

UNIVERSITA DEGLI STUDI DI FIRENZE

Dipartimento di Diritto Comparato e Penale

Dottorato di Ricerca in Diritto Comparato

XXII CICLO

Settore disciplinare IUS/02

Problemi comparativi di bioetica e diritto: Persona, sovranità, autodeterminazione

Dottorando

Dr. Stefano Biondi

Coordinatrice del Dottorato

Prof.ssa Vittoria Barsotti

Direttrice della Ricerca

Prof.ssa Anna Maria De Vita

Sommario

PREMESSA.....	7
PARTE I.....	12
CAPITOLO 1. La medicalizzazione nella storia occidentale: autodeterminazione, controllo del corpo e soggettività politico-giuridica dell'individuo.....	13
1. L'Antica Grecia: il rapporto tra medicina e corpo, tra sapienza e potenza	14
1.a. Sapienza-potenza (del medico), padronanza del corpo (del paziente), sovranità politico-giuridica e struttura democratica della società: prime riflessioni di Ippocrate	16
1.b. Il concetto ippocratico di "dieta", o "regime", e la sua rilevanza politica.....	21
1.c. Soggettività politico-giuridica, medicina e pubblici poteri: Platone.....	23
1.d. Aristotele: riflessioni su politiche pubbliche della salute e iato tra medicina filosofica e medicina pratica.....	27
2. La medicina nell'Antica Roma: dall'iniziale diffidenza fino alla capillare diffusione ..	29
2.a. Lo scetticismo della Roma classica verso la medicina greca e valorizzazione della "autocura consapevole" come affermazione della propria soggettività, della propria identità e della propria libertà	29
2.b. Diffusione della medicina ellenistica a Roma: creazione delle prime strutture sanitarie	33
2.c. La tendenza alla medicalizzazione nella società romana imperiale e tardo-imperiale	34
3. Il Medioevo: I monasteri ed i lazzaretti come precursori degli interventi pubblici in campo sanitario – prime riflessioni verso una politica della salute.....	36
4. Medicina, metodo scientifico e politiche pubbliche: prodromi della formazione dello Stato contemporaneo, dell'affermazione di un unico soggetto di diritto e della "polizia sanitaria".....	39
5. Il "principio statualista" dello Stato del XIX secolo e della prima metà del XX secolo, politiche sanitarie e soggettività: asservimento dell'individuo alle finalità perseguite dai pubblici poteri	42
6. Crisi del principio statualista e ritorno all'individuo: il processo di Norimberga.	45
CAPITOLO 2. La medicalizzazione della vita nella società contemporanea e la sua importanza ai fini dell'autodeterminazione e della soggettività individuale.....	55

1. Ivan Illich: “Nemesi Medica” come risposta all’espropriazione della salute da parte delle “mafie professionali” ed alla conseguente “iatrogenesi clinica”.	56
2. Altri classici della medicalizzazione: la dominanza medica	64
3. Biopolitica, biopotere, istituzioni politico-giuridiche e riscoperta del corpo: il contributo determinante di Foucault.	68
4. Il dibattito odierno: percezione del corpo e sovranità nell’era delle biotecnologie e della crisi dello Stato contemporaneo occidentale	75
PARTE II	81
CAPITOLO 3. Persona e soggettività: il problema dello statuto giuridico del corpo umano	82
1. Introduzione: una questione di controllo	82
2. Lo statuto giuridico del corpo umano tra persona e proprietà	86
2.a. L’idea di Dominium Sui, “individualismo proprietario” e riflessi nella genesi del soggetto di diritto nella storia giuridica europea: il Medioevo	87
2.b. Il contrattualismo e ruolo della proprietà: “l’individualismo possessivo” di C.B. Macpherson	90
3. Le teorie neocontrattualiste liberali e lo statuto giuridico del corpo umano.	102
3.a. L’emancipazione femminile come esemplificazione della correlazione tra soggettività, proprietà e sovranità sul corpo.....	104
4. Resistenze e critiche alla concezione proprietaria del corpo umano e la “dignità umana” come elemento fondativo della soggettività e limite alla disponibilità su se stessi.	109
4.a. Immanuel Kant e la Menschenwürde	112
4.b. Problematiche sollevate dal concetto di dignità con riferimento al pluralismo etico della odierna società occidentale	114
4.c. Dignità e neocontrattualismo: il doppio ordine dei desideri.....	117
5. Correlazione tra modello di tutela “personalistico” e modello di tutela proprietario: riflessi nel discorso biogiuridico	119
5.a. Fondazione dell’ordine politico sul concetto di persona e rilevanza rispetto alla sovranità sul proprio corpo.	120
5.b. La perdurante (ed ineludibile) rilevanza del legame tra persona e proprietà e riflessi sullo statuto giuridico del corpo umano	123
5.c. La “incomplete commodification” come approccio pragmatico per coniugare libertà e tutela dell’individuo	128

PARTE III	134
CAPITOLO 4. Affermazione del controllo del corpo: ascesa del principio del consenso informato e declino del paternalismo medico nell'ordinamento inglese.....	135
1. Il caso Bolam ed il tradizionale paternalismo in materia di responsabilità medica e di consenso informato nell'ordinamento inglese.....	137
2. Un'inversione di tendenza	145
3. Il caso Chester v. Afshar: verso il riconoscimento di un diritto all'autodeterminazione del paziente.....	146
4. Autodeterminazione ed affermazione del diritto del paziente adulto e capace di intendere e di volere di rifiutare il trattamento sanitario.	150
4.a. Rifiuto delle cure del paziente alla fine della vita	151
4.b. Rifiuto delle cure e stato di gravidanza	153
5. Considerazioni conclusive: verso un diritto al rifiuto delle cure	155
CAPITOLO 5. Autodeterminazione e scelta procreativa: nuove frontiere della 'tort law' inglese.....	163
1. Introduzione.....	163
2. Evoluzione della Common Law della Gran Bretagna in relazione all'azione di Wrongful Conception: dal caso Emeh fino al caso McFarlane.....	164
2.a. Iniziale accoglimento della full recovery rule	165
2.b. Limitazioni delle categorie di soggetti aventi diritto ad essere risarcite.....	167
3. Lo stato del diritto oggi	168
3.a. McFarlane. Il bambino sano.	170
3.b. Parkinson. Il bambino handicappato.	176
3.c. Il caso Rees: una semplice glossa a McFarlane?	181
4. La Wrongful Conception ed i principi della tortious liability.....	184
4.a. Il problema delle 'pure economic losses' e delle spese di mantenimento	184
4.b. Limitazioni all'ampiezza del duty of care: la giustizia distributiva.	186
4.c. Il danno.....	195
4.d. La somma convenzionale.	198
5. Verso l'affermazione di un tort of autonomy?	201
CAPITOLO 6. La disciplina della fecondazione assistita nell'ordinamento italiano: verso una graduale affermazione giurisprudenziale di un diritto della donna alla sovranità sul proprio corpo?	203

1. Introduzione.....	203
2. Presentazione della legge.....	207
3. Il problema della diagnosi pre-impianto nella L. 40/2004: le contraddizioni tra disposizioni normative, principi costituzionali e ratio legis della Legge 40.....	210
3.a. Norme che vietano o prevengono la soppressione degli embrioni	211
3.b. Diagnosi pre-impianto: le ambiguità della Legge.	213
3.c. Il coordinamento tra la L.40/2004 e la L. 194/1978 con riferimento alla possibilità di non impiantare gli embrioni malformati.	216
3.d. Divieto di selezionare l’embrione sulla base del patrimonio genetico e giurisprudenza. L’iniziale deferenza verso le scelte legislative: sentenza del Tribunale di Catania e del TAR Lazio	218
3.f. Il mutamento della giurisprudenza e l’affermazione della prevalenza del diritto alla salute della gestante sul diritto alla vita del nascituro. Il caso del Tribunale di Cagliari.	224
3.g. Ordinanza del Tribunale di Firenze.	228
3.h. Le questioni di costituzionalità sollevate nel 2008: la decisione del TAR Lazio del 21 gennaio e le Ordinanze del Tribunale di Firenze del 12 luglio e del 27 agosto del 2008.	230
4. La sentenza della Corte Costituzionale.....	232
5. Il diritto alla salute come fondamento della libertà procreativa della donna	233
6. Procreazione come aspetto fondamentale della realizzazione dell’individuo e della sua identità	237
NOTE CONCLUSIVE.....	240
BIBLIOGRAFIA.....	250

PREMESSA

Medicina e diritto, medicina ed etica stanno diventando binomi ormai inscindibili, poiché la scienza medica non si limita più soltanto a curare o a tentare di curare le malattie, ma interviene in maniera determinante in scelte che modificano il percorso naturale dell'esistenza degli individui, dal suo inizio, allo stato embrionale, alla sua fine ineluttabile, la morte.

E' proprio per questo che, negli ultimi decenni, è notevolmente aumentato l'interesse delle scienze sociali e delle scienze umane¹ nei confronti delle biotecnologie in campo medico. Sempre più spesso studiosi e centri di ricerca, soprattutto occidentali, si concentrano su tematiche etiche, filosofiche e giuridiche relative al ruolo e alle responsabilità dei professionisti e delle istituzioni operanti nel settore sanitario e grande importanza è data all'impatto delle biotecnologie sulla società e sull'ambiente. Si assiste pertanto ad un proliferare di programmi di studio e corsi specialistici in materie quali la bioetica e il biodiritto², di cui viene favorito, se non addirittura reso obbligatorio, l'approfondimento da parte dei medici e del personale infermieristico.

Inoltre, nel corso degli ultimi due secoli, attraverso l'interazione tra professionisti sanitari, istituzioni politiche e membri della collettività, i paradigmi della medicina sono penetrati in modo estremamente capillare nella vita delle persone. Molti comportamenti individuali, infatti, sono influenzati da considerazioni di natura igienica o sanitaria. con la conseguenza che la capacità individuale di autodeterminarsi viene ridotta dal crescente peso che hanno

¹ Questo è un campo su cui si concentrano non solo le attenzioni di filosofi, sociologi, antropologi e giuristi, ma anche degli economisti, poiché le biotecnologie applicate alla medicina sono un vastissimo campo di interesse per le case farmaceutiche, nonché un grosso capitolo di spesa per il SSN o di guadagno per le strutture private.

