesso, anche per poter tener conto della diversa incidenza o decorso della patologia.<sup>6</sup>*

Questa crescente consapevolezza, fondamentale per il percorso verso un effettivo cambiamento, stimola riflessioni, riguardanti soprattutto alcune domande ancora senza risposta: "Quando, a quali condizioni e con quali conseguenze sarà possibile attuare una parità tra i generi anche nelle questioni mediche?".

<sup>6</sup> Ivi, p. 7.

## **Note a margine del parere del Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) su "Neuroscienze ed esperimenti sull'uomo: osservazioni bioetiche"**

Francesco Zini

Dipartimento di Scienze Giuridiche – Università di Verona

### **1. Introduzione**

Le indagini neuroscientifiche stanno introducendo nel dibattito filosofico giuridico nuove riflessioni sul fondamento della responsabilità umana e della libertà personale. Le applicazioni neuroscientifiche sono utilizzate nell'ambito dei procedimenti giurisdizionali per ridimensionare il presupposto soggettivo della libertà personale e nel contesto della prova giudiziaria inerente all'accertamento dell'imputabilità. In particolare le neurotecnologie hanno prodotto negli ultimi anni l'avanzamento delle metodiche di registrazione dei segnali elettrofisiologici del sistema nervoso e l'avvento delle nuove tecniche di neuroimaging funzionale hanno ampliato enormemente le possibilità di studio delle funzioni cognitive complesse. Tutti questi strumenti, tecniche, procedure, esperimenti e protocolli cercano non solo di capire il funzionamento del cervello e la sua reazione a determinati stimoli, ma di prevedere come tali effetti modificano il comportamento umano, introducendo la possibilità di prevenire o manipolare tali comportamenti (Palazzani, 2015: 97-100; 2013: 206-7; Zanuso 2012:26).

### **2. Il parere del CNB: "Neuroscienze ed esperimenti sull'uomo: osservazioni bioetiche" del 17 Dicembre 2010**

Di tutte queste problematiche si è occupato il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), organo consultivo della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che ha formulato un parere sulle neuroscienze intitolato: "Neuroscienze ed esperimenti sull'uomo: osservazioni bioetiche" del 17 Dicembre 2010 in cui vengono svolte rilevanti considerazioni etiche, giuridiche e filosofiche, in parte riprese poi nel Parere del CNB su "Neuroscienze e potenziamento cognitivo farmacologico: profili bioetici" del 13 Marzo 2013. In particolare nel parere del CNB viene sottolineata la grande divisione tra le applicazioni delle scoperte delle neuroscienze, la c.d. neuroetica applicata e le ripercussioni filosofiche, la c.d. neuroetica filosofica "che riguarda i riflessi filosofici ed antropologici di quei filoni di ricerca miranti ad indagare i fondamenti neurali del comportamento morale" (CNB, 1,1). Lo studio sempre più accurato delle funzioni cognitive complesse dell'uomo (che è l'ambito della neuropsicologia e delle scienze cognitive) è stato possibile mediante le conoscenze acquisite dalle ricerche neurologiche appli-

cate ai comportamenti umani<sup>1</sup>. Queste ricerche mirano ad indagare in soggetti sani o ammalati, ad esempio se determinate scelte di comportamento siano il risultato di reazioni immediate automatiche o risposte razionali, oppure quali siano i rapporti tra risposte emotive o capacità cognitive e stimoli indotti dall'ambiente. Gli esperimenti possono riguardare l'identificazione di aree cerebrali coinvolte nella dinamica dell'elaborazione di una decisione o di un giudizio oppure le modificazioni cerebrali indotte da esperienze. Inoltre, sottolinea il CNB, sono rilevanti le ricerche sulle modificazioni cerebrali in rapporto con i comportamenti violenti o antisociali, nonché in relazione con la capacità di intendere e di volere o con la possibilità di distinguere l'asserzione della verità e della menzogna. Particolarmente rilevanti sono anche le ricerche che mirano a caratterizzare l'attività di specifiche aree cerebrali in persone incapaci di interagire con altre persone o con l'ambiente.

Altre problematiche possono essere studiate in rapporto a variabili come la differenza sessuale, diversità socio-culturali nonché a differenti profili psicologici; ma, sottolinea il parere del CNB, la relazione tra scoperte e indagini neuroscientifiche e applicazioni giuridiche, non può essere di tipo deterministico. Il fatto che una determinata regione del cervello evidenziata da neuroimaging si attivi con particolare intensità durante la formulazione di un pensiero o l'esecuzione di un compito specifico, secondo il CNB, non consente di desumere con certezza che tale regione sia l'unica coinvolta o l'unica responsabile: "La correlazione, anche quando individuata con un sufficiente grado di significatività, non implica una causazione deterministica" (CNB, 1.3). Questo aspetto rappresenta il punto fondamentale del parere, poiché i dati di neuroimaging funzionale non consentono di dire, secondo il CNB, se l'attivazione di un'area sia un epifenomeno o sia necessaria alla elaborazione di un pensiero o termini in senso causale l'esecuzione di un compito. Perciò anche l'applicazione dei dati neuroscientifici nel diritto penale permane limitata a determinati casi specifici. La conclusione del CNB non rimanda necessariamente alla collocazione di questo approfondimento neuroscientifico in funzione processuale, poiché il mancato o difettoso funzionamento di un'area cerebrale importante diminuisce o perfino potrebbe impedire totalmente la funzione corrispettiva (ad es. il linguaggio) e nel caso di rilevazione neurologica di 'difetto dello strumento' (ossia di disfunzionalità di un'area del cervello

<sup>1</sup> Nel parere del CNB sono ricordate tra le principali tecniche utilizzate dalla neuroscienza: le tecniche elettroencefalografiche (EEG) permettono di registrare direttamente l'attività elettrica del cervello attraverso degli elettrodi; la tecnica dei potenziali evento relati (ERP) consente di registrare con alta risoluzione temporale l'attività elettrica correlata all'esecuzione di specifici compiti percettivi, motori o cognitivi; la magnetoencefalografia (MEG) registra il campo magnetico associato all'attività elettrica dei neuroni; la risonanza magnetica per immagini (RMI) utilizza radiofrequenze in presenza di campi magnetici; la spettroscopia di risonanza magnetica (SRM) permette di individuare alterazioni del metabolismo di alcune aree cerebrali, per esempio in relazione alla perdita della funzionalità neuronale, riconoscendo i singoli composti chimici associati alla funzionalità/disfunzionalità; la brain-computer interface consente la lettura di segnali elettroencefalografici, la loro correlazione con le intenzioni del soggetto e la traduzione di questa correlazione in comandi d'azione; la tomografia ad emissione di positroni (PET) consente la costruzione di una mappa tridimensionale dell'attività cerebrale avvalendosi della distribuzione di un radioisotopo (ad es. nel glucosio), che si distribuisce nel cervello nelle zone che si attivano in relazione ad uno stimolo o ad una sollecitazione anche emotiva; la risonanza magnetica funzionale (fMRI) consente la costruzione di una mappa tridimensionale, localizzando le zone attivate dagli stimoli; in generale il contrasto è fornito dal richiamo di flusso ematico nelle zone del cervello attivate, con una tecnica chiamata BOLD (blood oxygenation level dependent); altri approcci prevedono l'uso di mezzi di contrasto, non radioattivi; la stimolazione magnetica transcranica (TMS) consiste nell'applicazione sullo scalpo di campi magnetici con determinate caratteristiche di intensità e frequenza e consente di verificare gli effetti comportamentali di stimolazioni; il brain fingerprint che misura le onde cerebrali quando viene riscontrata una informazione depositata nel cervello; il multifaceted electroencephalographic response analysis (MERA) che misura onde cerebrali che si formano in reazione a parole o a figure/immagini significative che scorrono in rapida sequenza su un monitor.

deputata ad una funzione importante) è possibile attribuire alla diminuita o mancante funzionalità dell'area, la compromissione dei compiti ad essa assegnati ed eventuali disturbi del comportamento (o assenza di comportamento) conseguenti: "In questo senso, tecniche di imaging funzionale del cervello, che stanno facendo ingresso nei tribunali, possono condurre alla richiesta di vedere riconosciuta una minorata capacità di intendere o di volere". (CNB, 1.3). Questa affermazione conclusiva, apre in realtà a numerosi problemi filosofico giuridici e, come vedremo, colloca il parere del CNB nell'alveo della posizione compatibilista.

### 3. Il parere del CNB all'interno della prospettiva compatibilista

Alla luce di quanto affermato dal parere del CNB possiamo collocare la posizione del parere sulle neuroscienze all'interno della prospettiva compatibilista, che ritiene che la componente della libertà personale possa ancora prevalere su quella del determinismo causale. Infatti secondo il CNB le neuroscienze sono uno strumento di conoscenza e non di predeterminazione dell'attività di un soggetto. Ciò significa che la visualizzazione di aree cerebrali e l'individuazione di correlati neurali di certi stati mentali o azioni: "non consentono di leggere la mente (sapere se un soggetto dice la verità o una bugia) o di 'predire certi comportamenti' (collegare in modo automatico comportamenti intenzionali o non intenzionali), ma semmai solo di prevederli con una soglia di approssimazione non precisa" (CNB, 1.3). Anche per i compatibilisti il termine determinismo si riferisce al postulato che ogni evento è causato da eventi precedenti, pur assumendo che tutti questi eventi sono regolati da una qualche legge (Weatherford, 2005). In questa sede prendiamo in esame solo uno specifico aspetto del determinismo causale: un evento è causalmente governato da eventi precedenti, come pure da parte di alcune leggi della natura, quando questi eventi non possono non verificarsi, senza violare una qualche legge fisica verificata in precedenza o senza che si verifichino eventi precedenti. Tuttavia la nozione di causalità applicata alle neuroscienze tende a comprendere la possibilità di prevedere o predeterminare fenomeni legati al comportamento dei soggetti umani. Questo perché le applicazioni neuroscientifiche pretendono di saper riconoscere l'esistenza di fattori che sono intrinseci al soggetto, per ereditarietà genetica e/o per l'ambiente e tali fattori possono influenzare il mondo umano (Sober, 2004: 67-74). Perciò le ricerche neuroscientifiche hanno portato alla nascita di due ipotesi: "la causalità genetica" e la "causalità intesa come inevitabilità" (Martino: 2013). Secondo l'ipotesi della "causalità genetica", l'azione degli agenti è semplicemente un riflesso delle condizioni genetiche (determinismo genetico). Pertanto, si ritiene che le azioni umane non siano libere, perché le azioni umane derivano da una programmazione biologica. Secondo l'ipotesi della "causalità come inevitabilità", gli esseri umani sono visti come esseri puramente "reattivi" in relazione alle loro capacità psicologiche (De Caro, 1998: 167-195; 2010). Inoltre nella prospettiva compatibilista è possibile ammettere due posizioni distinte che riassumono la grande divisione sul tema del rapporto tra neuroscienze e libertà personale: la prima proposizione del determinismo afferma: "Tutte le azioni hanno cause che le determinano"; la seconda che possiamo definire proposizione di libertà: "Ci sono almeno alcune azioni che sono libere."

È sulla base di queste due proposizioni che emergono due teorie che hanno cercato di rispondere alla domanda sulla libertà, poiché gli incompatibilisti affermano: "Tutte le azioni hanno cause che le determinano" ed è inconciliabile con l'affermazione: "Ci sono almeno alcune azioni che sono libere"; mentre i compatibilisti sostengono che queste affermazioni sono conciliabili e cercano di difendere questa tesi. La premessa



di base dell'incompatibilismo è che le due proposizioni sono inconciliabili, in modo tale che sono reciprocamente esclusive (Kane, 1996). Da questa prima distinzione vediamo che il parere del CNB si colloca chiaramente nell'affermazione della conciliabilità delle due affermazioni. Infatti la distinzione tra incompatibilismo (come *hard determinism*) e la teoria del compatibilismo risiede nell'accettazione della prima proposizione: accettare o meno che la libertà sia un'illusione risultante da una proiezione umana erronea e personale. Secondo gli incompatibilisti il soggetto non è libero, perché la sua decisione è pre-determinata; mentre per la teoria del compatibilismo, la libertà è possibile poiché la volontà e le azioni sono capaci di formarsi liberamente (Wolf, 1981). Come implicitamente affermato anche nel parere del CNB nella prospettiva compatibilista è nel processo di formazione delle azioni che si costituiscono le motivazioni ad agire in un certo modo. Infatti se la scelta soggettiva è priva di causa diviene "un atto irrazionale"; senza alcuna relazione con gli obiettivi o le opinioni e perciò è indeterminabile (nel senso, anche qui riduttivo, di irragionevole). In questo senso, una via d'uscita per evitare l'indeterminismo, è rappresentata proprio dal parere del CNB come esempio di compatibilismo "moderato", che non esclude la premessa della libertà personale, sposando una medesima posizione di compromesso col determinismo moderato: anche se tutte le azioni sono determinate causalmente, nulla impedisce di essere liberi (Davidson, 1995: 85-106; Lewis, 1981: 113-121). Secondo tale compatibilismo, la proposizione deterministica e la proposizione libertà PF sono entrambe vere perché non si escludono: il soggetto è comunque in grado di agire liberamente; perché le azioni umane sono libere, ma allo stesso tempo influenzate da cause fisiche, genetiche o psicologiche. Inoltre inseriscono nella condizione di autodeterminazione le condizioni di possibilità empiriche di scelta, poiché oltre alla libertà di decidere ci deve essere la condizione concreta di attuazione della sua libertà. Mentre negli incompatibilisti permane l'obiezione alla tesi cognitivista riguardo alla libertà personale, concludendo che quest'ultima rimane un "mistero", in quanto non c'è nessuna evidenza scientifica dell'esistenza della libertà come preconditione naturalistica (Chomsky, 1975: 15). Di fronte a questa situazione Saul Smilansky parla di "illusione della libertà" per definire la finzione della libertà personale come funzione sociale che svolge in termini di organizzazione sociale, e perciò deve essere mantenuta (Smilansky, 2000: 169-170). L'illusione della libertà personale consisterebbe secondo gli incompatibilisti, proprio nella falsa conclusione che esiste la libertà e, in secondo luogo, dalla necessità di mantenere questa falsa percezione delle cose come un "utile inganno" che serve al controllo sociale.