² Il termine bioetica è stato usato per la prima volta nel 1927 da Fritz Jahr che lo riferiva allo sfruttamento della flora e della fauna da parte dell'uomo. Nel significato attuale è stato usato per la prima volta dal medico oncologo statunitense Van Rensselaer Potter, nel 1970. Egli affermava "*Ho scelto la radice bio nel senso di conoscenza biologica o scienza dei sistemi viventi, etica nel senso di conoscenza del sistema dei valori umani*". Cfr. Van Rensselaer Potter II, *Bioethics*. Englewood Cliffs, N.J. 1971, pag 5.

acquistato non solo le opinioni e gli interventi di medici, scienziati e strutture sanitarie, ma anche le strategie commerciali di enti di natura economica, quali le multinazionali farmaceutiche, interessati a veicolare messaggi per spingere all'acquisto di farmaci ed altri prodotti.

Si viene quindi continuamente incoraggiati³ a tenere comportamenti conformi agli "standard" igienici necessari alla prevenzione di malattie ed alle "norme" che aiutano il corpo a mantenersi giovane e in forma più a lungo possibile. Spesso si tratta di indicazioni non cogenti, alle quali la maggioranza della popolazione si conforma spontaneamente⁴, anche se in misura diversa da persona a persona⁵. Tuttavia, anche il diritto e le istituzioni pubbliche intervengono, talora in maniera estremamente incisiva, al fine di tutelare la salute collettiva ed individuale, con conseguente ulteriore uniformazione dei comportamenti dei singoli⁶.

Si è arrivati a parlare, a questo proposito, di **medicalizzazione**⁷ della società occidentale contemporanea. Con la medicalizzazione della società si è assistito infatti ad una crescente estensione della "giurisdizione" della medicina e dei suoi operatori in tutti i campi dell'agire umano, diventando in taluni casi un vero e proprio agente di controllo sociale, cosa questa che viene considerata la causa di

³ Tali messaggi provengono dai media, dalla scuola, dalla famiglia, dalle pubblicità delle case farmaceutiche nonché da istituzioni sociali.

⁴ Questo vale sia per l'igiene personale e della casa, la cui trascuratezza potrebbe dar luogo ad uno stigma sociale, sia per altre tipologie di condotta, come quelle riguardanti la buona alimentazione, l'esercizio fisico moderato e costante, la rinuncia al fumo, all'alcool, la condotta sessuale, e così via

⁵ Talvolta ci si conforma non solo per conservare una buona salute, ma anche per raggiungere condizioni che rappresentano uno *status symbol*: corpo agile e snello, muscoli scolpiti, assenza di rughe, ecc.

⁶ Si pensi a questo proposito alle massicce vaccinazioni di massa, spesso obbligatorie per legge o a quelle ampiamente pubblicizzate come la vaccinazione antinfluenzale.

⁷ L'espressione "medicalizzazione della società" è stata coniata negli anni Settanta, dalla letteratura sociologica. Si veda infra quanto si dirà a proposito di Talcott Parsons, Ivan Illich, Thomasz Szasz e Irving Kenneth Zola.

una compressione della possibilità del soggetto di fare le proprie scelte in maniera libera e autonoma nei momenti cruciali della vita.

In realtà, con l'espressione "medicalizzazione della società" si intendono una molteplicità di fenomeni. Essa può fare riferimento a specifici eventi, quali ad esempio il parto, evidenziando come determinati fenomeni fisiologici, un tempo "gestiti" dagli individui, dalla famiglia o dalla comunità⁸, vengano oggi affrontati nel rispetto di specifici protocolli, all'interno di apposite strutture e da parte di personale medico o paramedico specializzato.

Ma la medicalizzazione può riferirsi anche all'estensione dei confini di ciò che è considerato patologico rispetto a ciò che, invece, non lo è (e che quindi viene ritenuto semplicemente irrilevante, deviante o immorale). Si pensi al caso dei disturbi dell'attenzione del bambino: oggi sono studiati come fenomeno patologico da curare con medicinali non privi di effetti collaterali anche severi, mentre fino a pochi decenni fa venivano considerati attributi personali e si parlava di soggetti irrequieti, distratti o svogliati, ma certamente non malati.

La medicalizzazione ha quindi conferito alle professioni sanitarie un ruolo di enorme importanza. I medici sono coloro ai quali si attribuisce la capacità di distinguere che cosa è patologico da ciò che non lo è, nonché di determinare quali sono i comportamenti adeguati da tenere per preservare la salute individuale e collettiva. La loro competenza scientifica, il loro atteggiamento, le loro valutazioni tecniche risultano spesso determinanti riguardo alle scelte compiute dai singoli.

Nel capitolo che segue, si tenterà di dar conto, senza pretesa di esaustività, delle cause che hanno portato a questa estensione della medicalizzazione della società contemporanea, nonché di mettere a fuoco il nesso tra questo fenomeno e la possibilità di compiere scelte riguardanti la propria salute in piena libertà. Libertà che, come abbiamo accennato, viene influenzata e spesso compressa da

⁸ Il parto veniva in genere affrontato dalla donna nella propria casa, nel proprio letto, con l'ausilio delle donne più anziane, al massimo di una levatrice e solo raramente interveniva un medico.

spinte “eteronome” non solo di origine politico-giuridica ma anche socio-educativa. A tal fine sarà necessario ripercorrere brevemente la storia del rapporto tra medicina ed istituzioni pubbliche. Infatti, attraverso un’analisi diacronica si comprende meglio come siano state poste le basi per la medicina odierna, non tanto sul piano scientifico-conoscitivo ma su quello organizzativo-assistenziale. Si noterà come tale evoluzione sia avvenuta parallelamente all’affermarsi dello Stato contemporaneo e, quindi, anche della nozione unitaria di “persona-soggetto di diritto”, che caratterizza gli ordinamenti occidentali dei nostri giorni. Come è noto, questo passaggio è avvenuto con la nascita dello Stato contemporaneo alla fine del Settecento, che rappresenta un momento cruciale anche per la medicina e le istituzioni sanitarie.

Inoltre, nella seconda parte della trattazione, si vedrà come il grado di libertà di disporre del proprio corpo - che un dato ordinamento attribuisce ai singoli - sia strettamente correlato al suo *status* giuridico e alla nozione stessa di persona. Infatti, il corpo, oggetto della scienza medica e delle politiche sanitarie, permette all’individuo di esistere, di manifestarsi e di interagire con gli altri; la possibilità di limitare la capacità di disporre ha dunque ripercussioni di notevole rilievo sul ruolo dell’individuo nell’ordinamento. Si noterà altresì come esista una forte correlazione tra la nozione di persona nella cultura giuridica occidentale e quella di proprietà.

Si pone quindi il problema di una originaria proprietà della persona sul proprio corpo e delle conseguenze che un tale assunto può avere in merito alla tutela dell’individuo.

Infine, nella terza parte, si analizzeranno alcuni sviluppi giurisprudenziali da cui si desume come esista un progressivo riconoscimento, da parte delle corti, della sovranità dell’individuo su se stesso, in un contesto in cui il corpo diviene elemento fondamentale per la costruzione della propria identità e spazio inviolabile delle proprie scelte esistenziali. Le decisioni analizzate riguardano, in

particolare, le vicende del consenso informato, del danno da procreazione e della fecondazione assistita.

PARTE I

CAPITOLO 1. La medicalizzazione nella storia occidentale: autodeterminazione, controllo del corpo e soggettività politico-giuridica dell'individuo

In Occidente, i poteri pubblici si sono occupati di questioni riguardanti la sanità e l'igiene in modo sempre più sistematico e scientifico a partire dalla seconda metà del XVIII secolo, ovvero quando ciò è stato reso possibile sia dallo sviluppo di adeguate strutture politico-amministrative sia dalle nuove conoscenze relative alla batteriologia, alla biologia e, in generale, all'eziologia di molte malattie.

Tuttavia non si può ignorare che, come si vedrà, alcune forme di politiche sanitarie sono state poste in essere sin dall'antichità. Inoltre, è di estremo rilievo il fatto che già alcuni pensatori greci e romani avessero individuato l'esistenza di un nesso tra la capacità individuale di autodeterminarsi, il controllo del proprio corpo e la soggettività giuridico-politica⁹.

Nella civiltà greco-romana le limitate conoscenze in ambito medico-biologico rendevano difficoltoso porre in essere interventi consapevoli e "politiche" pubbliche sanitarie coerenti. Come è accaduto fino all'età moderna, i provvedimenti più significativi volti a tutelare la salute della collettività erano per

⁹ Cfr. In particolare, essi avevano compreso l'importanza della partecipazione attiva del singolo nella cura del proprio corpo, nonché la necessità di evitare la delega ad altri quando si effettuano scelte fondamentali in questo campo. Essi invitavano il paziente a non tenere un comportamento acritico di fronte al medico, a non confidare solo sulla sua autorevolezza e sulle sue conoscenze vere o presunte, adeguandosi alle sue prescrizioni anche quando non se ne comprendeva la logica. Così facendo, ci si rende infatti dipendenti dal medico, alienando a questi la propria capacità decisionale, assumendo un contegno dimesso e, di fatto, deresponsabilizzandosi. Diversi medici e filosofi, in particolare Ippocrate e Platone, avevano intuito che un atteggiamento paternalistico-autoritario del medico verso il malato dava luogo a conseguenze di notevole rilievo sulla possibilità di dominare l'individuo in questione mentre, di converso, un atteggiamento empatico-collaborativo tra medico e paziente consentiva a quest'ultimo di autodeterminarsi. Il secondo tipo di approccio, infatti, era un presupposto fondamentale per riconoscergli piena dignità di persona libera. Cfr. *Infra*

lo più quelli finalizzati a contenere il diffondersi di patologie di tipo epidemico, quali pestilenze e lebbra, attraverso l'isolamento dei soggetti ammalati¹⁰, e quelli destinati a mantenere salubri le città¹¹. Tali interventi, però, erano caratterizzati da constatazioni empiriche circa il diffondersi delle malattie, essendo le loro reali cause ancora sconosciute. Infatti, agli albori dell'epoca classica, esse venivano spesso attribuite a punizioni divine o soprannaturali, cosicché i rimedi erano tesi ad esorcizzarle con sacrifici ed altre pratiche religiose o superstiziose. Tuttavia, come vedremo, sia i Greci sia i Romani si resero ben presto conto che vi era un nesso tra la pulizia dell'aria e delle acque, l'igiene personale, le condizioni di vita di un determinato individuo ed il suo stato di salute.

Ma soprattutto, si resero conto dell'enorme influenza che i precetti di ordine igienico-sanitario, toccando la sfera più intima della persona, potevano avere sulle condotte individuali, e di come detenere il "potere" di articolare tali precetti permettesse di esercitare un capillare controllo sulla vita e sui comportamenti dei membri della collettività: intuirono, cioè, che il grado di partecipazione dei destinatari di queste regole alla loro definizione era un indice fondamentale del loro effettivo riconoscimento come soggetti della comunità politica in cui vivevano.

1. L'Antica Grecia: il rapporto tra medicina e corpo, tra sapienza e potenza

In Grecia, a partire da tempi antichissimi -stando ad alcune fonti addirittura da prima della guerra di Troia¹²- era diffuso il culto di Asclepio, figura mitologica

¹⁰ Si pensi ad esempio al fatto che già prima del diffondersi del cristianesimo l'isola tiberina a Roma veniva utilizzata per confinare le persone colpite da malattie infettive e in generale tutti gli infermi ritenuti "biologicamente pericolosi", evitando eventuali contagi. Cfr. Giorgio Cosmanicini, *L'arte lunga - storia della medicina dall'antichità a oggi*, Laterza, Bari 1997, pag. 87)

¹¹ La costruzione di fognature, bagni pubblici, acquedotti e sistemi vari di convogliamento delle acque stagnanti contribuì in maniera sostanziale a migliorare la situazione igienico-sanitaria dei borghi e delle città.

¹² Giorgio Cosmanicini, *L'arte lunga, op cit.*, pag 50

al quale, secondo le diverse leggende, il centauro Chirone o il Dio Apollo avrebbero confidato i segreti della medicina¹³. I templi consacrati a questo culto presentavano spesso giardini e orti, ove venivano preparate pozioni medicamentose. Nei templi i malati compivano sacrifici, facevano bagni purificatori ed esercizi fisici, assumevano preparati a base di erbe messi a punto dai sacerdoti o semplicemente dormivano il “sonno incubatorio”, nella speranza di ottenere la guarigione¹⁴. Tuttavia, la medicina mistico-religiosa conviveva con una medicina pratico-empirica di tipo artigianale.

La coesistenza tra questi due tipi di medicina non era contraddittoria. Infatti, la medicina era considerata una *techne*, termine col quale si indicavano sia le professioni basate su attività di tipo manuale-artigianale, come il fabbro o il falegname, sia quelle di tipo intellettuale, come il matematico. La medicina presentava infatti entrambi gli aspetti: da un lato si richiedevano le doti manuali e le conoscenze empirico-pratiche dei medici, dall'altro la conoscenza, intesa in senso astratto-assoluto, racchiudendo sia la “potenza” della componente fisica-manuale sia la “sapienza” necessaria ad intervenire efficacemente sull'organismo umano. E' stato osservato come Omero distinguesse i due significati, differenziando la *techne*, conoscenza empirico pratica, dalla *mantica*, arte divinatoria legata a pratiche religiose, tesa alla conoscenza pura di tutte le cose presenti, passate e future, visibili e invisibili¹⁵.

Riti e rimedi di queste due diverse tipologie di medicina, filtrate in Grecia attraverso le culture¹⁶ egizia ed assiro-babilonese¹⁷ hanno convissuto

¹³ Giorgio Cosmacini, *L'arte lunga, op cit*, pag. 7. L'autore evidenzia che probabilmente, il culto era andato a sostituirsi ad una “tradizione curativa sacrale”, diffusa nel Peloponneso ed in Grecia continentale in età pre-ellenica, “gestita dalle sacerdotesse della Luna”. Nei pressi dei santuari dedicati a tale culto, si trovavano molti salici, le cui note virtù curative sarebbero state attribuite ai “magici poteri lunari”.

¹⁴ Giorgio Cosmacini, *L'arte lunga, op cit* pag. 50-52.

¹⁵ Giorgio Cosmacini, *L'arte lunga, op cit*, pag. 15. Ovviamente, gli uomini non possono che avere una visione parziale della pura “sapienza”, poiché “sapiente è colui che sa per natura”.

¹⁶ Anche la civiltà egizia e quella assiro-babilonese avevano in comune due tipi di medicina: quella empirica “dei medici” e quella mistico religiosa dei maghi

parallelamente, senza che si perdesse la consapevolezza della inscindibile dualità delle componenti di “sapienza” e “potenza” riconducibili all’attività di cura del corpo.

Ed è proprio partendo dal rapporto tra “sapienza”, tanto del guaritore che del malato, e “potenza”, intesa come capacità di incidere sulla vita del paziente¹⁸, che si muovono le prime riflessioni volte a valorizzare la libertà di scelta e la consapevolezza di chi si sottopone a terapie mediche come prerogativa dell’uomo libero.

1.a. Sapienza-potenza (del medico), padronanza del corpo (del paziente), sovranità politico-giuridica e struttura democratica della società: prime riflessioni di Ippocrate

Ippocrate di Coa fu uno dei primi medici greci a rifiutare l’attribuzione delle malattie a cause soprannaturali. Egli, riferendosi all’epilessia, chiamato “male sacro” a causa dei suoi sintomi, sosteneva infatti che, se tutti i fenomeni incomprensibili all’uomo venissero ritenuti di origine divina, sarebbero state molte le malattie da considerarsi “sacre”, e riteneva più proficuo impegnarsi per comprenderne le cause ultime¹⁹.

Egli ripudiò la “medicina antica”, ossia quella di tipo mistico, assumendo un metodo razionale, il quale probabilmente risentiva della filosofia “naturalistica”

¹⁷ Giorgio Cosmacini, *L’arte lunga, op cit*, pag. 33. L’autore osserva come il codice di Hammurabi prevedesse pene particolari per i guaritori imperiti (ad esempio, il taglio delle dita per il guaritore che, volendo incidere un ascesso dell’occhio, cagionò una lesione a questo organo), deducendo che ciò potrebbe indicare l’esistenza di regole e standard dell’arte medica già nell’antica Mesopotamia.

¹⁸ Colui che si affida al medico o al chirurgo deve sapere che i suoi rimedi possono determinare un beneficio, ma anche ulteriore sofferenza, lesioni o addirittura la morte.

¹⁹ Giorgio Cosmacini, *L’arte lunga, op cit*, pag. 58: “*Per nulla, mi sembra, [esso] è più divino delle altre malattie o più sacro, ma ha struttura naturale e cause razionali; gli uomini tuttavia lo ritengono in qualche modo opera divina per inesperienza e stupore, giacché per nessun verso assomiglia alle altre. E tale carattere divino viene confermato per la difficoltà che essi hanno a comprenderlo [...] . Ma se, per quanto ha di meraviglioso, questo male è ritenuto divino, molte allora saranno le malattie sacre e non una soltanto*”.

che nell'isola di Coo, come in tutta la Ionia, era diffusa nella sua epoca²⁰, ed era caratterizzata dalla ricerca dell'origine causale dei fenomeni²¹. In realtà, le conoscenze di anatomia e di fisiologia di Ippocrate non sono particolarmente avanzate, ed alcuni suoi convincimenti si sono rivelati erronei, tant'è che ne sono derivati rimedi del tutto controproducenti, rimasti però in uso per secoli²². Tuttavia, la medicina di Ippocrate, ha un'importanza fondamentale non tanto sul piano delle conoscenze quanto sul piano metodologico e deontologico.

Sotto il primo aspetto, egli prescrive un approccio "totalizzante", che coniughi le conoscenze empiriche (fondate sull'esperienza, sull'osservazione della patologia e delle reazioni dell'organismo alla malattia ed alle cure ripudiando il metodo dei sapienti che però non conoscevano direttamente la pratica medica) con le conoscenze di tipo teorico-astratto, ritenendo che il buon medico debba conoscere anche, ma non solo, la filosofia. La "scientificità" nella diagnosi e nella prescrizione della terapie, da cui deve discendere una rispettosa "prudenza" del medico - è a lui attribuita la massima "per prima cosa non nuocere"- costituisce la premessa per creare un adeguato rapporto col paziente²³. Ippocrate reputa

²⁰ Si pensi ai filosofi quali Talete, Empedocle o Democrito. Cfr. Giorgio Cosmacini, *L'arte lunga*, *op cit*, pag. 58-60.

²¹ In particolare si fa riferimento ai filosofi "naturalisti", quali Talete e Democrito. Quest'ultimo, in particolare, chiamava *Arkè* l'origine di tutte le cose. Egli si distinse per aver intrapreso una classificazione di tutti i farmaci all'epoca conosciuti. Cfr. Jean Paul Sournia, *Storia della medicina*, Edizioni Dedalo, Bari 1994, pagg. 41-43.

²² Cfr. Jean Paul Sournia, *Storia della medicina*, *op. cit.*, pagg. 48-52. In particolare, a lui è attribuita la teoria dei "quattro umori" - sangue, linfa, bile gialla e bile nera - dal cui equilibrio dipende la salute dell'individuo e dal cui squilibrio discendono, per converso, le patologie. Molti rimedi della medicina ippocratica consistono pertanto nel riequilibrio degli umori, e sono fondati sul principio di curare "gli opposti con gli opposti", ad esempio il caldo col freddo. Ad esempio la febbre veniva associata ad un eccesso di sangue, per cui si riteneva opportuno applicare il rimedio del salasso, talora con gravi conseguenze sulla salute del paziente che risultava fortemente indebolito, senza risolvere il problema.

²³ Cfr. Mario Vegetti, *Opere di Ippocrate*, UTET, Torino, 1996, pag 168. Pose pertanto l'accento sull'importanza di intervenire solo in situazioni di reale necessità, lasciando che l'organismo reagisse il più possibile da solo (principio appunto codificato nel brocardo "per prima cosa non nuocere"): il che, in un'epoca in cui non esistevano anestetici ed in cui le abilità chirurgiche erano assai limitate, era sicuramente un principio non solo di estrema prudenza, ma anche di scientificità, poiché, vista l'alta percentuale di insuccesso dei trattamenti medici, era spesso più efficace ricorrere a quella che Galeno ed i Romani chiameranno "vis medicatrix naturae", intervenendo coi rimedi maggiormente sperimentati solo laddove ciò fosse indispensabile (cfr. *infra*)

necessari lunghi colloqui tra i due, congiuntamente ad un'accurata osservazione ed alla palpazione. Il colloquio, che si estende anche ai familiari del malato, permette al medico di valutare i sintomi nella loro globalità, tenendo conto anche delle condizioni generali di vita del paziente, della sua personalità, della sua psicologia, della sua condizione sociale, del suo "stile di vita"²⁴.