#### 4. Il parere del CNB e l'autodeterminazione relativa

Questa prospettiva incompatibilista è criticata dal parere del CNB che si richiama ad un compatibilismo moderato "inclusivo" in riferimento al compromesso tra libertà interna e causalità esterna. Tale criterio di prudenza, ripropone l'applicazione del principio di precauzione alle scoperte neuroscientifiche e fa emergere la questione dell'autodeterminazione relativa dell'agente, a partire dalle sue condizioni neurologiche (Barbieri: 2011, 17). Lo stato di autodeterminazione dell'agente costituisce un punto centrale nella tradizione compatibilista: infatti secondo i compatibilisti la condizione di autodeterminazione dell'agente si basa sulla constatazione secondo cui l'autonomia (o la capacità individuale di autodeterminazione) è richiesta come prima condizione per definire qualcuno come libero (Picozza, 2011: 104-106). La capacità del soggetto di autodeterminarsi rimanda anche alla relazione tra meta-preferenze di primo e secondo ordine, come definite da Frankfurt, che ha definito tali "desideri

di secondo ordine" come la capacità di autocontrollo rispetto ad alcuni impulsi fisici. (Frankfurt, 1971: 10-11,17-18).

Sotto questo profilo il soggetto agente agisce liberamente solo quando le sue azioni non sono determinate esclusivamente da fattori al di là del loro controllo, sia che siano fattori genetici o fisiologici. Nel conflitto tra metapreferenze primarie e secondarie, le seconde prevalgono perché i soggetti sono in grado di pensare, valutare e riflettere su ciò che vorrebbero. Questo accade perché i soggetti agiscono secondo ragioni o motivazioni più profonde delle mere scelte di primo ordine. Pertanto la qualifica della condizione di libertà come autodeterminazione (quella a cui fa riferimento il parere del CNB), sarebbe solo nella condizione dei soggetti che agiscono secondo le loro "preferenze di secondo ordine". In questo caso essi agirebbero liberamente, altrimenti non sarebbero liberi (Lavazza: 2012, 92). Se le meta-preferenze, costituiscono la capacità di autodeterminazione, con l'avanzamento delle scoperte neuroscientifiche appare necessario lo svolgimento di ulteriori considerazioni sulla libertà personale, perché le neuroscienze utilizzate nell'ambito giuridico, ad esempio in ambito processuale come strumento peritale, portano ad esaminare più approfonditamente la categoria della libertà (Sartori, 2010, 176)<sup>2</sup>. Infatti, come affermato dal CNB, se le conoscenze acquisite ed acquisibili mediante le nuove applicazioni neurotecnologiche, non possono essere usate come dati certi, possono dall'altro essere giuridicamente rilevanti poiché "arricchiscono e approfondiscono" la conoscenza del processo decisionale facendo emergere le ragioni, le motivazioni o le cause dell'agire, anche in relazione a delle possibili patologie (Pizzetti: 2012). Ma per comprendere il significato della posizione compatibilista del CNB (autodeterminazione relativa) è necessario specificare il significato di libertà personale che può essere individuato a partire dallo studio di John L. Austin sull'atto di scusare se stessi. Secondo Austin quando facciamo le nostre scuse per qualcosa, diciamo che le nostre azioni non sono andate come avremmo voluto: gli esiti sono stati diversi rispetto alle nostre intenzioni (Austin 1955: 3). Anche Von Wright sottolinea che le azioni umane, anche se soggette a fattori determinanti e restrizioni, hanno motivazioni sociali che esercitano delle pressioni, e non sono causate da determinazioni (Von Wright, 1963: 189-190). In altre parole, le azioni umane sono attribuite a ragioni, e come tali, non sono predeterminabili; per von Wright la somma di capacità e ragione, rappresentano la dimostrazione che quel soggetto ha agito liberamente perché poteva agire diversamente. Questo approccio è confermato dal parere del CNB che riafferma un'autodeterminazione relativa del soggetto, purché condizionata da fattori esterni che possono essere di ordine sociale o interni di ordine psicologico e normativo. Questi condizionamenti esterni possono essere abbastanza potenti da impedirci di considerare un agente libero e responsabile (Santosuosso 2011, 213).

#### 5. Conclusioni

In conclusione l'analisi del parere del CNB ci ha permesso di collocarlo nell'ambito del compatibilismo moderato, che riveste un ruolo cruciale nel campo della ricerca attuale delle neuroscienze applicate al diritto, poiché rimanda ad un principio di "prudenza" nell'applicare al diritto le opportunità di una conoscenza dei processi neurali. In questo senso la posizione espressa dal parere risulta appropriata, con unica riserva: se da un lato prende atto delle scoperte neuroscientifiche, dall'altro limita il ruolo delle neuroscienze nel diritto come opportunità di conoscenza non definitiva,

<sup>2</sup> In ambito giurisprudenziale queste posizioni si rilevano nelle sentenze della Corte Ass. app. Trieste, 18 settembre 2009, n. 5; Trib. Como, G.i.p., 20 maggio 2011; Trib. Venezia, G.i.p., 24 gennaio 2013, n. 296.



perché nella sua formulazione inclusiva si concentra sul rischio che le tecniche e le scoperte neuroscientifiche possano portare ad una progressiva “naturalizzazione” dell’uomo, con notevoli conseguenze anche sul sistema giuridico. Il diritto dovrebbe cogliere a pieno questa opportunità offerta dalle neuroscienze per esercitare una nuova capacità di discernimento nell’utilizzo delle neuroscienze come strumento di denaturalizzazione del diritto, che superi il dualismo soggettivo/oggettivo, per aprirsi ad una visione della natura umana come rivoluzione ontologica in atto (Fuselli: 2014, 124; 2014, 16-20; 2013). Il problema aperto dalle neuroscienze in riferimento al dualismo soggettivo/oggettivo pone il processo di naturalizzazione del diritto oltre la tradizionale dicotomia: adeguazione alla natura oggettiva/costruzione soggettiva oltre la natura. Ma se una completa naturalizzazione del diritto non legittima la nascita di un neuro-naturalismo oggettivista, il rifiuto del principio deterministico della casualità naturalistica può trasformarsi in un’opportunità per l’affermazione di un “nuovo” diritto naturale liberato dallo stesso naturalismo. Sotto questo profilo le scoperte neuroscientifiche offrono l’opportunità di “entrare” nel funzionamento dei principi che regolano la libertà dell’agire umano, per uscire dalle rappresentazioni astratte dei brain factors e dai riduzionismi neopositivistici.

### Riferimenti bibliografici

- AUSTIN J. L.  
1955 *A Plea for Excuses. Proceedings of the Aristotelian Society*, 57, 1-30.
- RUBERTO M.G., BARBIERI C.,  
2011 *Il futuro tra noi. Aspetti etici, giuridici e medico-legali della neuroetica*, FrancoAngeli, Milano.
- BIANCHI A., GULOTTA G., SARTORI G. (a cura di)  
2009 *Manuale di neuroscienze forensi*, Giuffrè Editore, Milano.
- CHOMSKY, N.  
1975 *Riflessioni sulla lingua*, Pantheon Books, New York.
- D’AGOSTINO F.  
1999 *La sanzione nell’esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino.
- DAVIDSON D.  
1973 *Freedom to Act*. In D. Davidson (Ed.), *Essays on Actions and Events* (pp. 21-42), Oxford University Press, Oxford.
- DE CARO M.  
1998, *Determinismo e filosofia della mente contemporanea*, In M. D. Caro (Ed.), *Caso, Necessità, Libertà* (pp. 167-195), CIEN, Napoli.
- LAVAZZA A., SARTORI G., (a cura di).  
2010 *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Codice Edizioni, Torino.
- FRANKFURT H. G.  
1971 *Freedom of the Will and the Concept of a Person*, in *The Journal of Philosophy*, n° 68, 5-20.
- FUSELLI S.  
2014, *Ripensare l’uomo: ripensare il diritto? Sui supposti fondamenti neurobiologici del diritto*, in *Etica & Politica/ Ethics & Politics*, XVI, 2, 101-129.
- FUSELLI S.  
2014 *Diritto, neuroscienze, filosofia. Un itinerario*, FrancoAngeli Edizioni, Milano.
- KANE R.

- 1996 *The Significance of Free Will*. Oxford University Press, New York.
- KIEFER F.  
1994 *Modality*, in R. E. Asher (Ed.), *The Encyclopedia of Language and Linguistics* (pp. 2515-2520), Pergamon Press, Oxford.
- KISTLER M.  
1999 *Causation and Laws of Nature*, Routledge, New York.
- LAVAZZA A., SAMMICHELI L.  
2012 *Il delitto del cervello. La mente tra scienza e diritto*, Codice Edizioni, Torino.
- LEWIS D.  
1981 *Are We Free to Break the Laws?* in *Theoria*, n° 47, 113-121.
- MARTINO G.  
2013 *Il cervello gioca in difesa. Storie di cellule che pensano*, Mondadori, Milano.
- PALAZZANI L.  
2015 *Il potenziamento umano. Tecnoscienza, etica e diritto*, Giappichelli, Torino.
- PALAZZANI L., ZANNOTTI R. (a cura di)  
2013 *Il diritto nelle neuroscienze. Non “siamo” i nostri cervelli*, Giappichelli, Torino.
- PICOZZA E., CAPRARO L., CUZZOCREA V. TERRACINA D.  
2011 *Neurodiritto. Una introduzione*, Giappichelli, Torino.
- PIZZETTI F. G.  
2012 *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali: spunti costituzionali*, Giappichelli, Torino.
- SANTOSUOSSO A.  
2011 *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Cedam, Padova.
- SCHAUER F.  
2010 *Can Bad Science Be Good Evidence?* in *Cornell Law Review*, n° 95, 1191-1219.
- SIRONI V.A., DI FRANCESCO M. (a cura di)  
2011 *Neuroetica. La nuova sfida della scienza*, Laterza, Roma-Bari.
- SMILANSKY S.  
2000 *Free Will and Illusion*, Oxford University Press, Oxford.
- SOBER, E.  
2004 *Core Questions in Philosophy: A Text with Readings*, Prentice Hall, New York.
- VON WRIGHT G. H.  
1976 *Determinism and the Study of Man*, in Weatherford R. C. (2005), *Determinism*, in T. Honderich (Ed.), *The Oxford Companion to Philosophy* (pp. 194-196), Oxford University Press, Oxford
- WOLF S.  
1981 *The Importance of Free Will*, in *Mind*, 90, 386-405.
- ZANUSO F.  
2013 *Autonomia, uguaglianza, utilità*, in Zanuso F. (a cura di), *Custodire il fuoco*, (pp.15-81), FrancoAngeli, Milano.

## Diritto a morire: tesi giuridiche a confronto

Tommaso Scandroglio

Etica e Bioetica - Università Europea di Roma

### 1. L'ipotesi: esiste un diritto soggettivo a morire?

La presente riflessione trova il suo oggetto nel seguente quesito: esiste nel nostro ordinamento e/o nell'orientamento giurisprudenziale prevalente un diritto soggettivo a morire? La risposta a tale quesito verrà fornita attraverso un *iter* argomentativo a cui si applicherà una metodologia di ricerca di carattere comparativo. Su un primo versante si articolerà un'analisi delle teorie che considerano la vita un bene giuridico indisponibile (d'ora in poi chiamate tesi indisponibiliste) e su un secondo quelle che qualificano la vita come bene giuridico disponibile (d'ora in poi indicate come tesi disponibiliste).

### 2. La tesi indisponibilista

#### 2.1. Le fonti giuridiche

Una prima tesi considera – ma solo su un iniziale e parziale fronte normativo - il bene della vita configurante come bene indisponibile, perché si ha “un diritto *alla* vita e non *sulla* vita”.<sup>1</sup> A tale proposito si richiama l'art. 2 della Costituzione concernente l'invulnerabilità dei diritti umani al cui fondamento non può che esserci il diritto alla vita, invulnerabilità che nel testo costituzionale deve essere intesa *erga omnes* – e quindi comprendente anche il titolare del diritto alla vita stesso – dato che non vi sono espresse eccezioni alcune a riguardo. Inoltre si rammenta l'art. 32, 1° co., il quale “statuisce che la Repubblica ‘tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività’. In quanto tale esso non può logicamente contenere il suo contrario, come avverrebbe se il suo oggetto consistesse indifferentemente tanto nel bene della salute quanto nel suo annientamento”.<sup>2</sup>

Sul fronte codicistico si indica innanzitutto l'art. 579 c.p. concernente l'omicidio del consenziente. Anche Stefano Canestrari, autore che può rientrare nell'alveo dei disponibilisti, ammette che “la previsione di cui all'art. 579 c.p. è stata concepita dal legislatore del 1930 per affermare il principio di indisponibilità della vita a prescindere del titolare del bene, che non rileva come causa di giustificazione”.<sup>3</sup> L'indisponibilità

<sup>1</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, 24 ottobre 2008, p. 9. Come annotato nel documento, questa è la posizione solo di alcuni componenti del Comitato. Sulla relazione tra beni indisponibili e diritto cfr. M. RONCO, *L'indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita*, in *Cristianità*, n. 341-342 (maggio-agosto 2007), pp. 19-20; A. PERTOSA, *Scelgo di morire?*, ESD, Bologna, 2006, pp. 140-141

<sup>2</sup> M. RONCO, *Eutanasia*, in *Digesto discipline penalistiche*, Utet, 2010, n. 5. *Contra* S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, a. XXXVIII, n. 2 (1995), pp. 670-674, in cui l'Autore sostiene che non si possono trovare puntelli nella Costituzione per sostenere l'illiceità giuridica del suicidio.

<sup>3</sup> S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Reati contro la vita e l'incolumità personale*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – M. PAPA (a cura di), *I reati contro la persona*, Utet, Torino, 2006, p. 121

è confermata dall'art. 580 c.p. riguardante l'istigazione e l'aiuto al suicidio<sup>4</sup> e dall'art. 5 c.c. In merito a quest'ultimo articolo si appunta che se l'indisponibilità riguarda parte del proprio corpo - eccettuate finalità terapeutiche - *a fortiori* non potrà che interessare l'intero organismo.<sup>5</sup> Attingendo al plesso normativo non codicistico vi sono altre fonti di carattere legislativo finalizzate “a tutelare la salute e la vita della persona anche contro la sua volontà, chiaramente dimostrativi del principio dell'indisponibilità della vita. Vanno al riguardo menzionati l'apparato normativo contro gli stupefacenti (d.p.r. 9-10-1990, n. 309)<sup>6</sup>, [...] la disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping (l. 14-12-2000, n. 376), [...] che prevede anche disposizioni penali contro l'assunzione volontaria di sostanze pericolose per la salute”.<sup>7</sup> Inoltre, tra gli altri esempi, si ricordano il cosiddetto Testo unico sulla salute e sicurezza sul lavoro,<sup>8</sup> le vaccinazioni obbligatorie,<sup>9</sup> i trattamenti sanitari obbligatori,<sup>10</sup> i periodi coattivi contumaciali per esigenze profilattiche,<sup>11</sup> l'obbligo delle cinture di sicurezza *ex lege* n. 111 del 1988, tutte normative che tutelano la salute e la vita dei singoli anche contro la volontà degli stessi.