Pertanto, l' "...idea [...] dell'integrazione tra fra le diverse discipline del sapere, distinte eppure sempre unificabili in un orizzonte di compiuta penetrazione dell'esperienza", da cui discendono l'idea totalizzante e dialettica del sapere, ossia "analitico-sintetica, concreto-astratta", caratteristica della cultura greca²⁵, presupponeva un'analisi globale del sintomo, visto alla luce della persona - e della personalità - dell'ammalato e delle sue condizioni di vita²⁶, valorizzando la componente umano-antropologica del paziente e improntando il rapporto con questo sulla totale devozione e sul rispetto reciproco²⁷.

²⁴ Si parla del triangolo medico, paziente e malattia.

²⁵ Mario Vegetti, *op. cit.*, pag. 169, in cui l'autore evidenzia come Platone, nel Fedro, assumerà "il metodo totalizzante ippocratico a modello del sapere e del pensare". Il passo del Fedro a cui si riferisce può essere rinvenuto in: Platone, *Fedro*, LIV, 270, trad. a cura di Eugenio Garin e Maria Garin, IV ed., M. Lecce Editore, Verona 1952, pagg. 114 e ss. In esso, Socrate, nello spiegare che la retorica, come tutte le altre arti che mirino a definire "la natura di qualcosa", debba occuparsi anche della "natura del tutto", ossia su una "concezione totale della realtà" (cfr. *ibid*, pag. 115, nota 2), **osservava che sia nella medicina sia nella retorica** "...si tratta di definire la natura di qualcosa, del corpo nell'una, dell'anima nell'altra, se vuoi: apportare sanità e forza somministrando medicine e nutrimento non per semplice pratica o empiria, ma arte; all'altra, infondere le convinzioni e la virtù dei desideri, offrendole discorsi e norme d'attività..." (ibid, 270b, pag. 115). Nel prosieguo del dialogo, Socrate e Fedro, **facendo riferimento alla filosofia di Ippocrate**, concordano sul fatto che, senza tener conto della "natura del tutto", non sia possibile neanche "studiare il corpo" (ibid, 270b, pag. 115-116), al che Socrate soggiungeva: "Esamina dunque ciò che dicono sulle cose della natura Ippocrate e la retta ragione. O non è così che si deve ragionare sulla natura di una cosa? Prima di tutto, è semplice o composto l'oggetto rispetto a cui vorremmo essere dei tecnici e capaci al tempo stesso di render tali gli altri? In secondo luogo, se l'oggetto è semplice, esaminare le capacità naturali, quali sono e dirette a che cosa rispetto al patire. Se l'oggetto ha più aspetti, dopo averli contati, vedere per ciascuno di essi ciò che si è visto per l'aspetto unico, cioè le capacità naturali per cui fa alcunché e da cosa patisce...Il metodo, senza questi procedimenti, sarebbe simile all'andare d'un cieco...". Socrate concludeva che lo studio e l'insegnamento debbano vertere sulla "la natura essenziale dell'oggetto" cui si riferiscono: "e questo è l'anima".

²⁶ Il metodo proposto da Ippocrate teneva presente non solo l'esposizione dei sintomi della malattia da parte del paziente, ma persino la narrazione dei suoi sogni. Cfr. Mario Vegetti, *op. cit.*, pag. 335.

²⁷ Infatti, la terapia non era mai imposta, ma suggerita, concordata ed illustrata al malato, cercandone sempre il coinvolgimento e la partecipazione. Jean Paul Sournia, *op. cit.* pag. 51.

L'approccio totalizzante e la ricerca delle cause ultime assumeranno un ruolo centrale nel pensiero di Ippocrate. Infatti, la sua intuizione fondamentale risiede proprio nell'aver compreso l'esistenza di un nesso tra le varie componenti che incidono sull'organismo umano (sonno, esercizio fisico, igiene, alimentazione, purezza delle arie e delle acque²⁸) e la necessità della ricerca di un "equilibrio" tra di esse (da lui definito "isonomia") al fine di prevenire l'insorgere di patologie, determinate dalla prevalenza di un principio sugli altri, o "monarchia"²⁹.

Ed è proprio attraverso la sintesi di tutte queste molteplici variabili che Ippocrate arriverà alla conclusione più rilevante, più affascinante e più sorprendente ai fini che qui interessano. Egli giungerà infatti a sostenere **l'esistenza di un nesso ben preciso tra la salute del paziente e la struttura politica della sua comunità**. Muovendo da alcune osservazioni relative alle condizioni igieniche, "ambientali" e sociali in cui vivono diversi popoli, egli conclude che la democrazia avrebbe effetti benefici sulla salute dell'intera popolazione. La teorizzazione di un legame tra regime politico e salute si rinviene nell'opera di Ippocrate intitolata "*Le arie, le acque, i luoghi*", presumibilmente risalente al 430-410 a.c., in cui sono presenti numerose osservazioni a questo proposito, al punto da poter essere annoverata "tra i classici del pensiero

²⁸ Ippocrate comprese infatti il legame tra alcuni determinanti fattori dello stile di vita quali il sonno, il riposo, l'alimentazione, l'igiene personale, l'esercizio fisico, e un buono stato di salute. L' intuizione dell'importanza dell'equilibrio tra i vari aspetti dello stile di vita era estremamente valida, quantunque si basasse su un erroneo presupposto teorico, cioè il già menzionato equilibrio tra i quattro umori. Cfr. Giorgio Cosmacini, *L'arte lunga, op cit*, pagg. 70-71

²⁹ Da qui, Ippocrate arrivò ad elaborare il concetto di dieta, o regime, per uno stile di vita sano basato sul necessario periodo di sonno, sugli esercizi fisici adeguati, sulla giusta attività sessuale. Si vedrà *infra* nel successivo paragrafo come il concetto di dieta/regime ippocratico si estenda ben oltre al significato odierno, andando a ricomprendere non solo le pratiche volte a tutelare la salute, ma anche il buon governo della città.

Riguardo all'igiene, si rileva che anche in alcune versioni del mito di Asclepio la componente igienica viene presa in considerazione: Asclepio aveva due figlie, Igea e Panacea. La prima era colei che insegna i metodi del vivere sano, la seconda è colei che tutto guarisce, all'origine dei farmaci (Jean Paul Sournia, *op. cit.*, pag. 40).

politico”³⁰. Emblematico risulta essere un passo nel quale si evidenzia un parallelismo tra la “forma di Stato”, di tipo monarchico, totalitario ed assolutistico esistente in molte terre dell’Asia e la tipologia di medicina, di tipo mistico-religioso ivi praticata:

*“Son deboli i popoli dell’Asia, e inoltre per le loro istituzioni. Gran parte dell’Asia infatti è retta a monarchia. Laddove gli uomini non son signori di se stessi e delle loro leggi, ma son soggetti a despoti, [...] a loro, è naturale, tocca la necessità di combattere e soffrire e morire in pro dei padroni”*³¹.

Effettivamente, dal complesso dei principi della medicina ippocratica si coglie l’esistenza di una loro possibile relazione con la struttura democratica della sua nativa Coa. Si parla, a questo proposito, di “iatrodemocrazia”, proprio perché il fatto di porre il paziente al centro dell’attenzione, tenendo conto di tutte le sfaccettature della sua personalità, della sua storia e delle sue condizioni fisiche, valorizzandone la partecipazione alla cura di sé, risponde alle stesse esigenze di “*buon governo della città, al regime democratico con finalità di armonia civile e salute pubblica*”³².

Secondo Ippocrate, la democraticità di una società si riflette anche sul tipo di medicina che vi si pratica. Egli ritiene che ciò che mancava alla medicina dei popoli asiatici, spesso di tipo mistico-religioso, è l’isonomia³³ necessaria al raggiungimento dello stato di salute. Infatti, la violazione dell’equilibrio isonomico, dovuta alla prevalenza di un principio su tutti (monarchia), non può che avere conseguenze negative.

Ippocrate evidenzia come ciò che vale per la salute abbia una rispondenza anche sul piano delle istituzioni. Quando il despotismo e gli interessi di pochi

³⁰ Mario Vegetti (a cura di), *Opere di Ippocrate*, pag 167

³¹ *Ibidem*, pag. 192.

³² *L’arte lunga* pag. 66

³³ Come si è detto *supra*, in questo paragrafo, con tale espressione Ippocrate si riferisce all’“equilibrio tra i principi” che costituiscono e regolano il corpo umano.

opprimono la popolazione³⁴ con detrimento per l'intera società, anche la salute ne risente. Ma vi è di più: non sono solo le istituzioni e lo *status* formale degli individui nella società, ma anche le condizioni sociali, a determinare una "patologia", specialmente le prevaricazioni dei più ricchi sui più deboli³⁵. Ne discende che "*il medico non poteva quindi sottrarsi ad un'analisi sociale, oltreché ambientale, della situazione...*", e non poteva che vedere con sfavore "*il regime fondato su ischùs, la forza bruta che trova giustificazione solo in se stessa e che pertanto si iscrive nella figura di hybris*"³⁶.

1.b. Il concetto ippocratico di "dieta", o "regime", e la sua rilevanza politica

Sulla base di quanto osservato, Ippocrate elabora il concetto di "dieta" o "regime", che indica l'insieme dei comportamenti da tenere per preservare l'isonomia. Esso estende il suo significato ben oltre la sua odierna accezione, legata all'alimentazione, andando ad includere l'intero stile di vita, anche alla luce delle condizioni economiche e sociali dell'individuo. Ad esso risulta quindi essere correlato anche il buon governo, il quale dovrebbe essere finalizzato al benessere

³⁴ Ibidem, pag. 168. L'autore osserva come ciò avvicini Ippocrate "*all'ambiente della democrazia ionica e attica*", connettendolo "*al gruppo pericleo da Anassagora a Tucidide a Socrate*".

³⁵ In particolare, l'autore richiama (pag. 168) i passi dell'opera "*Le acque, l'aria, i luoghi*" (*ibidem*, pagg. 191-200), in cui, parlando della popolazione asiatica degli Sciti, Ippocrate evidenziava come la sterilità colpisse in particolare gli uomini ricchi, che cavalcavano molto, e non i poveri, che invece andavano a piedi, nonché le donne ricche, le quali erano molto grasse, e non le schiave, al contrario molto magre. Ippocrate osservava, non senza ironia, che gli dei, ritenuti dagli autoctoni la causa dell'incapacità a procreare, non potevano essere realmente responsabili, in quanto sarebbe stato presumibile che avrebbero favorito i ricchi, i quali, grazie alle proprie sostanze, potevano permettersi di compiere un maggior numero di sacrifici per ottenerne i favori.

³⁶ Ibidem, pag. 168. L'autore sottolinea come solo pochi anni dopo anche Tucidide identificasse le cause della guerra del Peloponneso nel fatto che Atene avesse scelto *ischùs* e *hybris*, negando la democrazia "*in nome della prevaricazione politico sociale che –insegnava Ippocrate- era negativa e patologica*".

Infatti, Ippocrate annovera come patologia riconducibile alla condizione di sottomissione l'indolenza dei popoli retti dalla monarchia, poco propensi a compiere atti coraggiosi di cui avrebbero beneficiato i tiranni, al contrario dei popoli liberi (cfr. Op Ult. Cit., *ibidem*, Cap. XXIII, pagg 199-200).

Come si è detto, Platone farà proprio il metodo "totalizzante" ippocratico del sapere (cfr. *supra*, nota 25).

dei singoli e della collettività, sia sul piano politico sia sul piano della salute generale e individuale.

Per questo, la portata innovatrice del pensiero di Ippocrate andrebbe ravvisata nel fatto che egli “...individua il nesso tra *physis* e *nomos*, che fa di quest’ultimo lo strumento di libertà mediante il quale gli uomini possono superare, o aggravare, le contraddizioni della situazione ambientale; nel *nomos*, a sua volta, viene introdotta una problematicità di scelte tra regimi che sfuggiva alla critica storica della sofistica; [...] l’intuizione che, oltre alla natura, è anche l’assetto storico-sociale che condiziona la salute, nel suo senso più ampio...”³⁷.

Il malato doveva dunque essere reso partecipe della gestione della propria malattia, così come il cittadino doveva essere reso partecipe della gestione della *polis*. Per questo, la terapia non doveva mai essere imposta, ma sempre concordata e spiegata. Il medico poteva al più tentare di persuadere rispettosamente il paziente, ma senza prevaricazioni.

Il rispetto e la totale dedizione verso il malato appaiono evidenti anche nel documento che, per la sua valenza simbolica, è rimasto maggiormente radicato nella cultura medica occidentale, ossia il giuramento³⁸. E’ stato evidenziato che

³⁷ Mario Vegetti (a cura di), *Opere di Ippocrate*, p. 168.

³⁸ “Giuro per Apollo medico e per Asclepio e per Igea e per Panacea e per tutti gli Dei e le Dee, chiamandoli a testimoni che adempirò secondo le mie forze e il mio giudizio questo giuramento e questo patto scritto. Terrò chi mi ha insegnato quest’ arte in conto di genitore e dividerò con Lui i miei beni, e se avrà bisogno lo metterò a parte dei miei averi in cambio del debito contratto con Lui, e considererò i suoi figli come fratelli, e insegnerò loro quest’arte se vorranno apprenderla, senza richiedere compensi né patti scritti. Metterò a parte dei precetti e degli insegnamenti orali e di tutto ciò che ho appreso i miei figli del mio maestro e i discepoli che avranno sottoscritto il patto e prestato il giuramento medico e nessun altro. Sceglierò il regime per il bene dei malati secondo le mie forze e il mio giudizio, e mi asterrò dal recar danno e offesa. Non somministrerò a nessuno, neppure se richiesto, alcun farmaco mortale, e non prenderò mai un’ iniziativa del genere; e neppure fornirò mai a una donna un mezzo per procurare l’aborto. Conserverò pia e pura la mia vita e la mia arte. Non opererò neppure chi soffre di mal della pietra, ma cederò il posto a chi è esperto di questa pratica. In tutte le case che visiterò entrerò per il bene dei malati, astenendomi ad ogni offesa e da ogni danno volontario, e soprattutto da atti sessuali sul corpo delle donne e degli uomini, sia liberi che schiavi. Tutto ciò ch’io vedrò e ascolterò nell’esercizio della mia professione, o anche al di fuori della professione nei miei contatti con gli uomini, e che non dev’essere riferito ad altri, lo tacerò considerando la cosa segreta. Se adempirò a questo

questo testo, in realtà, contiene alcuni elementi di paternalismo, con particolare riferimento al divieto per il medico di cagionare l'aborto e - soprattutto - la morte del malato grave che espressamente ne faccia richiesta³⁹. Sebbene questa osservazione sia pertinente, si ritiene che essa non infici l'estrema rilevanza dell'apporto di Ippocrate sull'etica professionale medica nei confronti della volontà dell'individuo. E' infatti necessario considerare il giuramento nel contesto storico in cui è stato concepito. Esso va dunque interpretato come una norma di prudenza, indice del profondo rispetto che Ippocrate richiede al medico verso i propri pazienti, in contrapposizione alle medicine di tipo mistico ed alle prevaricazioni, anche fisiche, perpetrate soprattutto verso i più disagiati e verso i sudditi di società tiranniche.

1.c. Soggettività politico-giuridica, medicina e pubblici poteri: Platone

La consapevolezza dell'esistenza di un nesso tra lo stile di vita e la salute, indice di questa visione totalizzante della scienza e dell'individuo, sia nella dimensione spirituale che in quella corporea, è riscontrabile in diverse abitudini degli antichi Greci, la cui massima espressione è probabilmente quella dei giochi olimpici⁴⁰.

Tuttavia, come già accennato, sul piano istituzionale, nell'antica Grecia non esistevano veri e propri interventi pubblici a tutela della salute - se si escludono le pratiche religiose volte a suscitare la benevolenza degli dei nell'evitare epidemie - anche perché, a ben vedere, le conoscenze riguardanti le malattie erano limitate e

giuramento e non lo tradirò, possa io godere dei frutti della vita e dell' arte, stimato in perpetuo da tutti gli uomini; se lo trasgredirò e spergiurerò, possa toccarmi tutto il contrario”.

³⁹ Cfr. José Miola, *Medical Ethics and Medical Law: A Symbiotic Relationship*, Hart Publishing, Oxford 2007, pagg. 21-23.

⁴⁰ Cfr. Luciano Sterpellone, *La medicina greca*, Edizioni Essebiemme, Roma, 2002, cap. XIII.

le loro cause non erano state ben identificate⁴¹. Ciononostante, l'intuizione che medicina, politica e diritto presentino delle analogie e siano in qualche modo legati è presente in molti autori posteriori ad Ippocrate. In particolare, spesso la buona pratica medica viene presa come termine di paragone per la buona pratica legislativa e per una corretta amministrazione della giustizia⁴².

Il rapporto tra Stato e medicina venne preso in considerazione da Platone, nelle *“Leggi”*. In questa opera, vengono individuati due modi per fare medicina. Il primo di essi era da riservarsi agli schiavi, e richiedeva che il medico non fornisse o domandasse *“ragione alcuna intorno alle singole malattie di ciascuno”*, prescrivendo invece *“ciò che gli sembra opportuno in base all'esperienza che ha, come se fosse perfettamente competente, con vanagloria come un tiranno, e quindi se ne va da un altro schiavo malato, e allevia così al padrone la cura dei malati”*⁴³.

Il secondo tipo di medicina era invece riservato ai liberi, ed in esso si coglie un approccio attento al paziente, alla sua volontà, ai suoi desideri ed è impostato come dialogo tra medico e paziente: *“il medico (...), invece, cura e studia nella maggior parte dei casi le malattie dei liberi, esaminandole sin dal principio e secondo la loro natura, e rende partecipe l'ammalato stesso e i suoi amici della sua indagine e lui stesso apprende qualcosa dai malati, e, nello stesso tempo, per quanto gli è possibile, insegna al malato; e non prescrive nulla prima di averlo convinto, e allora, rendendo docile e preparando il paziente mediante la persuasione, tenta di riportarlo perfettamente alla salute”* (il grassetto è aggiunto)⁴⁴.

⁴¹ Della pestilenza che colpì Atene nel 430 a.c., di cui fornisce un'accurata descrizione Tucidide, non si riuscì a capire le cause, né si riuscì ad intuire come arrestare il contagio. Di conseguenza, nessuna misura coercitiva venne presa a questo scopo, anche se si intuiva che la vicinanza coi malati aumentava il rischio di contrarre la malattia. Cfr. *L'arte lunga, op.cit.*, pag...

⁴² Platone, *Gorgia*, in Nicola Abbagnano (a cura di), *I classici della filosofia*, Utet, Torino 1987, pag. 391.

⁴³ Platone, *Leggi*, 720c6.

⁴⁴ Platone, *Ibid.*

L'aspetto rilevante di tale distinzione risiede proprio nel fatto che gli schiavi dovevano essere curati dal medico non solo in modo superficiale, tale da non impiegare troppe risorse ed energie, ma addirittura "tirannico", termine questo che appare a dir poco emblematico. L'utilizzo di questa espressione risulta infatti di grande rilevanza sotto il profilo politologico, in quanto indica come il concetto di persona sia strettamente legato alla effettiva capacità di avere una sovranità ed un controllo consapevole di quello che avviene sul proprio corpo. Quindi, lo schiavo, essendo sprovvisto dello *status* di persona ed essendo soggetto al potere incondizionato del padrone, viene curato senza neppure essere adeguatamente informato e senza che possa gestire in proprio e con cognizione di causa la malattia, o dialogare col medico riguardo alle misure da prendere. Il medico si preoccupa che lo schiavo non divenga un pericolo per gli altri, assicurandosi che non contribuisca al propagarsi della malattia e ricominci al più presto a lavorare.

Al contrario, la persona libera viene resa edotta della sua malattia, poiché il medico, "per quanto possibile, insegna al malato", parla con i familiari e con gli amici, "apprende" egli stesso "qualcosa dal malato", e soprattutto non prescrive nulla prima di averlo convinto della necessità della cura, secondo un metodo pienamente rispettoso della sua volontà⁴⁵.