Inoltre vi è un caso, l'intento suicidario vanificato da terzi, che non rappresenta profili sanzionatori in capo al soggetto che ha evitato il gesto estremo. Altra prova indiretta - così sostengono gli indisponibilisti - che non esiste un diritto a morire e quindi di riflesso che il bene vita non rientra nella piena disponibilità del titolare del diritto alla vita. Sul punto Mauro Ronco afferma che “anche se affiori la consapevolezza e volontarietà dell'autore, chi agisca per impedire l'evento suicidario si avvale certamente della disposizione giustificante della legittima difesa, dell'articolo 52 del codice penale. Tutto l'ordinamento giuridico [...] vede in questi obblighi d'intervento il portato di una obiettiva prevalenza del diritto alla vita e alla salute su qualsiasi altro interesse, ivi compreso quello dell'autodeterminazione individuale”.<sup>12</sup> Di contro se l'ordinamento contemplasse un diritto a morire, impedire l'esercizio di questo diritto configurerebbe il reato di violenza privata.<sup>13</sup>

In sintesi, la disciplina applicabile al tentato suicidio - così sostiene la tesi indisponibilista - comprova che per il nostro ordinamento giuridico la vita è bene indisponibile.

#### 2.2 Una possibile aporia: la mancanza di sanzione nel caso del tentato suicidio

La disanima normativa fin qui condotta potrebbe portare alla seguente conclusione: la vita è bene indisponibile, ergo non esiste un diritto soggettivo alla morte, ma un

<sup>4</sup> Corollari a questo articolo sono le disposizioni di legge che vietano la pubblicazione di ritratti di suicidi. Cfr. L. 47/1948, art. 14

<sup>5</sup> Cfr. L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale* (1995), p. 734

<sup>6</sup> Al Testo unico qui segnalato occorre aggiungere anche il D.M. 8 gennaio 2015, il D.M. 10 febbraio 2015 e il decreto-legge 20 marzo 2014, n. 36 convertito in legge il 14 maggio 2014.

<sup>7</sup> M. RONCO, *Eutanasia*, op. cit., n. 5

<sup>8</sup> D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, testo coordinato con il D. Lgs. 3 agosto 2009, n. 106

<sup>9</sup> Cfr. le seguenti leggi: 891/1939; 292/1963 con modifiche apportate da l. 419/1968 e da l. 166/1981; 51/1966; 165/1991. Inoltre rammentiamo il D.lgs. n. 81/2008 e il Decreto del Ministro della Difesa del 19 febbraio 1997

<sup>10</sup> Cfr. l. 180/1978, art. 33 della l. 833/1978

<sup>11</sup> Cfr. MINISTERO DELLA SALUTE, *Circolare n. 4 del 13 marzo 1998*

<sup>12</sup> M. RONCO, *L'indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita*, op. cit., p. 21

<sup>13</sup> Cfr. M. PALMARO, *Eutanasia: diritto o delitto?*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 25

dovere anche giuridico di vivere.<sup>14</sup> Ma sull'obbligo a vivere potrebbe essere sollevata l'obiezione che segue: il dovere di vivere comporterebbe una declinazione nella prospettiva giuridica come comando di vivere e dunque divieto di togliersi la vita. Però tale comando/divieto non si estrinseca nel nostro ordinamento in una sanzione del tentato suicidio, ergo non esisterebbe tale dovere. A questo proposito Seminara, in merito all'aiuto al suicidio ex art. 580 c.p., fa notare che "le condotte di partecipazione non sono illecite in sé stesse ma mutuano il proprio disvalore da una presunta antiggiuridicità dell'atto suicidiario",<sup>15</sup> mettendo in evidenza la contraddizione tra una facoltà di fatto non punita nel caso del tentato suicidio attuato senza il concorso di terzi e la punibilità invece del suicidio attuato con la collaborazione di terzi.

La risposta all'obiezione così si potrebbe articolare sul fronte delle tesi indisponibiliste. La mancata previsione di una sanzione in capo al tentato suicida si spiega non perché il darsi la morte è qualificato come pretesa tutelata giuridicamente o perché non esisterebbe un dovere giuridico di vivere, ma per il fatto che nella prospettiva relazionale del diritto in questo caso – a differenza della fattispecie dell'aiuto al suicidio – l'agente opera in piena autonomia e soprattutto perché la sanzione nella suddetta fattispecie non è intesa come strumento giuridico più efficace per concretare ed assicurare nel tessuto civile simile dovere di vivere.<sup>16</sup> Ciò è motivato dal fatto che la sanzione di carattere detentivo o pecuniario ai danni del tentato suicida non sarebbe capace di soddisfare due delle tre classiche funzioni o finalità della pena,<sup>17</sup> quella afferente allo scopo rieducativo-pedagogico<sup>18</sup> e quella attinente all'effetto di deterrenza.<sup>19</sup> Oltre a queste motivazioni ve ne sarebbe almeno un'altra rientrante nell'alveo della politica criminale: "evitare che, per timore di incorrere nei rigori della legge, il suicida, preordinando con più cura i mezzi da usare, giunga con più elevato grado di probabilità, allo scopo che si prefigge".<sup>20</sup> Quindi il tentativo di togliersi la vita sarebbe non un diritto, bensì una mera facoltà di fatto tollerata dal nostro ordinamento giuridico<sup>21</sup> e contrastante con il dovere di vivere deducibile dal quadro normativo prima delineato. In sintesi le mere facoltà di fatto "non trovano tutela nell'ordinamento giuridico e non possono farsi valere come pretese giuridiche nei confronti di terzi".<sup>22</sup>

### 2.3 Diritto e dovere di intervento per impedire la morte altrui

<sup>14</sup> Cfr. V. VITALE, *L'antigiuridicità strutturale del suicidio*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, a. LX, n. 3, (luglio-settembre 1983), pp. 461-462. *Contra* S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, op. cit., p. 725; S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, op. cit., pp. 124-125, 129

<sup>15</sup> S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, op. cit. p. 725

<sup>16</sup> Cfr. L. EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, in *Criminalia* (2006), p. 263

<sup>17</sup> Cfr. M. RONCO, *Il problema della pena*, Giappichelli, Torino, 1996

<sup>18</sup> Cfr. T. SCANDROGLIO, *L'indisponibilità della vita umana*, in *Ex art.*, n. 29 (2008), p. 20 in cui si spiega che l'afflizione della pena più che emendare potrebbe condurre a nuovi propositi suicidari

<sup>19</sup> Cfr. M. PALMARO, *Eutanasia: diritto o delitto?*, op. cit., p. 23: "Minacciare il soggetto, che vuole togliersi la vita, di infliggergli una pena qualora sopravviva è, ragionevolmente e almeno in generale, una 'contropinta' del tutto insufficiente a dissuadere una persona che è tanto disperata da ritenere preferibile la morte alla vita". Porterebbe poi ugualmente, ma per motivazioni differenti, alla non imputabilità la fattispecie del tentato suicidio di persona incapace di intendere e volere. *Contra* V. VITALE, *L'antigiuridicità strutturale del suicidio*, op. cit., pp. 463-467 in cui si giustifica la pena perché sopravviverebbe la funzione retributiva che per l'Autore viene qualificata come significato simbolico metafisico.

<sup>20</sup> *Ibidem*, *L'antigiuridicità strutturale del suicidio*, op. cit., p. 454

<sup>21</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale – Parte Speciale, I: Delitti contro la persona*, Cedam, Padova, 2013, pp. 124-126. Conclusioni simili ma con accenti più libertari in S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, op. cit., pp. 138-139

<sup>22</sup> M. RONCO, *L'indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita*, op. cit., p. 20

A specchio – sempre seguendo le argomentazioni indisponibiliste - un dovere comporta un diritto: dall'obbligo giuridico di vivere a sua volta inferisce un diritto in capo a tutti i consociati affinché il singolo non si tolga la vita, dato che la vita di ciascuno è bene di interesse collettivo. Ma tale diritto si riveste anche della qualifica di obbligo giuridico *erga omnes* sempre per il medesimo motivo: essendo la vita aspetto che informa il bene comune e dovendo ciascuno dei consociati, nei limiti delle proprie competenze e possibilità ma sempre nella prospettiva solidaristica che permea il dettato costituzionale, contribuire e tutelare il bene comune ex artt. 2 e 54 della Costituzione,<sup>23</sup> ciò comporta un dovere di attivazione<sup>24</sup> - particolarmente cogente per il medico<sup>25</sup> - nell'evitare la morte altrui perché tale atto lederebbe il bene collettivo. Dunque legittimità di impedire anche coattivamente la morte altrui<sup>26</sup> e dovere giuridico ex artt. 40, 328, 593 c.p. di evitare l'evento morte.<sup>27</sup> Il diritto/dovere di attivazione – laddove fallissero tentativi di carattere persuasivo - deve essere accompagnato dalla costrizione per due ordini di motivi. Il primo fa riferimento all'altissimo pregio del bene in questione: la vita. Tale preziosità legittima in chiave proporzionale l'uso della forza: l'estrema preziosità del bene vita corrisponde a e giustifica in parallelo l'*extrema ratio* dell'uso della coazione. In secondo luogo l'atto di rinunciare a vivere porta ad un evento irreversibile laddove la libertà umana viene soppressa con la vita stessa. In altri termini l'atto coattivo teso alla sopravvivenza di un terzo è legittimato da una condizione di necessità, cioè dal fatto che il soggetto, una volta attuato il proposito letale, non potrebbe essere più stornato da simile scelta per il tramite di intervenenti più persuasivi. La condizione del tentato suicidio perpetrato tramite il rifiuto di cure salvavita costringe allora ad optare per l'azione coattiva intesa come *extrema ratio* proprio a motivo dell'irreversibilità della condizione "morte". Il dovere di intervento a favore della tutela della vita esige *erga omnes* un minimum di attivazione specificato dall'art. 593 c.p. comma 2 che si concreta nel "prestare l'assistenza occorrente o [nel] darne immediato avviso all'autorità". Siffatto minimo grado di intervento obbligatorio assume grado assai più elevato nei confronti di soggetti particolarmente qualificati (genitori, tutori, etc.) o preparati (medici, forze di pubblica sicurezza, etc.) nell'evitare la morte altrui secondo quanto dispone l'art. 40 c.p.<sup>28</sup> Ciò è determinato dal fatto che più aumenta la competenza del soggetto che può intervenire più significativi e vincolanti sono gli oneri in capo a costui diretti al suo intervento.

Tentando una sintesi delle argomentazioni articolate sino a questo punto dal

<sup>23</sup> Cfr. G. SANDOR, *Omissione di soccorso*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Reati contro la vita e l'incolumità personale*, op. cit., pp. 392-393 in cui si può leggere a commento dell'art. 593 c.p.: "Questa ricostruzione troverebbe conferma nella *Relazione al progetto definitivo del codice penale*, nella quale si legge che i fatti presi in considerazione dall'omissione di soccorso 'vengono incriminati in quanto rappresentano una violazione di quei doveri morali e sociali di mutua assistenza che, in una società civile, integrano un vero e proprio obbligo giuridico, la cui inosservanza deve essere penalmente repressa'".

<sup>24</sup> Le modalità di intervento così come la legittima possibilità di esonero dall'adempimento di questo dovere costituiscono poi discorso a parte.

<sup>25</sup> Cfr. L. EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Archivio penale* (1985), pp. 527-528

<sup>26</sup> Cfr. M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Diritto a morire*, in *Digesto delle discipline penali*, Utet, Torino, 2006, vol. IV, pp. 5-6

<sup>27</sup> Facciamo notare, su un primo versante, che anche in ambito proprio del diritto positivo, oltre a quello morale, il dovere di evitare la morte altrui non è assoluto (es. dovere di prestare soccorso a terzi solo se non si attenda alla vita propria). Su altro versante appuntiamo che il dovere di intervento perché non si leda un diritto non comporta sempre e necessariamente una risposta sanzionatoria a danno di chi attenda al diritto stesso.

<sup>28</sup> Cfr. G. ROCCHI, *Muori! Intorno al testamento biologico*, (pro manuscripto), p. 26; G. SANDOR, *Omissione di soccorso*, op. cit., p. 401



fronte indisponibilista potremmo così esprimerci: la vita è bene indisponibile<sup>29</sup> e, per inferenza logica, non esiste un diritto a morire,<sup>30</sup> bensì un dovere giuridico a vivere. L'eutanasia – intesa come «un'azione o un'omissione che di natura sua, o nelle intenzioni, procura la morte, allo scopo di eliminare ogni dolore»<sup>31</sup> – è dunque qualificata come reato nel nostro ordinamento giuridico. Di contro esistono un diritto e, nella generalità dei casi, <sup>32</sup>un dovere in capo ai consociati di evitare la morte altrui. Inoltre gli attentati all'esistenza propria pur minando in radice tale dovere non ricevono risposta sanzionatoria da parte dell'ordinamento giuridico, relativamente al soggetto attentatore, per motivazioni di opportunità nell'irrogazione della pena, configurandosi quindi come mere facoltà di fatto.

### 3. La tesi disponibilista

#### 3.1 Il principio "a fortiori"

Le tesi disponibiliste argomentano che se il nostro ordinamento giuridico non sanziona gli atti di autolesionismo *a fortiori* non dovrebbe sanzionare l'eutanasia perché trattasi sempre di atto lesivo della propria persona.<sup>33</sup> Si tratterebbe in buona sostanza del rovesciamento del principio sotteso all'art. 5 c.c. *Contra* le tesi indisponibiliste ribattono che la sanzione penale interviene come *extrema ratio* allorchè si attenta ad un bene di alto pregio per le collettività. Tale è la vita e la salute ma, in quest'ultimo caso, solo allorchè il *vulnus* è grave, non per ferite di lieve entità. Infatti gli atti di autolesionismo che provocano depauperamenti fisici irreversibili – non determinati da scopi terapeutici – non sono legittimi perchè ricadono nell'ambito disciplinato dall'art. 5 c.c.