E' interessante notare come Platone sostenga anche la necessità di non delegare ai medici la cura di quelle patologie derivanti dagli eccessi alimentari, dall'ozio e da altri vizi a cui l'individuo volontariamente si sottopone⁴⁶. Anche in

⁴⁵ E' necessario osservare, tuttavia, che Platone, nel Fedro, ritiene che la retorica possa ben essere utilizzata al fine di convincere un malato a sottoporsi ad una terapia.

⁴⁶ Platone, *La Repubblica*, in Nicola Abbagnano (a cura di), *I classici della filosofia*, Utet, Torino 1987, pag. 390. In questo passo, si pone in evidenza come il diffondersi in una città di atteggiamenti di "sfrenatezza" e di immoralità dia luogo ad un ricorso eccessivo alla giustizia ed alla medicina, che potrebbero essere evitati mantenendo comportamenti onesti e morigerati. "*Ma se in una città si diffondono la sfrenatezza e le malattie, non si aprono forse molti tribunali e ambulatori, e non sono tenute in onore l'arte giudiziaria e quella medica, quando molti uomini liberi si dedicano a queste attività con passione? [...]Ma quale prova maggiore dell'educazione cattiva e disonorevole nella città potrai addurre del fatto che necessitino di medici e giudici eccellenti non solo le persone dappoco e i lavoratori manuali, ma anche coloro che si danno l'aria di aver ricevuto un'educazione liberale? Non ti sembra una grave e vergognosa prova di incultura l'essere costretti a ricorrere a una giustizia presa a prestito da altri, in qualità di padroni e giudici,*

questo caso, il filosofo coglie uno dei nessi fondamentali del rapporto tra medicalizzazione, autodeterminazione e controllo di sé: il delegare al medico l'individuazione di ciò che è bene e ciò che è male, ciò che è patologico da ciò che è sano, senza volere, in qualche modo, partecipare attivamente alla cura di sé, attraverso comportamenti "salutistici" adeguati, implica una deresponsabilizzazione del paziente, il quale non viene posto più di fronte alle conseguenze del proprio comportamento e della propria mancanza di morigeratezza, divenendo vittima dei propri vizi e delle proprie passioni⁴⁷.

L'abbandonarsi alla frivolezza dà l'illusione di poter sfuggire al corso naturale di eventi, quali l'invecchiamento, che non possono certo essere attribuiti ad una patologia guaribile. A questo proposito, Platone effettua un paragone tra la medicina e la giustizia, sostenendo che gli eccessi cui si abbandonano gli individui non possano essere risolti né con l'una né con l'altra: la virtù e l'autocontrollo sono dunque condizioni essenziali tanto per il buon funzionamento della *polis* quanto per la salute⁴⁸.

*per la mancanza di una propria? [...]Ma non ti sembra ancora più vergognoso...quando uno non solo trascorre la maggior parte della vita nei tribunali a sostenere e intentare processi, ma è persino indotto dal cattivo gusto a vantarsi della propria abilità nel commettere ingiustizie e della propria capacità di attuare ogni sorta di raggio, di trovare con destrezza ogni scappatoia e di cavarsela in modo da restare impunito, e questo per sciocchezze di nessun valore, ignorando quanto sia più bello e più onesto regolare la propria vita in modo tale da non aver bisogno di un giudice sonnacchioso? [...]". **E con specifico riguardo alla medicina:** "E ricorrere alla medicina...non solo per ferite o per certe malattie che si ripetono ogni anno, ma anche perché, a causa della pigrizia e del regime di vita che abbiamo descritto, ci si riempie di umori e vapori come le paludi, e costringere i dotti Asclepiadi a dare alle malattie i nomi di flatulenze e catarri, non ti sembra vergognoso?". Sembra anche che si critichi l'eccessivo ricorso alla medicina, finalizzato al sopravvivere più a lungo possibile e ad ogni costo: narrando la storia di Erodico, un maestro di ginnastica il quale, nonostante una malattia, riuscì ad arrivare "mezzo morto" alla vecchiaia attraverso un rigidissimo regime e continui esercizi, osserva: "in ogni città governata con buone leggi a ciascuno è assegnato un compito da eseguire, e nessuno ha tempo libero per stare malato e curarsi tutta una vita" (ibid, 392).*

⁴⁷ *ibidem*. Sembra quasi che si prelude alla concezione kantiana di autonomia, secondo cui l'essere autonomi implicava non tanto il poter fare ciò che si vuole in modo arbitrario e senza alcuna regola, ma al contrario consista nella capacità di darsi autonomamente delle regole rispondenti all'imperativo categorico (vedi *infra*). Così come il buon cittadino evita di abusare della giustizia, la persona equilibrata non deve ricorrere al medico per quelle patologie derivanti dagli eccessi, ma deve evitare questi ultimi.

⁴⁸ *Ibidem*.

Si può concludere che gli antichi Greci avessero arguito l'esistenza di un nesso, o comunque di alcune analogie, tra il controllo e l'autocontrollo del corpo, la personalità giuridica e la sovranità politico-giuridica.

1.d. Aristotele: riflessioni su politiche pubbliche della salute e iato tra medicina filosofica e medicina pratica

Le riflessioni sulla correlazione tra salute/corpo e *polis* vengono riprese da Aristotele. I suoi studi in materia di medicina ed anatomia, ma anche di biologia, alle quali si era attivamente dedicato, ebbero rilievo fondamentale per gli sviluppi della medicina ellenistica (diffusasi anche a Roma), medievale ed araba.

Aristotele, specialmente nella prima parte della sua produzione filosofica, riprendeva l'unità e l'approccio metodologico ed ermeneutico totalizzante che Ippocrate e Platone sostenevano dovesse essere adottato per tutte le arti e tutti i campi del sapere⁴⁹. Tuttavia, pur conferendo un ruolo di grande spicco alla medicina e all'anatomia, relega in una posizione di inferiorità la medicina "pratica" rispetto alla medicina "teorica": solo quest'ultima viene ritenuta disciplina scientifica in senso stretto, poiché la prima ricerca la salute del paziente e non l'idea di salute⁵⁰.

Questo fatto è una conseguenza dell'impostazione filosofica di Aristotele in merito al problema della conoscenza. Però, via via che matura il suo distacco dalla filosofia platonica, egli si orienta sempre di più verso indagini particolari sulla natura, e cioè verso una forma molto accentuata di empirismo. Si convince infatti che la ricerca delle cause prime deve partire dalla realtà concreta⁵¹, quindi dallo

⁴⁹ Jean Paul Sournia, *Storia della Medicina*, op. cit., pagg. 51-53.

⁵⁰ Fernando Pascual, *Aristotele e Bioetica*, in *Alpha Omega*, X, n. 3, 2007, pp. 423-452

⁵¹ Cfr. Aristotele, *Etica Nicomachea*, in Lucia Caiari (a cura di), UTET, Torino, 1996, pagg. 350-353: "Cosciché la sapienza sarà intelletto e scienza, scienza per così dire fornita della testa e concernente le realtà di maggior valore. E' assurdo infatti credere che la scienza più elevata sia la

studio della natura (anche degli animali più minuti e apparentemente insignificanti), come si evince dai volumi della *Fisica*; inoltre, per procedere ulteriormente nella ricerca delle leggi naturali, ritiene necessario elaborare la storia delle varie discipline scientifiche, dalla geometria all'astronomia, risalendo anche alle testimonianze più remote⁵².

Nonostante la vocazione unitaria delle trattazioni aristoteliche, la partizione e l'analisi dettagliata delle varie discipline enfatizza le particolarità di ciascuna di esse. Perciò, i filosofi dell'età successiva si orienteranno verso la cultura scientifica specializzata. Questa divisione delle varie branche del sapere sarà perpetuata in epoca ellenistica (soprattutto dalla scuola di Alessandria, di Rodi e di Pergamo) e si protrarrà fino alla fine dell'età moderna. Per quanto attiene alla medicina, però, l'aspetto speculativo continuerà a prevalere su quello concreto. La conseguenza sarà che i chirurghi, i dentisti e gli altri "pratici" godranno di minor dignità e si troveranno talora in una posizione antagonistica rispetto ai medici teorici, colti, magari esperti in filosofia ed in altre discipline umanistiche, ma spesso non in grado di eseguire alcun tipo di intervento concreto sul paziente.⁵³

Il grande interesse che Aristotele nutre nei confronti delle scienze naturali fa sì che le sue conoscenze nel settore si coniughino anche alle sue riflessioni politologiche. Nella *Politica*, egli paragona *la polis* ad un organismo, costituito da tante entità, gli uomini, che, proprio come i diversi organi del corpo, non possono

politica oppure la sapienza, se l'uomo non è l'essere migliore tra quelli che esistono nel mondo... Poiché la scienza è un giudizio sugli universali, e sugli esseri che esistono per necessità, e poiché esistono principi delle cose dimostrabili e di ogni scienza (infatti la scienza è accompagnata dal ragionamento) del principio di ciò che è oggetto di scienza, non esisteranno né scienza né arte né saggezza: ciò che è oggetto di scienza è dimostrabile...". Di particolare rilievo è la critica ai filosofi "naturalisti" Anassagora e Talete per il loro distacco dalle cose concrete: "...Perciò Anassagora e Talete e gli uomini di tal genere si dicono sapienti ma non saggi, quando si vede che ignorano ciò che a loro torna utile, e si dice che conoscono cose fuori del comune, meravigliose, difficili e divine, ma inutili, perché essi non ricercano i beni umani" (ibid.)

⁵² Paolo Rossi, *Lecture di storia della filosofia*, Vol I., Laterza, Bari, 1966, pag. 91. L'autore evidenzia come a questo fine egli abbia elaborato una grande opera di insieme, "di mole enciclopedica, ma di ispirazione unitaria", in cui acquista importanza, per la prima volta, la necessità di una concezione unitaria delle scienze.

⁵³ Cfr. *infra*. Questo iato tra la medicina teorica e quella pratica andò a detrimento dello sviluppo della scienza medica fino all'età moderna (conoscenze teoriche non suffragate da riscontri concreti)

vivere separatamente. Per questo, auspica il mantenimento di un equilibrio demografico al fine della conservazione della salute nella città e del raggiungimento dell'autarchia e ritiene necessarie misure quali il controllo delle nascite, utilizzando perfino l'aborto, la fissazione di un'età ideale per i matrimoni e la procreazione, l'esposizione alle intemperie dei bambini infermi, e così via⁵⁴.