#### 3.2 Il principio analogico

Si sostiene che le scriminanti penali della legittima difesa e dello stato di necessità, producendo "un bilanciamento concreto degli interessi che si spinge fino a giustificare l'altrui omicidio"<sup>34</sup>, dimostrano che il bene vita non è indisponibile. Le tesi di segno opposto ribattono che l'analogia non è spendibile per più motivi. *In primis* le scriminanti interessano la non punibilità, non il rilievo anti-giuridico. Ciò a dire che le condotte soppressive di un altro soggetto scriminate dal codice penale conservano oggettivamente un disvalore sociale – proprio perché la vita è bene indisponibile – ma per le particolari situazioni in cui sono state assunte – e quindi per motivazioni di opportunità giuridiche<sup>35</sup> – non meritano sul piano soggettivo una risposta sanzionatoria da parte dello Stato. In secondo luogo entrambe le fattispecie

<sup>29</sup> L'art 50 c.p. sul consenso dell'avente diritto non è scriminante sul bene vita perché l'articolo riguarda solo beni disponibili. Cfr. M. CAVINA, *De potestate in seipsum*, in D. CASTELLANO (a cura di), *Eutanasia: un diritto?*, ESI, Napoli, 2015, p. 62

<sup>30</sup> Cfr. L. EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, op. cit., pp. 252-257; M. PALMARO, *Eutanasia: diritto o delitto?*, op. cit., pp. 42-43; CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, *Caso Pretty c. Regno Unito*, Sentenza del 29/04/2002, ricorso n. 2346/02, laddove la Corte commenta l'art. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. A commento della sentenza cfr. M. RONCO, *L'indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita*, op. cit., p. 15

<sup>31</sup> Cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Dichiarazione sull'eutanasia* lura et bona, n. 2

<sup>32</sup> L'eccezione è data dalla legittima difesa ex art. 52 c.p.

<sup>33</sup> Cfr. S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, op. cit., p. 673

<sup>34</sup> Ibidem, p. 719

<sup>35</sup> Tra cui il fatto che l'ordinamento giuridico non può richiedere ai consociati condotte eroiche tesse ad esempio al sacrificio della propria vita.

si realizzano in stato di necessità, condizione che coarta la libertà dell'agente il quale è costretto a così operare per salvare beni di equipollente valore. Non così accade per le scelte eutanasiche. Sul punto le tesi disponibiliste potrebbero obiettare che l'eutanasia potrebbe comunque essere legittimata laddove venisse prestata in stato di necessità – o far morire o continuare a far soffrire il paziente – e quando in gioco ci sono beni di pari valore – esistenza in vita e mancanza di dolore. La controreplica farebbe riferimento all'ordinamento giuridico in cui non si rinvergono indicazioni normative le quali permettono di ritenere che la vita di una persona che soffre ha un valore giuridico minore rispetto all'esistenza di una persona che non soffre. La risposta ulteriore potrebbe rimandare a questo punto alla prospettiva personalista contenuta nella Costituzione<sup>36</sup> che, secondo le tesi disponibiliste, consentirebbe la libertà di non cura come effetto del giudizio insindacabile del soggetto sulla qualità/dignità della propria vita, la quale potrebbe – tra le altre motivazioni – ricevere nocimento dal dolore fisico o psicologico.<sup>37</sup>

Tornando alle scriminanti della legittima difesa e dello stato di necessità che indurrebbero a qualificare come disponibile il bene della vita, l'analogia non è poi spendibile a motivo della differenti categorie di persone coinvolte: il soggetto ucciso tramite l'eutanasia non è, in ipotesi astratta, un ingiusto aggressore, o persona che, senza colpa, può nuocere in modo letale, bensì è innocente. E, se lo fossero, occorrerebbe applicare la disciplina della legittima difesa e dello stato di necessità e non richiamare principi eutanasiche. In quarto luogo – ed è la motivazione più rilevante seppur spendibile solo per la legittima difesa – la titolarità del diritto alla vita può essere perso a motivo di un'azione gravemente ingiusta.<sup>38</sup> In tal senso la vita rimane indisponibile, ma è l'ingiusto aggressore che, a motivo dell'atto iniquo, illecitamente si spoglia da sé della titolarità del diritto alla vita (in modo analogo avviene ad esempio per il bene della libertà con la carcerazione, seppur esso sia bene di altissimo pregio). Colui che uccidendo si difende va dunque a ratificare una situazione morale già cristallizzata dall'agente stesso e quindi non toglie nulla a costui se non quello di cui egli stesso si è già privato.<sup>39</sup> Da qui i differenti *genus* giuridici applicabili alle tre fattispecie: "uccisione" in merito alla legittima difesa e allo stato di necessità e "omicidio" del consenziente o aiuto al "suicidio" nel caso di eutanasia.

#### 3.3 La concezione personalista

L'art. 13 della Costituzione si apre dichiarando che "la libertà individuale è inviolabile". Il principio espresso, oltre a legittimare secondo i sostenitori della tesi disponibilista la libertà di non cura come vedremo *infra*, a monte individuerebbe un ulteriore principio sovraconstituzionale di carattere personalistico, cioè a dirsi che esisterebbe una "concezione personalistica accolta dalla Costituzione ed espressa dalla supremazia

<sup>36</sup> Cfr. *infra* § 2.3

<sup>37</sup> Sulla replica indisponibilista cfr. *infra* §§ 3.3, 4.2

<sup>38</sup> TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, 64, a. 7; a. 2, ad 3; PIO XII, *Discorso al I Congresso di Istopatologia del Sistema Nervoso*, del 13 settembre 1952, n. 28.

<sup>39</sup> Secondo la morale di impronta giusnaturalistica o la prospettiva etica fondata sul personalismo ontologico – spesso sottese alle posizioni indisponibiliste – un'azione intrinsecamente malvagia non cambia oggetto morale con il mutare delle circostanze. Sotto tale angolatura l'uccisione in stato di necessità non dell'ingiusto aggressore sarebbe ugualmente da qualificare come omicidio e quindi da ritenere azione non eleggibile sul piano etico, sebbene non sanzionabile sul piano giuridico per motivi di opportunità. Infatti la persona che non è ingiusto aggressore viene privata della vita senza però aver perso la titolarità della stessa. Diversa invece la qualificazione dell'uccisione dell'ingiusto aggressore avvenuta in stato di necessità, ritenuta all'opposto moralmente lecita, per le motivazioni prima articolate.

del bene della libertà personale in ogni sua manifestazione”.<sup>40</sup> Nel rispetto di questo principio “ciascun individuo capace di intendere e volere ha il diritto di disporre della propria vita”<sup>41</sup> e dunque “nulla impedisce che l’atto suicidario [ ] entri tra le manifestazioni della personalità umana meritevoli di rispetto e tutela. [ ] Il suicidio è atto lecito perché [ ] rappresenta l’estrema manifestazione della personalità morale dell’uomo e quindi della sua libertà”.<sup>42</sup> In modo analogo si argomenta che “il principio della concezione personalistica nell’ambito di uno Stato secolarizzato non deve essere posto in discussione: così, è necessario garantire la massima espansione possibile del principio di autodeterminazione, come libertà di disporre del proprio corpo”.<sup>43</sup> “La visione personalistica della nostra Costituzione, da cui si desume l’incoercibilità giuridica del vivere”<sup>44</sup> respinge “la *pretesa oggettivistica* dell’obbligo di curarsi, di essere sano, la quale, nel rifiuto di un confronto con quel tanto di insopprimibile libertà del singolo su se stesso, tende all’impossessamento totalitario dell’essere umano”.<sup>45</sup> Il personalismo di stampo giuridico-costituzionale è inteso, nella sua declinazione afferente alla filosofia morale proposta da Maurizio Mori, non come riconoscimento oggettivo della intrinseca dignità dell’essere umano vivente (qualificato dallo stesso autore come “vitalismo”)<sup>46</sup>, bensì attribuzione soggettiva di valore alla vita secondo un proprio paradigma assiologico: “la vita (biologica) non è sempre buona in sé, ma è buona per i *contenuti positivi che può offrire e fintanto offre tale possibilità*: quando non restano che contenuti negativi, la vita porta a una condizione che è *peggiore* della morte (caratterizzata da assenza di dolore)”.<sup>47</sup> Tale asserto marca quindi uno iato tra vita biologica e vita biografica.

Le tesi indisponibiliste ribattono che la libertà individuale trova un limite costituzionalmente garantito proprio nel bene della vita. Ciò a dirsi che la persona può interpretare tale bene in piena libertà ex art 13 Cost., ma – *de iure condito* - le è preclusa l’azione tesa alla distruzione del bene stesso. Una libertà quindi non assoluta, ma relativa, non illimitata ma segnata dal rispetto della preziosità intrinseca della persona vivente ex art. 2 Cost. che ne costituisce il fine.<sup>48</sup> Così Ronco: “Ogni diritto consiste nel riconoscimento di una libertà soggettiva per il perseguimento di un bene e, dunque, nella tutela di una facoltà di azione in vista di un fine. [ ] L’ordinamento giuridico può consentire che il soggetto non persegua il bene in vista del quale il diritto è riconosciuto, ma non trasformare in ‘diritto’ la mera libertà di fatto di distruggere il bene che costituisce la ragione per cui il diritto sussiste”.<sup>49</sup> In tal senso l’art. 2 funge da criterio interpretativo del successivo art. 13, orientandone la *ratio*, e non viceversa.<sup>50</sup>

<sup>40</sup> S. SEMINARA, *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere*, in *Diritto penale e processo. Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina*, a. X, n. 5 (maggio 2004), p. 535

<sup>41</sup> *Ibidem*

<sup>42</sup> *Ibidem*, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, op. cit., pp. 675-677

<sup>43</sup> S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, op. cit., p. 119

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 124

<sup>45</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale – Parte Speciale, I: Delitti contro la persona*, op. cit., p. 49 (corsivo nel testo).

<sup>46</sup> Cfr. M. MORI, *Manuale di bioetica*, Le Lettere, Firenze, 2013, pp. 339-342

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 345 (corsivi nel testo)

<sup>48</sup> Sul piano più di attinente della filosofia antropologica cfr. *infra* § 4.2

<sup>49</sup> M. RONCO, *Volontà anticipate e volontà attuale: quale autonomia?*, in C. NAVARINI (a cura di), *Autonomia e autodeterminazione – Profili etici, bioetici e giuridici*, Editori Riuniti University press, Roma, 2011, pp. 69-70

Sul punto cfr. *infra* § 4.2

<sup>50</sup> Sul punto cfr. *infra* § 4.2

#### 4. La disciplina del consenso informato

##### 4.1 La disciplina del consenso informato: tesi a confronto

Una particolare e, per le tesi disponibiliste, decisiva applicazione del principio personalista è quella che fa riferimento alla disciplina del consenso informato che può interessare anche le fattispecie relative al rifiuto (richiesta di non attivazione) e/o alla rinuncia (richiesta di sospensione-interruzione) di terapie salvavita.<sup>51</sup> Le argomentazioni che andremo ad articolare possono essere sintetizzate in questo passaggio del documento “Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico” redatto dal Comitato nazionale per la bioetica: “non è configurabile per il singolo un obbligo generale di curarsi, non essendo la tutela della salute passibile di imposizione coattiva, se non nei limiti e con le garanzie previste dal citato art. 32, comma 2, della Costituzione. L’ordinamento vigente non ammette, dunque, l’imposizione forzata di un trattamento autonomamente e coscientemente rifiutato, pur se necessario al mantenimento in vita della persona. Non è possibile opporsi alla scelta di chi, esplicitando la propria libertà personale, richieda non già - si badi - di essere aiutato a morire, ma semplicemente di non essere (ulteriormente) sottoposto a cure indesiderate, accettando che la patologia da cui è affetto segua il suo corso naturale, anche fino alle estreme conseguenze. Sebbene, dunque, il personale sanitario sia investito di una posizione di garanzia rispetto alla vita e alla salute del paziente, l’obbligo giuridico di attivarsi allo scopo di preservare tali beni trova un limite nella cosciente, libera ed informata opposizione dell’interessato”.<sup>52</sup> Come è noto l’art. 40 c.p. e l’art. 328 c.p., in riferimento alla pratica medica, impongono al professionista di prendersi cura del paziente,<sup>53</sup> salvo il caso in cui quest’ultimo, appellandosi alla disciplina del consenso informato,<sup>54</sup> si sottragga all’opera del medico. Mariella Immacolato e Lorella Magnani interpretano tale disciplina in una prospettiva schiettamente autonomista: “le decisioni di fine vita e, in particolare, il rifiuto delle cure salva vita rientrano nella ‘libertà di curarsi’ tutelata dalla Costituzione e nel diritto di scegliere di non contrastare la progressione del decorso mortale della malattia”.<sup>55</sup> In modo analogo si esprime Seminara: “sul piano giuridico, oggi trova riconoscimento il diritto di ciascuno di far cessare le proprie cure”.<sup>56</sup> Il fondamento è nel principio di autodeterminazione inteso in senso assoluto: “l’affermazione della facoltà

<sup>51</sup> Cfr. G. ROCCHI, *Muori! Intorno al testamento biologico*, op. cit., p. 32; M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Diritto di rifiutare le cure. Digesto discipline penalistiche*, Utet, Torino, 1990, vol. IV. Il rifiuto e la rinuncia (nel prosieguo del presente contributo per comodità unificheremo le due fattispecie sotto il lemma “rifiuto”), affinché siano valide, devono essere personali-autentiche, libere, consapevoli-valide, contestuali, attuali, esplicite, inequivoche, informate e specifiche. Cfr. CASSAZIONE CIVILE, sentenza n. 23676 del 15/09/2008; C. LEOTTA, *Consenso informato*, in *Digesto discipline penalistiche*, Utet, Torino, 2010, p. 128; M. RONCO, *Eutanasia*, op. cit., n. 8, c); J. DE LILLO, *Trattamenti sanitari*, in *Archivio penale*, 1 (2014), pp. 1-3; F. MANTOVANI, *Eutanasia*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, op. cit., vol. IV, pp. 427- 428. Un’altra fattispecie simile al rifiuto di terapie è quella dello sciopero della fame da parte dei detenuti e dell’aspirante suicida che opponga resistenza al soccorritore. Sulla prima fattispecie cfr. S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, op. cit., p. 699; M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Diritto a morire*, op. cit., pp. 6-8; *Diritto di rifiutare le cure*, op. cit., p. 39. Sulla seconda fattispecie cfr. G. SANDOR, *Omissione di soccorso*, op. cit., pp. 399-400

<sup>52</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, op. cit., p. 6. Appuntiamo che tale posizione non è condivisa da tutti i membri del Comitato ma solo sul profilo etico: cfr. *Ibidem*, pp. 6-7

<sup>53</sup> Cfr. M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Diritto di rifiutare le cure*, op. cit., pp. 27-28

<sup>54</sup> Cfr. C. LEOTTA, *Consenso informato*, op. cit.

<sup>55</sup> M. IMMACOLATO – L. MAGNANI, *Consenso informato e testamento biologico*, in *Bioetica*, a. XXI, nn. 2-3 (2013), pp. 383-397

<sup>56</sup> S. SEMINARA, *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere*, in *Diritto penale e processo. Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina*, a. X, n. 5 (maggio 2004), p. 534. Su alcuni casi di cronaca che hanno interessato la disciplina del consenso informato cfr. *Ibidem*, pp. 535-537

di suicidarsi, del diritto di lasciarsi morire e della teorica ammissibilità dell'eutanasia consensuale procede dall'idea che [ ] è lecito tutto ciò che può ricondursi ad un atto di autodeterminazione consapevole e non produce conseguenze nelle sfere di terzi né offende altrui diritti".<sup>57</sup>

Analogha posizione autonomista è espressa dalla giurisprudenza maggioritaria per la quale il rifiuto ai trattamenti sanitari è un diritto esperibile anche nei confronti delle terapie salvavita. Così la Cassazione: "Deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita",<sup>58</sup> disegnando in tal modo una relazione tra soggetto e bene vita connotata da piena disponibilità.

Tale relazione di pieno dominio sulla propria vita si origina sostanzialmente da due fonti giuridiche. La prima fa riferimento ad una interpretazione del combinato disposto dell'art. 2 della Costituzione, riguardante i diritti inviolabili dell'uomo tra cui il diritto alla salute inteso in senso estensivo "come libertà di curarsi",<sup>59</sup> e dell'art. 13 della medesima, inerente l'invioabilità della libertà personale, con un'ormai consolidata interpretazione giurisprudenziale dell'art. 32 comma 2 il quale così recita: "Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge". Sul punto così si esprime la Corte costituzionale: "al riguardo, occorre rilevare che il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione"<sup>60</sup>. In modo analogo la Corte di cassazione penale: "Dal divieto di trattamenti sanitari obbligatori [...] secondo quanto previsto dall'art. 32, secondo comma, Cost. e dal diritto alla salute, inteso come libertà di curarsi, discende che il presupposto indefettibile che 'giustifica' il trattamento sanitario va rinvenuto nella scelta, libera e consapevole [ ] della persona che a quel trattamento si sottopone".<sup>61</sup> Similmente si esprime la dottrina: "la volontà del malato rinviene il proprio valore su un versante negativo, nel senso cioè di potere escludere qualsiasi aggressione o manipolazione fisica da parte del medico; tale diritto trova già riconoscimento nella necessità di un consenso per ogni intervento o trattamento sanitario non espressamente imposto dalla legge (artt. 13 e 32, comma 2, Cost.; art. 1, legge 13 maggio 1978, n. 180 e art. 33, legge 23 dicembre 1978, n. 833); soprattutto, però, esso rinviene il proprio fondamento nel principio di inviolabilità della dignità dell'uomo (art. 2 Cost.), che [ ] comprende un potere di autodeterminazione in ordine alla qualità e al contenuto della propria vita (e conseguentemente della propria morte)".<sup>62</sup>

Particolare attenzione deve dunque dedicarsi ad una certa esegesi dell'art. 13 della Costituzione che individuerrebbe il limite all'operato del medico nel rispetto della libertà-dignità personale.<sup>63</sup> In tale prospettiva il principio di indisponibilità della vita sarebbe da intendersi non più in senso assoluto, ma meramente relativo. E dunque, sposate queste premesse, coerentemente si fa osservare che il principio

personalista costituzionalmente garantito ex artt. 2, 3 e 13 Cost. che vieterebbe atti di costrizione tesi alla conservazione della vita potrebbe portare al suo rovescio, cioè alla legittimazione del suicidio come espressione della libertà personale.<sup>64</sup>

Le tesi favorevoli all'indisponibilità della vita interpretano invece gli articoli costituzionali prima indicati in senso opposto. Così si argomenta che l'art. 32 comma 2 Cost. – contrariamente all'esegesi maturata dalla giurisprudenza negli anni - non legittima il rifiuto delle terapie e dunque non rappresenta un'eccezione al principio dell'indisponibilità della vita umana qualora i trattamenti sanitari non accettati fossero salvavita. Questa interpretazione si fonda almeno su tre puntelli argomentativi. Innanzitutto il significato dell'art. 32, 2° co. riceve senso dall'art. 2 che indica l'invioabilità della vita come limite al rifiuto delle cure. In seconda battuta occorre riferirsi al principio di non contraddizione dell'ermeneutica costituzionale. Come si accennava *supra* se la Costituzione tutela il diritto alla vita e all'accesso alle terapie non può, pena contraddizione in termini, tutelare anche il diritto alla morte e al rifiuto delle terapie. Il terzo rilievo ha carattere storico e fa riferimento ai lavori preparatori:<sup>65</sup> "Il 2° co. dell'art. 32 fu introdotto allo scopo di circoscrivere al massimo gli interventi sulla sfera fisiopsichica dell'uomo spesi nell'interesse, vero o supposto, della collettività o di sue porzioni. Come risulta dai lavori preparatori, l'occasione della disposizione fu l'esigenza di proscrivere, in modo assoluto, pratiche coatte, come la sterilizzazione, la castrazione e l'aborto, che l'eugenismo razzista aveva, per ragioni igieniche o sociali, nel corso del '900, dapprima incoraggiato e successivamente praticato, tanto nella Germania nazionalsocialista, quanto in altri paesi. La ratio dell'art. 32, 2° co. è di vietare che l'uomo sia utilizzato come uno strumento per l'applicazione di misure di interesse collettivo: è evidente, dunque, che tale disposizione, non innovando il rapporto medico-paziente con riferimento alla cura della malattia e alla tutela della salute e della vita, non può fondare il principio, contrario alla tradizione giuridica italiana e confermato da una serie cospicua di disposizioni di diritto ordinario, della disponibilità della salute e della vita".<sup>66</sup> Analogamente Stelio Mangiameli così si esprime: "L'art. 32, comma 2 [ ] fonda non un diritto di libertà individuale di cura del quale farebbe parte anche il rifiuto di terapie, ma un 'limite' nei confronti del potere pubblico, in quanto è affidato alla legge (e non al giudice o all'amministrazione) il potere di imporre il trattamento sanitario come obbligatorio".<sup>67</sup> Infine, come analizzeremo meglio in seguito, l'impedire al paziente di morire non configura un attentato all'art. 13 della Costituzione, ma al contrario ne rappresenta l'attuazione perché è inteso come gesto conservativo dell'autentica libertà, che non può essere disgiunta dal bene oggettivo della persona, e della dignità personale la quale in tal modo eviterebbe di ricevere il *vulnus* di un'azione non consona all'intima preziosità della persona umana.

Ritornando alle tesi che qualificano la vita come bene disponibile, una seconda fonte legittimante il rifiuto delle terapie, anche quelle salvavita, è di carattere legislativo ordinario.<sup>68</sup> Si richiama l'art. 3 comma 2 della legge 219/2005, l'art. 6 della legge 40/2004, l'art. 5 comma 3 della legge 135/1990, l'art. 1 comma 1 della legge 180/1978, l'art. 33 comma 1 e 5 della legge 833/1978, l'art. 4 della legge 458/1967, il decreto legislativo 211/2003, il decreto del Presidente della Repubblica del 23/07/1998 e

<sup>57</sup> *Ibidem*, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, op. cit. p. 727. Cfr. J. STUART MILL, *La libertà*, RCS Libri, Milano 2010, p. 91; J.M. FINNIS, *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford 1998, p. 228

<sup>58</sup> CASSAZIONE CIVILE, Sentenza n. 21748 del 16/10/2007

<sup>59</sup> CASSAZIONE PENALE, Sentenza n. 16375 del 23/01/2008

<sup>60</sup> CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza n. 438/2008. Cfr. Sentenza n. 258/1994

<sup>61</sup> CASSAZIONE PENALE, Sentenza n. 16375 del 23/01/2008. Cfr. altresì CASSAZIONE PENALE, Sentenza n. 38852 del 4/07/2005; Sentenza n. 2437 del 21/01/2009; CASSAZIONE CIVILE, Sentenza n. 5444 del 14/03/2006; Sentenza n. 4211 del 23/02/2007; Sentenza n. 21748 del 16/10/2007

<sup>62</sup> S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, op. cit., p. 693. Cfr. *Ibidem*, *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere*, in *Diritto penale e processo. Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina*, a. X, n. 5 (maggio 2004), p. 535; S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, op. cit., p. 129

<sup>63</sup> Cfr. CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza n. 238/1996

<sup>64</sup> Cfr. S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, op. cit., pp. 675-676

<sup>65</sup> Per una breve ricostruzione dei lavori preparatori di questo articolo con stralci di resoconti stenografici cfr. M. RONCO, *L'indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita*, op. cit., pp. 23-24

<sup>66</sup> *Ibidem*, *Eutanasia*, op. cit., n. 5. Cfr. M. PALMARO, *Eutanasia: diritto o delitto?*, op. cit., p. 30

<sup>67</sup> S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto costituzionale?*, in C. NAVARINI (a cura di), *Autonomia e autodeterminazione – Profili etici, bioetici e giuridici*, op. cit., p. 104. Sull'esegesi dell'art. 32 cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, op. cit., pp. 18-19; L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, op. cit., pp. 734-735

<sup>68</sup> Tralasciamo qui volutamente le norme di carattere deontologico professionale.



l'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina ratificata dall'Italia con legge 145/2001 (seppur quest'ultima non sia giuridicamente efficace nel nostro ordinamento)<sup>69</sup> che indicano, come condizione legittimante i trattamenti sanitari, il consenso del paziente.<sup>70</sup> Da appuntare che in queste normative non è prevista l'eccezione, invalidante la condizione di cui *supra*, riguardante le terapie salvavita.

#### 4.2 Il diritto di rifiutare terapie salvavita

L'eventuale rifiuto alle terapie, comprese quelle salvavita, pare possa essere qualificato come diritto soggettivo per molteplici ragioni, avvalorando così la tesi che considera la vita come bene giuridico disponibile. In primo luogo perché tale facoltà è inserita in testi aventi valore di legge che positivizzano e strutturano giuridicamente la scelta di sottrarsi ai trattamenti, elevandola da mera facoltà di fatto a pretesa giuridicamente tutelata. In secondo luogo il rifiuto può essere considerato in sede giurisprudenziale come elemento causale per il risarcimento per danno non patrimoniale in ambito civile se violato,<sup>71</sup> evidenziandone il carattere di bene giuridico tutelato. In terzo luogo il rifiuto è a volte valutato come aspetto che impedisce - per parte della giurisprudenza<sup>72</sup> - l'attivarsi della scriminante ex art. 50 c.p. o ex art. 32 comma 2 Cost. e che dunque conduce a configurare varie tipologie di reati (lesione personale dolosa, omicidio colposo o preterintenzionale, violenza privata, etc.)<sup>73</sup>. In tale prospettiva il diritto al rifiuto delle terapie, persino a quelle salvavita, sarebbe strumentale alla tutela del diritto alla salute, alla vita, alla libertà etc. Detto in altri termini, se vita, salute etc. sono diritti, a *fortiori* deve esserlo anche la scelta di non curarsi dato che questa è funzionale alla tutela dei primi. E dunque ne discende che il mancato rispetto del diritto alla non cura lederebbe gli altri diritti: "l'esplicito dissenso del paziente rende l'atto, asseritamente terapeutico, un'indebita violazione non solo della libertà di autodeterminazione del paziente ma anche della sua integrità, con conseguente applicazione delle ordinarie regole penali".<sup>74</sup> Infine il rifiuto di trattamenti sanitari appare come immagine speculare del dovere giuridico di astensione da parte del medico stante il dissenso del malato. Predicare il dovere giuridico di astensione da pratiche mediche, qualora manchi il consenso (eccettuato lo stato di necessità) ed addirittura ci sia esplicito dissenso, comporta riconoscere un corrispettivo diritto soggettivo ad opporsi a terapie non volute. L'obiezione a tale argomentazione così si potrebbe articolare: il dovere di astensione terapeutica in capo al medico non configura una risposta di segno omissivo all'esistenza di un diritto soggettivo al rifiuto

<sup>69</sup> Perdura infatti la mancanza del deposito dello strumento di ratifica in seno al Consiglio d'Europa.

<sup>70</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Eutanasia*, op. cit., vol. IV, p. 427

<sup>71</sup> Cfr. CASSAZIONE CIVILE, Sentenza n. 2847 del 09/02/2010; Sentenza n. 16394 del 13/07/2010; Sentenza n. 16543 del 28/07/2011; Sentenza n. 2854 del 13/02/2015; Sentenza n. 12205 del 12/06/2015; TRIBUNALE DI PORDENONE, Sentenza 11/01/2002; TRIBUNALE DI FIRENZE, Sentenza 2/12/2008; M. DRAGONE, *Le violazioni al diritto all'autodeterminazione*, in P. CENDON (a cura di), *La prova e il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale*, Utet, Torino, 2008, vol. 1, p. 834

<sup>72</sup> Cfr. CASSAZIONE PENALE, Sentenza n. 5639 del 21/03/1992 in cui il mancato rispetto del consenso del paziente equivale ad "ignorare il diritto di ognuno di privilegiare il proprio stato attuale (art. 32, comma 2, Cost.)"; Sentenza n. 28132 del 9/03/2001; Sentenza n. 2437 del 18/12/2008; CASSAZIONE CIVILE, Sentenza n. 21748 del 16/10/2007. I casi riguardano la mancanza di consenso e dunque le conclusioni giurisprudenziali possono interessare, a *fortiori*, il rifiuto esplicito. *Contra* CASSAZIONE PENALE, Sentenza n. 11335 del 16/01/2008; Sentenza n. 2437 del 18/12/2008; Sentenza n. 34521 del 26/05/2010; Sentenza n. 21537 del 24/03/2015. Cfr. altresì C. LEOTTA, *Consenso informato*, op. cit., pp. 119-120; S. ANZILOTTI, *La posizione di garanzia del medico*, Giuffrè editore, Milano, 2013, pp. 97-101; L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, op. cit., pp. 728-731; F. MANTOVANI, *Diritto penale - Parte Speciale, I: Delitti contro la persona*, op. cit., p. 68

<sup>73</sup> Cfr. L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, op. cit., pp. 728, 730

<sup>74</sup> CASSAZIONE PENALE, Sentenza n. 28132 del 9/03/2001. Da appuntare che in questa stessa sentenza si legittima l'intervento terapeutico coattivo però solo in stato di necessità.