Si noterà che le pratiche qui indicate denotano una concezione politica autoritaria, in cui l'autodeterminazione dell'individuo è sacrificata al ruolo che ciascuno è chiamato a svolgere nella *polis*. Le conoscenze mediche vengono indirizzate al controllo dei comportamenti della popolazione, all'educazione dei singoli ed alla creazione di una disciplina finalizzata all'armonia della comunità⁵⁵.

2. La medicina nell'Antica Roma: dall'iniziale diffidenza fino alla capillare diffusione

2.a. Lo scetticismo della Roma classica verso la medicina greca e valorizzazione della "autocura consapevole" come affermazione della propria soggettività, della propria identità e della propria libertà

Nonostante l'acutezza delle osservazioni di Ippocrate e dei suoi discepoli, oltretutto di quelle di Aristotele e dei medici di età ellenistica che seguirono, le conoscenze mediche restarono per millenni piuttosto scarse: in età antica, ma, come vedremo in seguito, anche in epoche molto recenti, persistevano credenze

⁵⁴ Fernando Pascual, *op. cit.*, pagg. 450-451. Un esempio lo si trova nel seguente passo: "*Se il legislatore deve badare fin da principio che i bambini siano nelle migliori condizioni fisiche, deve innanzitutto volgere la sua attenzione al congiungimento dei sessi, stabilendo l'età adatta e i requisiti delle persone che devono contrarre un legame matrimoniale. Per dar vita a una legislazione sulla comunità familiare bisogna tener conto dei due coniugi, ma anche del ciclo temporale della vita, poiché con le loro età essi arrivino insieme alla stessa condizione favorevole con l'uomo ancora capace di generare e la donna non più o viceversa...in secondo luogo bisogna pensare ai figli...non ci deve essere troppa differenza di età tra padri e figli...ma neppure questa differenza deve essere troppo esigua. In terzo luogo...bisogna badare che la costituzione fisica dei fanciulli corrisponda alla volontà del legislatore*" (cfr. Aristotele, *La Politica*, in Nicola Abbagnano (a cura di), *Politica e Costituzione di Atene*, UTET, Torino, 1955, pag.320).

⁵⁵ Fernando Pascual, *op. cit.*, 451.

religiose e superstizioni relative alla medicina, da cui derivavano comportamenti individuali e collettivi controproducenti per la salute. Erano molto diffusi i ciarlatani, che di solito non erano facilmente distinguibili dai medici veri e propri, i quali spesso, a causa della scarsità ed erroneità delle conoscenze dell'epoca, non riuscivano comunque a guarire i propri pazienti, con la conseguenza che la professione medica trovò in molti casi resistenze ed ostilità.

Ed è proprio per questo che, almeno inizialmente, la medicina greca si diffuse con una certa difficoltà a Roma⁵⁶. Qui, le cure somministrate ai malati si basavano su rimedi tradizionali, tramandati di generazione in generazione, di cui spesso il depositario era il *pater familias*⁵⁷.

In questo contesto, il pragmatismo romano e la struttura gerarchica della società non lasciavano molto spazio alla filosofia degli eruditi medici greci, che già a partire dal II sec a.c. erano presenti a Roma⁵⁸.

Le maggiori resistenze al diffondersi della medicina greca furono opposte dall'aristocrazia e dal senato nella prima età repubblicana fino alla prima età imperiale; ed è di notevole rilievo il fatto che, alla base dello scetticismo, vi fosse il timore che ricorrere alla dottrina e alla cultura altrui, delegando le scelte terapeutiche, desse luogo ad una perdita del controllo sul proprio corpo,

⁵⁶ Il primo medico greco a Roma di cui si abbia notizia era Arcagato, giunto a Roma nel 219 a. C. circa. Tuttavia, il primo medico a riscuotere un certo successo fu Asclepiade. Jean Paul Sournia, *Storia della medicina*, op. cit., pag. 58.

⁵⁷ I rimedi in questione consistevano nella somministrazione di pozioni ed alimenti a base di erbe, accompagnati da rituali e preghiere in favore delle divinità. E' molto diffusa l'idea che si debba lasciar stare alla natura. Tito Livio farà riferimento alla "*magna vis medicatrix naturae*", intervenendo il meno possibile cfr. (Jean Paul Sournia, *Storia della medicina*, op. cit., pag. 63). Inoltre, nella medicina romana erano presenti retaggi della cultura etrusca, fondata su una visione mistico-religiosa della malattia da cui avevano avuto origine pratiche basate sulle divinazioni di sacerdoti e aruspici. Cfr. Clotilde D'Amato, *Vita Costumi degli antichi romani - La medicina*, Edizioni Quasar, Roma 1993, pag 21.

⁵⁸ Cfr. Clotilde D'Amato, *Vita Costumi degli antichi romani - La medicina*, Edizioni Quasar, Roma 1993, pag 13. La leggenda narra che sull'isola Tiberina era stato eretto un tempio, dedicato ad Asclepio per nascondere il divino serpente raccolto nel tempio del dio ad Epidauro. Il serpente era stato portato da una nave, tant'è che l'isola Tiberina stessa ha la forma di una nave ancorata in mezzo al Tevere (cfr. Giorgio Cosmacini, *L'arte lunga*, op. cit., pag. 87).

suscettibile di esporre il paziente o, addirittura, secondo i più riluttanti, tutta la società⁵⁹ al potere dei medici o dei ciarlatani, i quali approfittavano della debolezza del malato per trarre profitto, fare esperimenti o addirittura per soggiogare l'intero popolo romano⁶⁰.

Di grande interesse è la critica ai medici presente negli scritti di Plinio il Vecchio, nella *Naturalis Historia*. In quest'opera, Plinio faceva riferimento ai *Libri ad filium Marcum* di Catone il Censore, i cui originali sono andati perduti, notando come questi ritenesse che la crescente considerazione riservata da un numero sempre maggiore dei suoi concittadini ai medici di scuola greca fosse uno dei vizi di origine ellenica responsabili del degrado dei *boni mores* romani⁶¹. Catone concludeva ammonendo il figlio: "*interdixi tibi de medicis*"⁶².

Come è stato notato, oltre al pregiudizio e al rifiuto politico-ideologico verso la cultura greca, sia Plinio sia Catone non criticavano l'arte medica in sé considerata, ma la **medicalizzazione**, ossia il ricorso acritico alle cure prescritte e somministrate da medici, sulle cui abilità si nutrivano molti dubbi⁶³, il cui fondamento risultava misterioso, o comunque non sorretto da adeguate risultanze logiche, scientifiche ed empiriche, e il percorso da seguire non veniva spiegato in

⁵⁹ Vedi *infra*, in questo paragrafo, quanto si dirà a proposito di Catone il Censore e Plinio il Vecchio, entrambi strenui oppositori della medicina greca.

⁶⁰ Cfr. *infra*, nota 61.

⁶¹ "A suo tempo, o Marco, ti dirò di codesti Greci quello che sono venuto a sapere ad Atene, e come sia bene dare semplicemente un'occhiata alla loro letteratura, non studiarla a fondo. Ti dimostrerò che sono una razza di gente perversa e indisciplinata. E questo fa' conto che te l'abbia detto un profeta: se mai codesto popolo, quando che sia, ci darà la sua cultura, corromperà ogni cosa; e tanto più se manderà qui da noi i suoi medici. Hanno fatto un giuramento fra loro, di uccidere tutti i barbari con la medicina: ma lo fanno a pagamento, perché non si diffidi di loro e possano più facilmente mandarci in rovina. Anche noi chiamano barbari, anzi più degli altri ci disprezzano infamandoci con lo sconcio appellativo di *Opici*". Guardati dai medici, te lo impongo" Marco Porcio Catone, *Libri ad Marcum Filium*, framm 1 Jordan, in Plinio Il Vecchio, *Naturalis Historia*, 29, 14-15. La traduzione italiana del passo citato è tratta da G. Pontiggia, M.C. Grandi, *Letteratura latina. Storia e testi*, Milano, Principato, 1996, pag. 163).

⁶² *Ibid.*

⁶³ Jean Paul Sournia, *Storia della medicina*, op. cit., pag. 58. Va ricordato che le conoscenze mediche dell'epoca erano piuttosto limitate, e che quindi gli esercenti l'arte della medicina si confondevano con i ciarlatani, i guaritori, gli aruspici ecc. e quindi i rimedi non sempre erano efficaci, né la loro funzione aveva base necessariamente scientifica.

modo chiaro al paziente⁶⁴. A questo proposito, Plinio metteva in evidenza come i Romani si lasciassero affascinare dalla cultura greca a tal punto da seguire in modo pedissequo le indicazioni dei trattati di medicina e dei medici ellenici, rinunciando ad utilizzare i rimedi naturali conosciuti fin dall'antichità ed a tenere comportamenti morigerati. Questo atteggiamento implicava **la perdita del controllo su se stessi**, dell'autodisciplina da cui dovevano scaturire i *boni mores* dei *cives romani* e della società romana tutta, ed evidenziava una sorta di rinuncia a riflettere sulle necessità e sui limiti del proprio corpo, ad ascoltarli e ad assecondarli per curarsi in modo naturale. Condividendo le preoccupazioni di Catone, e rincarandone la dose, condannava l'atteggiamento di coloro i quali, spinti dalla speranza di guarire, si affidavano ciecamente alle cure dei medici⁶⁵, lasciandosi incantare dal loro sfoggio di erudizione⁶⁶. Talora, i rimedi proposti

⁶⁴ In effetti, è noto che Catone, nell'orto della sua abitazione a Tuscolo, coltivasse le piante necessarie a preparare tradizionali medicamenti e rimedi (di cui si trovano numerosi esempi nell'opera di Catone *De Agri Cultura*), che egli stesso preparava e somministrava ai membri della propria famiglia ed agli schiavi, vantandosi di aver raggiunto un'età considerevole per l'epoca (morì infatti nel 149 a.c., all'età di 85 anni) grazie allo stile di vita morigerato ed all'utilizzo delle sue medicine (cfr Giorgio Cosmacini, *L'arte lunga*, op. cit., pag. 86).