terapeutico,<sup>75</sup> ma discende dalla considerazione che l'ordinamento giuridico, nel rispetto della dignità e libertà personale, non è legittimato ad imporre il bene giuridico della vita.<sup>76</sup> Però, nella prospettiva che giudica la vita come bene indisponibile, simile motivazione non trova riscontro proprio in quella serie di normative, prima citate, a tutela della vita che hanno carattere coattivo. Tali leggi impongono misure di tutela non solo della vita ma addirittura della salute, bene giuridico di minor pregio rispetto alla vita. Sul piano giusfilosofico si aggiunge che la coazione sarebbe strumento che difende il soggetto da un atto oggettivamente lesivo della sua dignità<sup>77</sup> e che tutela un bene il quale ha valore di carattere collettivo. La libertà poi non deve essere intesa come mero libero arbitrio, pura *voluntas*, ma è principio connesso al bene oggettivo della persona (libertà ideale).<sup>78</sup> In questa prospettiva l'art. 13 della Costituzione deve essere letto in combinato disposto con il sovraordinato art. 2 e con gli articoli del codice penale e civile *supra* indicati che qualificano la vita come bene indisponibile: in tal modo la tutela costituzionale della libertà personale indica in contemporanea anche il suo stesso limite, oltre il quale si situa la mera e illegittima volontà di darsi la morte. Tornando alla *quaestio* iniziale, le argomentazioni prime esposte orientano perciò a considerare il rifiuto di sottoporsi a trattamenti sanitari come vero e proprio diritto soggettivo,<sup>79</sup> un diritto soggettivo che potrebbe esprimersi anche come diritto a rifiutare terapie salvavita. Così sul punto Seminara: "la dottrina oggi dominante riconosce il diritto di ogni soggetto di rifiutare le cure e di lasciarsi morire e il correlativo obbligo per il medico di rispettare le volontà del malato, anche quando dalle sue scelte possa derivare la morte: ciò che implica una disponibilità del bene sia della salute che della vita, cioè la loro incoercibilità. [ ] Deve notarsi come la facoltà di suicidarsi e il diritto di morire con dignità (e comunque di non curarsi) rinviano ad un medesimo potere di autodeterminazione, il cui riconoscimento non tollera limitazioni".<sup>80</sup>

#### 4.3 Il rifiuto di terapie salvavita non è un diritto

Chi sostiene le tesi indisponibiliste non potrebbe che ammettere l'esistenza di un simile diritto a morire, ma ribatte, seppur in posizione assai minoritaria, che tale qualificazione non sarebbe giustificabile nella prospettiva giuridica. Infatti si potrebbe individuare nello stato di necessità ex art. 54 c.p. ed ex art. 2045 c.c. - stato in cui si trova il paziente, renitente ai trattamenti, che versa in pericolo mortale - la causa di giustificazione per sottoporre lo stesso a terapie di carattere coercitivo.<sup>81</sup> Altre posizioni in dottrina si appellano alla fattispecie dell'omissione di soccorso ex art. 593 c.p.<sup>82</sup> o, in

<sup>75</sup> Cfr. L. EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, op. cit., p. 256

<sup>76</sup> Cfr. M. RONCO, *L'indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita*, op. cit., p. 20; *Ibidem*, *Eutanasia*, op. cit., n. 8, d).

<sup>77</sup> Cfr. T. SCANDROGLIO, *Il rifiuto dei trattamenti sanitari*, in <http://www.specchiobianco.com/download/rifiutotrattamentisanitari.pdf>, pp. 22-24, consultato il 13/06/2016

<sup>78</sup> Cfr. P. PAGANI, *Autonomia, autodeterminazione, libertà: una questione di senso*, in C. NAVARINI (a cura di), *Autonomia e autodeterminazione - Profili etici, bioetici e giuridici*, op. cit., p. 33

<sup>79</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale - Parte Speciale, I: Delitti contro la persona*, op. cit., pp. 49-50

<sup>80</sup> Cfr. S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, op. cit., pp. 676-677, 692-693. Aggiungiamo che se è legittimo il diritto a morire per il malato non si può che attribuire questo stesso diritto, nel rispetto del principio di uguaglianza ex art. 3 della Costituzione, anche ai sani. Cfr. S. ANZILOTTI, *La posizione di garanzia del medico*, op. cit., p. 102.

<sup>81</sup> Cfr. CASSAZIONE PENALE, Sentenza n. 28132 del 9/03/2001; Sentenza n. 1572 del 11/07/2001; Sentenza n. 36519 del 27/03/2011. *Contra* CASSAZIONE PENALE, Sentenza n. 26446 del 29/05/2002; Sentenza n. 11335 del 16/01/2008; Sentenza n. 16375 del 23/01/2008; Sentenza n. 2437 del 21/01/2009; CASSAZIONE CIVILE, Sentenza n. 21748 del 16/10/2007 Cfr. C. LEOTTA, *Consenso informato*, op. cit., p. 129; J. DE LILLO, *Trattamenti sanitari*, op. cit.; L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, op. cit., pp. 731-732. *Contra* F. MANTOVANI, *Diritto penale - Parte Speciale, I: Delitti contro la persona*, op. cit., p. 60

<sup>82</sup> Cfr. V. VITALE, *L'antigiuridicità strutturale del suicidio*, op. cit., p. 453

modo più pertinente, alla legittima difesa ex art. 52 c.p.<sup>83</sup> e alla posizione di garanzia del medico ex art. 40, comma 2 c.p. (“non impedire un evento, che si ha l’obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”).<sup>84</sup> Nello stato di necessità – soggiacente anche alla scriminante della legittima difesa e applicabile al caso qui in esame – infatti rileverebbe ai fini della legittimazione dell’azione del medico la situazione di oggettivo pericolo per la vita, non la presenza o meno del consenso del paziente. Prevarrebbe dunque il principio oggettivo di beneficiabilità su quello soggettivo del consenso,<sup>85</sup> fondato quest’ultimo – nella prospettiva giusfilosofica – sulle teorie autonomistiche.<sup>86</sup> Inoltre la disciplina del consenso informato dovrebbe essere interpretata in armonia con le fonti normative del codice penale e soprattutto quelle di rango costituzionale che, come abbiamo visto, qualificano la vita bene indisponibile. In particolare se il consenso ad un’azione di terzi volta a provocare la morte di chi esprime il consenso non ha il potere di escludere l’illegittimità penale della condotta dei terzi (ex artt. 50, 579 e 580 c.p.),<sup>87</sup> parimenti, ma a rovescio, dovrebbe desumersi che il dissenso verso un’azione di terzi volta a provocare la sopravvivenza di chi esprime il dissenso non abbia il potere di qualificare la condotta di terzi come illegittima sotto il profilo penale. Proprio perché l’elemento che discrimina non è il consenso/dissenso, o in termini più ampi la libertà del soggetto, bensì una particolare qualità del bene oggetto di consenso/dissenso, cioè la sua indisponibilità, oppure – sotto altra ma equipollente prospettiva – l’antigiuridicità/giuridicità della condotta. Di tal guisa si dovrebbe rinvenire una identificazione di fattispecie e quindi di qualificazione giuridica tra il consenso del medico nel dare la morte al paziente che la richiede tramite comportamento commissivo e il consenso sempre del medico nel dare la morte al paziente che la richiede tramite invece un comportamento omissivo. La modalità muta, non così il fine soppressivo. E dunque le due fattispecie, commissiva ed omissiva, dovrebbero essere ricomprese – al di là ovviamente del dettato normativo italiano – nel medesimo reato di omicidio del consenziente.

Questi due ultimi puntelli argomentativi potrebbero allora validare la conclusione dei seguenti sillogismi: se è lecito e – nella prospettiva prima indicata che fa riferimento all’indisponibilità della vita – doveroso, nei limiti dell’art. 593 c.p. comma 2,<sup>88</sup> impedire che qualcuno si tolga la vita lanciandosi da una cavalcavia, analogamente dovrebbe essere lecito e doveroso impedire<sup>89</sup> che qualcuno giunga a morte perché ha rinunciato a terapie salvavita. In modo simile, se l’ordinamento giuridico impone alcune condotte al fine di salvaguardare la mera possibilità di un attentato alla propria vita (se non alla sola salute) – cinture di sicurezza, vincoli di sicurezza sul luogo di lavoro, T.S.O., etc. – a fortiori dovrebbe imporre quelle terapie la cui omissione porterà certamente a morte il paziente.

#### 4.4 Costrizione e bene comune

<sup>83</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 453-454; M. RONCO, *L’indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita*, op. cit., p. 21

<sup>84</sup> Cfr. L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, op. cit., pp. 736-737

<sup>85</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 736, 739; *Omissione dell’intervento terapeutico*, op. cit., pp. 528-529

<sup>86</sup> *Ex pluribus* cfr. C. NAVARINI (a cura di), *Autonomia e autodeterminazione – Profili etici, bioetici e giuridici*, op. cit.; M. PALMARO, *Eutanasia: diritto o delitto?*, op. cit., cap. VI; F. D’AGOSTINO, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 241-253

<sup>87</sup> Cfr. S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, op. cit., p. 121

<sup>88</sup> A ben vedere il riferimento all’art. 593 c.p. comma 2 appare pleonastico. Infatti solo laddove si concreta una situazione di pericolo, voluta o meno dal soggetto che si trova in pericolo, scatta la legittimazione di intervento doveroso teso alla salvezza di un terzo, cioè teso all’eliminazione della situazione di pericolo.

<sup>89</sup> *Quaestio* di natura differente sarebbe quella di individuare il soggetto competente alla coazione fisica: forse il personale sanitario se il paziente è ricoverato e forse gli ufficiali di pubblica sicurezza se questi non è ricoverato.

L’obiezione a tale conclusione potrebbe essere la seguente: la costrizione è predicabile solo nei casi in cui la stessa rechi beneficio al bene collettivo,<sup>90</sup> casi estranei alla disciplina del consenso informato eccezion fatta per patologie endemiche o disabilità psichiche pericolose per terzi. Così la Cassazione: “il Collegio ritiene che la salute dell’individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva. Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato [ ] non c’è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico”.<sup>91</sup> L’orientamento disponibilista ribatte che tale approccio potrebbe configurarsi di tipo utilitaristico e quindi lesivo della libertà personale: la coercizione è praticabile solo allorché da essa si ricava un’utilità generale.<sup>92</sup> Vi è anche una risposta di carattere indisponibilista all’obiezione prima indicata, la quale – per certi versi mimando le riserve della tesi contraria ma prendendone le distanze per gli accenti maggiormente personalisti e meno libertari – muove dalla considerazione che, in tale prospettiva, alla persona umana non viene riconosciuta una dignità alla stessa immanente.<sup>93</sup> non viene considerata di per sé come bene giuridico.<sup>94</sup> Questa dunque non sarebbe custode di una preziosità intrinseca, ma acquisirebbe valore se strumentalmente utile a terzi, da qui il suo pregio solo estrinseco. In secondo luogo ed accettando la logica “collettivistica”, il consenso sociale potrebbe subire una *vulnus* da condotte emulative in riferimento alla diffusione della pratica del rifiuto di terapie salvavita. In terzo luogo l’art. 579 c.p. e l’art. 580 c.p. sanzionano le condotte ivi previste al di là del fatto che gli effetti delle scelte suicidarie o omicide possano generare condotte di segno negativo in seno alla collettività (pubblico scandalo, emulazione, etc.) a riprova che il bene vita è in sé prezioso e che tale preziosità si riverbera poi anche sul bene comune sostanzialmente. Ciò è comprovato dalla *ratio* soggiacente alla risposta sanzionatoria per tutti i tipi di reato: la protezione di beni socialmente rilevanti.<sup>95</sup> Questo non significa “utilizzare la persona umana per l’attuazione di interessi collettivi”<sup>96</sup> bensì riconoscere valore sociale, oltre che personale, alla vita individuale. E dunque – volendo far propria nuovamente la prospettiva “collettivistica” – la persona vivente, compreso il paziente, è ordinariamente<sup>97</sup> essa stessa bene della collettività (*rectius*: del bene comune) sul piano etico.<sup>98</sup> Da qui l’intrinseca antigiuridicità strutturale del suicidio perpetrato anche tramite il rifiuto delle terapie.

Simile approccio che vede la persona anche come bene per la collettività è tesa a scavalcare anche la seguente obiezione: “il diritto ha il compito di regolare i rapporti tra consociati [ ] e questa sua finalità ontologicamente relazionale fa sì che la tutela dei beni sia proiettata verso le aggressioni esterne, non rivestendo rilievo le condotte poste in essere dagli stessi titolari”.<sup>99</sup> Infatti la regolazione della condotta dei consociati è in

<sup>90</sup> Cfr. CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza n. 307 del 1990; Sentenza n. 258 del 1994; Sentenza n. 118 del 1996; F. MANTOVANI, *Diritto penale – Parte Speciale, I: Delitti contro la persona*, op. cit. pp. 62-63; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, op. cit., p. 675

<sup>91</sup> CASSAZIONE CIVILE, Sentenza n. 21748 del 16/10/2007

<sup>92</sup> E’ questo il valore della persona secondo CORTE DI CASSAZIONE PENALE, Sentenza del 18/11/1954 in cui la tutela della vita è predicabile in chiave funzionalista.

<sup>93</sup> Cfr. L. EUSEBI, *Omissione dell’intervento terapeutico ed eutanasia*, op. cit., p. 510; M. PALMARO, *Eutanasia: diritto o delitto?*, op. cit., pp. 30-31, 54 n. 3; M. ARAMINI, *Eutanasia*, Ancora, Milano, 2006, pp. 19-20; E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, Vita e Pensiero, Milano, 2007, Vol. I, pp. 138-144

<sup>94</sup> Cfr. L. EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, op. cit., p. 255; F. MANTOVANI, *Problemi giuridici della eutanasia*, op. cit., p. 38

<sup>95</sup> Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli editore, Bologna, 1995, pp. 4-7 96 S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, op. cit., p. 673

<sup>97</sup> Il riferimento è sempre alla legittima difesa e, per altri ordinamenti diversi dal nostro, alla pena di morte.

<sup>98</sup> Cfr. TOMMASO D’AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 64 a. 5 c.; M. PALMARO, *Eutanasia. Perché la retta ragione dice no*, in ASSOCIAZIONE CATTOLICA DEGLI INFERMIERI E DEI MEDICI, *Quaderni di san Raffaele*, 1 (2009), pp. 33-34

<sup>99</sup> S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, op. cit., p. 671

funzione della tutela del bene comune e la vita dei singoli consociati è sicuramente un elemento costituente il bene comune. Inoltre rimanendo fedeli al criterio relazionale, l'omicidio del consenziente e l'aiuto al suicidio sono azioni che coinvolgono un terzo e quindi interessano le relazioni interpersonali e di conserva l'intervento pubblico. Inoltre – altro motivo che fa proprio l'orientamento relazionale oggetto dell'obiezione di cui *supra* - ulteriore soluzione per validare la costrizione potrebbe essere quella che vede nel suicidio - concretatosi anche per mezzo del rifiuto di cure - la rottura della relazione con terzi, la negazione del legame di alterità propria di ogni società, elementi che giustificano una risposta dell'ordinamento giuridico.<sup>100</sup>

La controreplica, la quale attacca la tesi che qualifica la vita personale anche come bene sociale, mette in evidenza che simile logica "utilitarista" potrebbe sfociare in estremismi sanzionatori quali ad esempio nel "divieto di condurre un vita oziosa"<sup>101</sup> *et similia*. La risposta a questo rilievo fa riferimento alla necessità di ricorrere a divieti e comandi di carattere penale solo allorché i primi tutelino grandemente il bene comune e i secondi accrescano grandemente il bene comune.<sup>102</sup> Al di sotto di questa soglia che interessa la salute del consorzio sociale non ci sarebbe ragione alcuna per vietare e comandare ed anzi sarebbe controproducente.<sup>103</sup> Ciò in sintonia con la natura della norme penali che vede la sanzione come *extrema ratio* dell'azione statale.

## 5. Conclusioni

In sintesi esiste un punto di convergenza tra le tesi indisponibiliste e quelle disponibiliste: l'incongruità tra la disciplina del consenso informato e la rimanente normativa attinente alle tematiche qui in oggetto. Infatti la prima tesi afferma che la vita è bene indisponibile eccetto le fattispecie tutelate dalla disciplina del consenso informato che, in merito solo alle terapie salvavita, apparirebbe antinamica con il resto del plesso normativo perché qualificerebbe come diritto soggettivo il rifiuto delle terapie salvavita. La seconda dichiara che, a motivo della disciplina normativa in merito al consenso informato, la vita non può essere più considerata come un bene indisponibile. Da qui discenderebbe, per coerenza normativa, un allargamento delle ipotesi in cui al cittadino dovrebbe essere riconosciuto un vero e proprio diritto a morire e conseguentemente un'abrogazione o perlomeno una modifica di quelle normative – artt. 579 e 580 c.p. in primis – che sanzionano gli atti eutanasi o di aiuto al suicidio perché incompatibili con la disciplina suddetta.<sup>104</sup>

La prima tesi considera la disciplina del consenso informato relative al rifiuto di terapie salvavita come eccezione alla regola generale che qualifica la vita come bene indisponibile. La seconda tesi all'opposto vede come eccezione alla disponibilità della vita legittimata dalla disciplina del consenso informato gli artt. 579 c.p., 580 c.p., 5 c.c. e tutte quelle normative prima richiamate a tutela della vita anche contro la stessa volontà del titolare. Sarebbero queste ultime a risultare antinomiche rispetto alla disciplina suddetta. Ed infatti Seminara esterna "l'esigenza di una rimediazione sulle scelte di tutela operate dal legislatore penale"<sup>105</sup>, alla luce del diritto a rifiutare anche terapie salvavita, diritto "inteso come deroga ad una regola generale, fondata sulla

<sup>100</sup> Cfr. V. VITALE, *L'antigiuridicità strutturale del suicidio*, op. cit., pp. 460-467

<sup>101</sup> S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, op. cit., p. 675

<sup>102</sup> Cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 77, a. 1, ad 1; I-II, q. 98, a. 1 c.; q. 100, a. 9 c.; T. SCANDROGLIO, *Il bene comune come limite all'azione del sovrano nella prospettiva tomista*, in *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica*, 1 (2013)

<sup>103</sup> Cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 96, a. 2, ad 2.; q. 91, a. 4 c.; q. 101, a. 3, ad 2; q. 107, a. 4 c.; II-II, q. 10, a. 11; q. 77, a. 1, ad 1; q. 78, a. 1, add. 2-3; R. P. GEORGE, *Making Men Moral*, Clarendon Press, Oxford, 2000 pp. 42, 117

<sup>104</sup> Cfr. S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, op. cit., pp. 726-727

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 695

assoluta intangibilità della vita pure del suo titolare".<sup>106</sup>

### 5.1 Scenari futuri

Tentando infine una analisi predittiva del futuro quadro giuridico, appare assai probabile che la posizione disponibilista sarà sempre più incisiva dal momento che si userà la disciplina del consenso informato per avviare un processo evolutivo - involutivo per le tesi indisponibiliste - in merito ai casi in cui sarà legittimo procurare la morte. Infatti tale disciplina, come analizzato *supra* e come suffragato dalla citata giurisprudenza, può essere invocata anche per il legittimo rifiuto di terapie salvavita. Il diritto di rifiutare cure di tal specie non può che comportare corrispettivamente il dovere di dare la morte in capo al medico qualora l'assistito non riesca da sé in tale scopo.

Da questa premessa conseguono due corollari che attengono ad azioni di interruzione e di attivazione. In primo luogo se il rifiuto terapeutico inteso come diritto soggettivo si sostanzia nell'interruzione di terapie già in essere dove l'interruzione coinvolge l'operato del medico, la condotta di quest'ultimo - *de iure condendo* - non potrà essere più qualificata come omicidio del consenziente ex art. 579 c.p. perché sarebbe volta alla tutela di un diritto soggettivo.<sup>107</sup> Da qui un primo caso di legittimazione non solo dell'eutanasia omissiva, ma anche di quella commissiva. Così si esprime Seminara su tale fattispecie: "a prima vista sembrerebbe che il diritto di rifiuto della terapia deve cedere dinanzi al dovere – penalmente sanzionato – del sanitario di non cagionare la morte del malato e di non agevolare il suo proposito suicidario; nella specie, però, non si tratta di un suicidio bensì della decisione di lasciarsi morire e questa [ ] rinvia ad una posizione giuridica riconosciuta dall'ordinamento".<sup>108</sup> Analogamente Canestrari: "quando il rifiuto delle terapie comporta l'interruzione tecnica di un sostegno artificiale attivato per garantire il salvataggio del paziente [ ] si deve confermare la liceità della condotta del medico che rispetta la libertà di autodeterminazione del paziente: dunque, non si integra il delitto di omicidio del consenziente".<sup>109</sup> In secondo luogo qualificare la facoltà di rifiutare le terapie anche salvavita come diritto soggettivo comporterebbe, sempre al fine di soddisfare e tutelare tale diritto, lo speculare dovere giuridico del medico di attivarsi per dare la morte qualora il paziente da sé non riuscisse in tale

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 696. Si rinvengono simili riserve in merito all'art. 580 c.p. e all' art. 579 c.p. in S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, op. cit., pp. 121-125, 140-143

<sup>107</sup> E' ciò che è previsto al comma 5 dell'art. 1 del Disegno di legge attualmente (13/03/2017) al vaglio della Camera concernente le Dichiarazioni anticipate di trattamento. Cfr. XII COMMISSIONE PERMANENTE, Norme in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari

<sup>108</sup> Cfr. S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, op. cit., pp. 694-695

<sup>109</sup> S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, op. cit., p. 130



intento<sup>110</sup> o qualora comunque preferisse questa metodologia. *Ergo* avremmo un secondo caso in cui si tutelerebbe anche l'eutanasia commissiva. Così Seminara: "il diritto di lasciarsi morire manifesta pertanto la propria giuridica azionabilità nei confronti dello Stato, cui compete il dovere di approntare i mezzi affinché esso trovi attuazione".<sup>111</sup>

<sup>110</sup> Cfr. M. RONCO, *Volontà anticipate e volontà attuale: quale autonomia?*, op. cit., pp. 70-71. A tale fattispecie si possono ricondurre i casi giudiziari di Piergiorgio Welby (cfr. TRIBUNALE DI ROMA, Sentenza G.U.P del 23/07/2007) ed Eluana Englaro (CORTE DI CASSAZIONE CIVILE, Sentenza n. 21748 del 16/10/2007). Queste due sentenze delineano un quadro giuridico legittimante l'azione omicidiaria che si pone al di là degli orientamenti giurisprudenziali indicati nel presente articolo. Infatti nel caso Welby l'omicidio trova una scriminante non solo nel consenso del paziente ma anche nell'adempimento di un proprio dovere giuridico professionale, così come ricorda la stessa sentenza: "in conclusione si può quindi affermare che l'imputato Mario Riccio ha agito alla presenza di un dovere giuridico che ne scrimina l'illiceità della condotta causativa della morte altrui e si può affermare che egli ha posto in essere tale condotta dopo aver verificato la presenza di tutte quelle condizioni che hanno legittimato l'esercizio del diritto da parte della vittima di sottrarsi ad un trattamento sanitario non voluto". Cfr. S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, op. cit., p. 130. Il caso Englaro si spinge ancor più in là dato che il consenso è solo presunto e ricostruito a posteriori, come appuntano i giudici di Cassazione "su richiesta del tutore che lo [il malato N.d.A.] rappresenta [ ] il giudice [ ] può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario [il sondino nasogastrico] [ ] sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona". Sul caso Englaro cfr. G. ROCCHI, *Il caso Englaro. Le domande che bruciano*, ESD, Bologna, 2009. Sul dovere di attivazione in capo al medico al fine di procurare la morte del paziente qualora questi non fosse in grado da sé di togliersi la vita cfr. M. PALMARO, *Eutanasia: diritto o delitto?*, op. cit., pp. 31, 45, 78

<sup>111</sup> S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, op. cit., p. 696

# D I S C U S S I O N I

## La differenza di genere versus uguaglianza di genere

Francesco Zini

Dipartimento di Scienze Giuridiche – Università di Verona

Lo studio-denuncia contenuto nell'articolo di Alessandra Fabbri, insieme al preciso commento del parere del CNB, non può che essere condiviso nella parte in cui mette in evidenza la discriminazione di genere nella sperimentazione farmacologica e più in generale contro la discriminazione delle medicina di genere (sessista si sarebbe detto tempo fa). Ma per comprendere tale discriminazione non si può prescindere dall'esame del problema filosofico giuridico di fondo che la questione di genere pone in se stessa: il problema dell'identità di genere. Il superamento dei c.d. stereotipi di genere è oramai al centro del dibattito contemporaneo socio culturale (e direi biopolitico) del problema del genere. L'identità di genere appare una categoria difficile da catalogare e da definire perché soggetta di per sé ad una multiformità di contenuti che rimandano inevitabilmente a domande filosofiche fondamentali: "Chi sono io?"; "A quale genere appartengo?"; "In quale genere mi riconosco?"; "Solo maschile e femminile?". Tale binarismo "chiuso" di genere sarebbe discriminante degli altri "generi" o di coloro che non si riconoscono solo nel maschile e femminile, perché i generi non possono essere limitati solo nel numero dei riconoscimenti. Ogni nuovo riconoscimento soggettivo dovrà essere riconosciuto come nuovo genere. Si pensi anche alla differenza di genere come valore distintivo dei generi, che apparentemente viene messo in discussione dai *gender studies*, quando si richiamano all'uguaglianza di genere, o al *gender fluid*, come dissoluzione e destrutturazione dei generi. Oppure si prenda in considerazione un caposaldo dell'attuale manifesto transumanista, inteso come transizione verso un nuovo post-umanesimo, in cui il post-uomo non ha generi, perché è "costitutivamente" un ibrido uomo/macchina, "immerso in un divenire" sempre aggiornato e implementato nelle sue funzioni e caratteristiche, in cui l'*uploading ontologico* di questo essere post-umano diviene un *cyborg* (non più uomo) in cui è continuo il perfezionamento (*enhancement*) e sempre proiettato ad un futuro migliorabile.

Quindi vediamo come la c.d. lotta contro le discriminazioni di genere anche nel caso delle sperimentazioni biomediche, si dovrà confrontare col problema posto dall'identità di genere, che se non temperata da una valida e sensata identità naturale di genere sfocia inevitabilmente nel "paradosso di genere": per evitare le discriminazioni si producono nuove discriminazioni (con conseguenze biogiuridiche notevoli sia per i c.d. diritti delle minoranze che con l'introduzione di nuove quote giuridicamente previste, non più solo "rosa", ma potenzialmente "arcobaleno"). La fuoriuscita da questo paradosso di genere, (superando le derive ideologiche), passa attraverso una riscoperta della "natura" del genere maschile/femminile: dell'essere maschio (liberato dalla brutalità degli stereotipi) e dell'essere femmina (liberamente consapevole della "sua" apertura-alla vita); non come limite da eliminare o superare, ma come risorsa e "ricchezza" da cogliere. Solo riscoprendo (e riconoscendo) la profonda e in-

tima identità corporea e cercando di rispondere alla domanda ontologica del *chi sono io*, il dato genetico o biologico (maschile e femminile) apparirà allora come punto di partenza per tale percorso di riconoscimento e maturazione (rispettando i tempi) della propria identità personale. Solo affrontando la sfida faticosa (ma fondamentale) di questo percorso di riconoscimento personale (e naturale) sarà possibile uscire dal paradosso de-identitario in cui “non sapendo più chi siamo (e perché siamo)”, desideriamo non essere più (nessuno).

Per approfondimenti: Palazzani, Laura, *Gender in philosophy and law* / Laura Palazzani. Dordrecht [etc.]: Springer, 2012.

## Discriminazione e identità di genere

*Roberto Marchesini*

Epistemologo e saggista

La medicina tradizionale ha indubbiamente un vizio omologativo, già nella pretesa di estrarre entità nosografiche omogenee e nella costruzione di prescrizioni basate su protocolli d'intervento, ma ancor prima nel bisogno di definizione di evidenze statisticamente rilevanti basate su eziologie monocausali e lineari. Non che tale approccio non abbia portato a risultati consistenti, sarebbe assurdo negare i progressi della medicina soprattutto a partire dal XX secolo, che hanno permesso di sconfiggere gran parte delle patologie infettive e di ridurre in modo cospicuo la mortalità infantile. Laddove purtroppo queste patologie continuano a mietere vittime non si tratta di deficit di conoscenze ma di strumenti e risorse d'intervento immediatamente disponibili. Spesso si attribuisce il calo della mortalità neonatale e l'allungamento della vita media nei paesi occidentali alle migliorate condizioni igieniche e alimentari; è indubbio che nel corso del cosiddetto Secolo Breve tali parametri siano migliorati in termini di riduzione di carenze nutrizionali e di maggiore attenzione alle condizioni igieniche. Tuttavia non si può negare l'importanza di alcuni farmaci, come per esempio gli antibiotici, e di prassi di profilassi indiretta, come le vaccinazioni. Detto questo, è evidente che l'allungamento della vita media porti in emergenza altri aspetti sanitari, come le patologie degenerative e disfunzionali, le metaplasie e le neoplasie, l'invecchiamento e le predisposizioni genetiche. A queste emergenze solo una medicina attenta alle caratteristiche individuali o di genere può dare una risposta di efficacia ed efficienza, trasformando la persona da entità passiva sottoposta a protocolli omologati, la classica figura del “paziente”, a entità attiva richiedente il rispetto delle proprie peculiarità, nella nuova figura di “esigente”.

In questo senso, il problema posto da Alessandra Fabbri - nell'articolo “La discriminazione delle donne nella sperimentazione farmacologica: la medicina di genere” - è quanto mai attuale e apre un dibattito che, a mio avviso, troverà sempre più spazio nell'agenda dei ricercatori, sia per l'eziopatogenesi dei disturbi emergenti sia perché la risposta farmacologica in questi casi non è diretta verso un agente patogeno specifico, quale può essere un batterio o un virus, ma verso un processo che ha profondamente a che fare con le caratteristiche predisponenti o idiopatiche, che pertanto richiede un'attenzione specifica e incentrata sulla persona. Giustamente la Fabbri sottolinea il problema della discriminazione e lo riconduce a una prospettiva maschilista nella sperimentazione clinica, incapace di assumere la peculiarità fisiologica del femminile, sussunta nel maschile come modello. Qui ovviamente il problema interseca non solo la prassi clinico-sperimentale, ma anche la bioetica, ed è proprio come rilevanza sociale e morale che l'autrice ci sollecita a una riflessione che non può essere in alcun modo elusa.

È all'interno di questa cornice che occorre affrontare il discorso sull'identità di genere, aspetto che ha ovviamente una sua radice descrittiva, sulla quale molto



si è detto rispetto alle scansioni e all'attribuzione e molto, a mio avviso, richiede ulteriori analisi, ma soprattutto di ordine prescrittivo. Giustamente l'autrice propone una differenziazione tra due grandi ambiti, il sesso e il genere, ma così facendo si rischia di riproporre la dicotomia natura e cultura come entità disgiunte, nemmeno complementabili, pur nella correttezza delle considerazioni riportate, che non mettono in alcun modo in discussione. Diciamo subito che il sesso non può essere riferibile al cariotipo - la classica differenza tra xx e xy - o agli organi sessuali secondari, ma a un processo di sviluppo complessivo dell'organismo, nel suo assetto endocrino e neurobiologico, che risente di molti fattori epigenetici e ontogenetici, potremmo dire ambientali, che hanno persino nella dimensionalità culturale una sua influenza. La costituzione sessuata, che si manifesta non in una dicotomia, maschile vs femminile, ma in un continuum somatico tra due polarità, non è pertanto data da un'attribuzione cromosomica, ma si realizza in una processualità evolutiva che coinvolge tutti gli apparati e non soltanto le gonadi, sotto una forte influenza ambientale che agisce già a partire dall'embriogenesi per raggiungere un certo gradiente di maturità, senza peraltro finirsi, nell'adolescenza. Già in questo potremmo ritrovare diverse configurazioni espressive, non necessariamente riconducibili all'orientamento sessuale e men che meno rispetto al significato riproduttivo. Lo sviluppo infatti definisce una forma fisica e una predisposizione psichico-motivazionale che ha una sua influenza sull'identità di genere, nel senso dell'autopercezione che l'individuo ha di se stesso. Questo non toglie che, come suggerisce Alessandra Fabbri, vi siano delle influenze sociali e culturali che indirizzano in modo cospicuo l'identità di genere. Voglio dire, la mia intenzione non è quella di negare il portato che i processi di socializzazione e di rappresentazione della mascolinità e della femminilità hanno sulla costituzione dell'identità di genere: tali aspetti sono stati affrontati in modo esemplare dalla Fabbri. Quello che, viceversa, vorrei mettere in discussione è il rischio di operare una sorta di disgiunzione tra una natura, chiamata a definire il sesso, e una cultura, responsabile in toto dell'identità di genere. In realtà, applicando la focale "naturculturale" che ci propone Donna Haraway, possiamo dire che ogni disgiunzione tra natura e cultura, anche laddove le si ritenga complementative - e quindi inversamente proporzionali tra loro - nel momento in cui si pretenda di renderle responsabili di un segmento a se stante - il sesso vs il genere - non coglie nel suo obiettivo. Tanto il sesso quanto il genere risentono di una molteplicità di fattori naturculturali, che si pongono in modo frattale in tutto il percorso evolutivo del soggetto. Ma ciò che maggiormente m'interessa e mi convince nell'analisi della Fabbri è l'aspetto prescrittivo, riconducibile a mio avviso a due aspetti fondamentali: i) il superamento del paradigma complementativo tra maschile e femminile, e quindi l'apertura di nuove dimensionalità del genere non più tenute sotto l'imperio della conformità reciprocativa; ii) l'aumento di titolarità dell'individuo nella costruzione della propria vita, basata su un ampliamento di orizzonte - l'autrice parla di sfera di liceità - nella direzione di "una moralità del benessere e delle simpatie sociali". Questi due aspetti trovano nella riflessione della Fabbri una sintesi convincente nel principio di libertà nella costruzione di una vita che è morale in quanto implica e consente una scelta da parte dell'individuo.

## Società ed identità di genere

Matteo Galletti

Filosofia – Università di Firenze

I due saggi di Alessandra Fabbri forniscono un utile accostamento al tema, complesso ma decisamente attuale, della definizione del "genere" e dell'impresa finalizzata a mostrare come una rilettura attraverso il concetto di genere delle tradizionali categorie filosofiche e delle questioni pratiche più urgenti riesca a gettare una luce nuova su dibattiti più o meno consolidati.

L'impresa non ha un carattere solamente epistemologico ma normativo, perché, come ricorda Fabbri, adottare il punto di vista di una "filosofia di genere" contribuisce a mettere in evidenza gli assunti valoriali tipicamente maschili che hanno caratterizzato la società.<sup>1</sup>

Un tema rilevante, tra quelli toccati, da Fabbri è la discussione relativa al ruolo delle donne quali soggetti di sperimentazione clinica; a partire da alcuni importanti articoli dedicati al tema pubblicati da bioeticiste e filosofe negli anni novanta dello scorso secolo,<sup>2</sup> si arriva fino al recente documento del CNB, richiamato e commentato da Fabbri.

In questo documento e nelle riflessioni che Fabbri svolge nei suoi articoli, mi sembra che si profilino due grandi questioni etiche: da una parte c'è il problema di riconoscere l'impatto della differenza delle donne, relativamente a caratteristiche morfologiche e fisiologiche, sulla valutazione dell'efficacia e della sicurezza dei farmaci (e quindi, se vogliamo ricondurre il discorso etico a canoni "astratti", il problema di rispettare il principio di beneficenza); dall'altra parte, invece, c'è l'esigenza di interrogarsi sui motivi delle difficoltà di accesso alle sperimentazioni da parte delle donne (e quindi di come intervenire per far valere il principio di giustizia).

Beneficenza e giustizia rimandano quindi a due altre nozioni che nel dibattito sull'etica femminista sono state ampiamente discusse e tematizzate: differenza e uguaglianza. C'è quindi un duplice problema di cattiva rappresentatività e di sottorappresentatività femminile nei *clinical trial* che contribuiscono entrambe a escludere le donne dai benefici sociali della ricerca medica. Il modello maschile diventa il paradigma di riferimento al momento del disegno dello studio, facendo così sottostimare la differenza del corpo femminile in termini di farmacocinetica e farmacodinamica. Questo significa esporre a rischi non sempre evidenti e chiari le donne che partecipano agli studi e quelle che assumeranno i farmaci; questa impostazione porta anche a trascurare il fatto che

<sup>1</sup> Cfr. A. Fabbri, *Il genere e gli studi di genere: uno sguardo bioetico per comprendere la complessità*, in "Bioetica e società", XIII, nn. 2-3, 2016, p. 51. Un'utile guida alla filosofia di genere è V. Tripodi, *Filosofie di genere. Differenza sessuale e ingiustizie sociali*, Carocci, Roma 2015.

<sup>2</sup> Tra i più rilevanti ricordo R. Dresser, *Wanted: Single White Male for Medical Research*, in "Hastings Center Report", XXII, n. 1, 1992, pp. 24-29; D. A. DeBruin, *Justice and the Inclusion of Women in Clinical Studies: An Argument for Further Reform*, in "Kennedy Institute of Ethics Journal", IV, n. 2, 1994, pp. 117-46; S. Sherwin, *Women in Clinical Studies: A Feminist View*, "Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics", III, n. 4, 1994, pp. 533-538. Comitato Nazionale per la Bioetica, *La sperimentazione farmacologica sulle donne*, 28 novembre 2008. A. Fabbri, *La discriminazione delle donne nella sperimentazione farmacologica: la medicina di genere*, "Bioetica e società".

patologie tipicamente “maschili” interessano sempre di più la popolazione femminile, in ragione dei molteplici mutamenti sociali, economici, culturali. Al contempo, le donne accedono meno alle sperimentazioni per ragioni sociali, ambientali, economiche e biologiche su cui il CNB si sofferma a lungo e che Fabbri molto opportunamente ricorda e analizza.

Un tema delicato che il CNB prende ampiamente in considerazione è costituito dall'esclusione delle donne in età fertile dalla ricerca. Il documento ricostruisce le due principali posizioni in materia.<sup>3</sup>

Secondo alcuni, è sbagliato escludere aprioristicamente queste donne dalla sperimentazione per prevenire potenziali danni al feto in caso di gravidanza, perché così si toglierebbe, alla donna interessata e alla società, l'opportunità di beneficiare dei risultati della ricerca.

Secondo altri, è sufficiente l'ipotesi di danni per la vita e per la salute del feto per rendere «eticamente consigliabile» alle donne in età fertile di non partecipare a sperimentazioni cliniche.

Queste due posizioni riflettono due valutazioni diverse dello statuto del feto e della liceità della contraccezione. La prima infatti non riconosce al feto uno statuto particolarmente forte, asserendo che la salute e la vita del feto sono valori per lo meno inferiori rispetto alla salute della donna e che nel calcolo costi/benefici non possono avere lo stesso peso degli interessi della persona e della società più in generale. Come specifica il CNB, queste valutazioni si accompagnano all'affermazione della piena autodeterminazione della donna in materia riproduttiva, per cui le case farmaceutiche non dovrebbero imporre contraccettivi ormonali. Una tale imposizione sarebbe lesiva della libertà individuale.

La seconda posizione propone invece una concezione opposta dello statuto del feto, a cui si riconosce una dignità sufficiente perché il suo interesse alla vita e alla salute prevalga a tal punto da mettere in forte discussione il diritto della donna di entrare in una sperimentazione clinica. Non si tratta di un divieto ma di un consiglio, che non esclude quindi che la donna possa volontariamente decidere di accedere agli studi clinici. In questo caso, la donna dovrebbe essere libera di scegliere il metodo contraccettivo che maggiormente è confacente ai suoi stili di vita e ai suoi valori, compresa quindi anche l'astensione dai rapporti sessuali.

Queste due posizioni rimandano a discussioni ormai più che decennali sul rapporto tra lo statuto morale e ontologico del feto e la libertà riproduttiva della donna. C'è da segnalare che la seconda posizione include l'idea che la dignità del feto sia tale da sconsigliare alla donna di partecipare, e quindi di mettere in pericolo la vita e la salute della persona possibile,<sup>4</sup> ma al contempo si lascia alla donna la facoltà di scegliere una condotta sessuale che, in caso di concepimento durante la sperimentazione, potrebbe porre il feto in una condizione di pericolo.

L'accordo, comunque, è ben lungi dall'essere vicino, date le premesse valoriali e ontologiche che queste prospettive si portano dietro. Eppure si tratta di un aspetto importante per diversi aspetti. Sul piano etico, riflette non solo l'esigenza di agevolare l'accesso e l'inclusione delle donne alla sperimentazione clinica ma anche di trovare un equilibrio tra diritto alla salute e libertà riproduttiva. In questo senso un'adeguata

<sup>3</sup> Aspetti peculiari presenta poi la ricerca che coinvolge invece donne in gravidanza. Cfr. almeno M. C. Blehar *et al.*, *Enrolling Pregnant Women: Issues in Clinical Research*, in “Women's Health Issues”, XXIII, n. 1, 2013, pp. e39–e45.

<sup>4</sup> Si ricorre qui alla distinzione ormai classica tra “persona possibile” (l'individuo non ancora concepito) e la “persona potenziale” (il feto concepito che ha la potenzialità di divenire una persona).

informazione sui potenziali rischi che la ricerca potrebbe avere sul feto dovrebbe accompagnarsi a un pieno riconoscimento della libertà della donna di scegliere se parteciparvi o meno. Se vogliamo attestarci su una prospettiva non esclusivamente “maschile” in etica, si può sostenere che questa presa di posizione non si limita ad affermare i “diritti” delle donne ma intende dare valore alla loro capacità di agenti responsabili, capaci di prendere decisioni complesse che coinvolgono il proprio corpo e la propria mente e il corpo del potenziale bambino. Il punto d'approdo non è dissimile, nell'ispirazione e nelle conclusioni, al richiamo a Mill e all'etica liberale con cui Fabbri conclude l'articolo sugli studi di genere.

Termino indicando rapidamente un'altra possibile chiave di lettura, che qui non approfondisco soprattutto per mancanza di competenze. Il CNB cita l'imposizione di contraccettivi ormonali alle donne fertili ma non sono rari gli studi che elencano una lista di metodi contraccettivi tra cui la donna può scegliere, alcuni dei quali sono invasivi. Per quasi tutte queste metodiche (incluse quelle ormonali) si pongono problemi non solo etici ma anche assicurativi, perché talvolta le polizze stipulate per questi studi non coprono i danni provocati dall'impiego di prodotti anticoncezionali e contraccettivi. Si ha quindi il paradosso che la partecipazione allo studio impone comunque alla donna di sottoporsi a contraccezione (generalmente doppia) e al tempo stesso non si prevedono risarcimenti nel caso in cui la contraccezione produca dei danni. In questi casi è quindi opportuno che tutte le informazioni pertinenti siano trasmesse alla donna, in modo che possa compiere una scelta consapevole, ma al tempo stesso occorre vigilanza da parte dei comitati etici su queste implicazioni, affinché non si perpetuino nuove ingiustizie sulle donne.