⁶⁵ Plinio Il Vecchio, *Naturalis Historia*, 29, 17 e ss., in Gian Biagio Conte, Emilio Pianezzola (a cura di), *Storia e testi della letteratura latina*, Le Monnier, Firenze 1999, pp. 319 e ss.: "...*Questa medica è l'unica arte greca finora rifiutata dalla dignità romana: malgrado la prospettiva di grossi guadagni, pochissimi tra i romani vi si sono dedicati, e si tratta di disertori subito passati in campo greco, tant'è vero che non gode prestigio se non chi in questa professione usa il greco, perfino presso le persone ignoranti e digiune di questa lingua: la gente in fatto di salute è più diffidente, se è in grado di capire! E così, credetemi, la medicina è la sola in cui subito ci si affida al primo venuto che si professa medico, mentre in nessun'altra impostura c'è maggior pericolo. Tuttavia non ce ne preoccupiamo, sedotti come siamo, ciascuno, della dolce speranza della guarigione. D'altra parte non c'è nessuna legge che punisca un'imperizia che può costare la vita, nessun esempio di rivalsa nei suoi confronti. I medici imparano a nostro rischio e pericolo e fanno le loro esperienze sulla pelle dei malati; solo al medico è concessa l'assoluta impunità nel commettere un omicidio. Di più, si ritorce il biasimo sul paziente, si dà la colpa alla sua indisciplinatezza, e chi è morto deve per di più subire un processo (...). Ci sta bene, perché a nessuno di noi preme sapere che cosa ci vuole veramente per la nostra salute. Ci muoviamo con le gambe degli altri, riconosciamo con gli occhi degli altri, salutiamo grazie alla memoria degli altri, addirittura viviamo per le cure altrui, e intanto vanno perduti i beni preziosi della natura e delle sue lezioni di vita. Dipendiamo in tutto dagli altri fuorché per i nostri piaceri...*" Non si può affermare con sicurezza se Plinio stesse esagerando riguardo l'immunità da qualsiasi sanzione civile o penale per i medici negligenti. Al tempo non era in vigore la Lex Aquilia, quindi l'immunità dei medici da azioni per responsabilità professionale poteva fondarsi su consuetudini e leggi più antiche. Cfr. Clotilde D'Amato, *op. cit.*, 61.

⁶⁶ Dagli scritti di Plinio, emerge come una delle preoccupazioni sia l'ignoranza del paziente, incantato dall'erudizione e dall'abilità retorica dei medici greci o comunque grecofoni, che

non curavano vere e proprie malattie, ma permettevano di far fronte agli eccessi dell'agiatazza o dei comportamenti promiscui e dissoluti che Plinio giudicava immorali⁶⁷. La sua condanna è dunque verso la deresponsabilizzazione e la rinuncia all'autocontrollo.

2.b. Diffusione della medicina ellenistica a Roma: creazione delle prime strutture sanitarie

Da questi scritti, è evidente però come la medicina greca si stesse ormai affermando a Roma, anche se una certa diffidenza da parte di molti persisterà fino in età più tarda⁶⁸, diventando oggetto di intervento dei pubblici poteri. Inizialmente, si trattava di misure ed opere con finalità igieniche⁶⁹, successivamente, si andò sviluppando una medicina “pratica” riservata ai militari⁷⁰, che andò gradualmente estendendosi anche al resto della popolazione⁷¹,

sfoggiano o millantano la cultura ellenica. I ciarlatani abbondano, ed esigono retribuzioni molto cospicue per i loro servizi, spesso inefficaci o addirittura controproducenti (Cfr. Plinio Il Vecchio, *Naturalis Historia*, op. cit., pag. 320).

⁶⁷ *Ibid.* Plinio fa riferimento agli unguenti preparati dai medici per depilare le gambe, così da poterle “mostrare in pubblico” (cosa da lui giudicata sconveniente).

⁶⁸ Ad esempio Marziale ironizzava, con tono mordace e beffardo, contro la categoria dei medici, equiparando il loro mestiere a quello del becchino. Narrando la vicenda di un certo Diaulo, scriveva: “*Nuper erat medicus, nunc est vispillo Diaulus: quod vispillo facit, fecerat et medicus*”. Cfr. Marziale, *Epigrammi*, (a cura di Cesare Vivaldi), Newton Compton ed., Roma 1993, pag. 36.

⁶⁹ Come gli Etruschi, i Romani compresero l'importanza della purezza dell'acqua, e da questi appresero le tecniche di bonifica delle zone paludose e di costruzione degli acquedotti. Inoltre, provvidero alla realizzazione di apparati fognari di altissimo livello. (Clotilde D'Amato, *op. cit.*, pag. 21). L'esistenza delle terme, poi, non rappresentava solo un costume sociale ed un piacere, poiché i bagni termali avevano capacità terapeutiche e preventive (Giorgio Cosmacini, *op.cit.*, pag. 91)

⁷⁰ Anche se i Romani non arrivarono mai a sviluppare politiche sanitarie organiche, paragonabili a quelle di uno Stato contemporaneo, va rilevato come si fosse andata gradualmente affermando l'esistenza di medici “pubblici”, retribuiti ossia direttamente dallo Stato. In un primo momento, solo le persone benestanti potevano permettersi un proprio medico (alcuni di essi erano schiavi, mentre gli altri venivano alla stregua di un artigiano privato). I primi medici per così dire “pubblici” furono i medici di corte, presenti in età imperiale. Nello stesso periodo, andarono affermandosi i medici militari (sembra che Augusto abbia ordinato al proprio medico, Antonio Musa, di costituire un ordine di medici militari). Inizialmente, solo i generali e gli imperatori disponevano di un medico di loro fiducia (addirittura Claudio portò con sé il celebre Galeno). Tuttavia, gradualmente si cominciò anche a fare ricorso a figure mediche che si prendevano cura

fino a giungere, in età tardo-imperiale, all'istituzione dei medici municipali, retribuiti con denaro pubblico per offrire la propria assistenza ai non abbienti. La professione medica, tuttavia, non venne mai regolamentata nell'antica Roma, non esistendo alcun controllo "istituzionale" riguardo alle competenze effettive di chi esercitava tale professione⁷².

2.c. La tendenza alla medicalizzazione nella società romana imperiale e tardo-imperiale

I timori di Plinio si rivelarono, almeno in parte, fondati, anche nel momento di massimo livello di competenze tecniche e fisiologiche raggiunto nella Roma imperiale dalla medicina di origine ellenistica, alle quali il contributo più rilevante fu apportato da Galeno di Pergamo. Figura di notevole spessore culturale ed abilità pratica si stabilì a Roma nel II secolo d.C.⁷³. Sebbene ritenesse che il medico

dei soldati, i quali venivano soccorsi e curati nei *valetudinaria* - termine che potremmo tradurre come "infermeria" - sviluppando alti livelli di abilità nel curare le ferite e le fratture. Tali medici erano inquadrati nelle gerarchie dell'esercito, e venivano retribuiti alla stregua dei soldati. Clotilde D'Amato, *op cit.*, pag. 55

⁷¹ Clotilde D'Amato, *op cit.*, pag. 60. Oltre ai medici militari, in età imperiale si andò affermando la prassi di reclutare medici "privati" in ambiti ove la loro attività professionale potesse rivelarsi utile, ad esempio nelle arene dei gladiatori o nelle palestre. Si parla a questo proposito di "medici delle associazioni", riferendosi ai medici assoldati dai singoli enti presso cui si svolgevano le attività in oggetto. Questo testimonia l'esistenza di una diffusione notevole della medicina a Roma, e di un conseguente adattamento dei comportamenti alle sue prescrizioni e ai suoi dettami.

⁷² A Roma, l'istituzione dei medici municipali avvenne intorno al IV sec d.c. Probabilmente, questa figura di medico già esisteva in alcune province orientali, per poi essere diffusa anche a Roma. Si trattava di medici retribuiti con un salario fisso, che curavano tutti coloro che non potevano permettersi i servizi di un medico privato. A Roma, i medici municipali erano quattordici, uno per ogni distretto della città. Questi avevano il dovere di curare gratuitamente gli indigenti, ma potevano anche visitare "privatamente" dietro compenso, e venivano precettati in caso di calamità o di epidemie. Clotilde D'Amato, *cit.*, pag. 34

⁷³ Danielle Gourevich, *La medicina nel mondo romano*, in Mirko D. Grmek, *Storia del pensiero medico occidentale*, Vol 1. Antichità e Medioevo, Laterza, Roma-Bari 1993, pp. 144 e ss. Galeno, persona estremamente erudita (si era formato presso Alessandria d'Egitto, patria della cultura ellenistica, ove si trovava la celebre biblioteca e dove operavano numerosi medici della scuola anatomista, le cui conoscenze erano particolarmente avanzate per il tempo anche grazie alla pratica della dissezione) avendo studiato, classificato e compreso "quasi tutto" quello che era conoscibile al suo tempo, aveva affiancato alle conoscenze teoriche l'esperienza pratica derivatagli dalla sua attività di medico dei gladiatori, e si mise in evidenza per la sua abilità diagnostica e terapeutica. Stabilitosi a Roma, la sua fama divenne tale che le sue opere e le sue conoscenze (anche laddove

dovesse dialogare col paziente⁷⁴, conformemente alla tradizione ippocratica di cui si professava seguace - anche se, in realtà, se ne discostava sotto molti aspetti - la sua statura intellettuale e la sua erudizione lo portarono a prediligere i pazienti colti e di ceto sociale elevato, coi quali potesse effettivamente intrattenere un colloquio proficuo sia ai fini della diagnosi sia ai fini di permettere al paziente di trarre indicazioni utili per curarsi in maniera competente e consapevole⁷⁵.

Di conseguenza, la tipologia di medico emergente dalla tradizione galenica appariva lontana dalle esigenze del paziente degli strati più bassi della popolazione, i cui limiti culturali impedivano l'instaurazione di un vero dialogo filosofico tra persone istruite⁷⁶. Inoltre, il modello di medico-filosofo erudito, che mal si adattava ai pazienti non abbienti e incolti, sempre più numerosi col declino dell'impero romano, fu perpetuato dal dogmatismo con cui Galeno venne recepito successivamente alla sua morte⁷⁷.

Si può dunque affermare che la diffusione capillare della medicina nella antica Roma, unita a questo progressivo allontanamento del medico dal paziente diede luogo ad una particolare forma di "medicalizzazione", in cui veniva meno la consapevolezza del proprio corpo e dei rimedi necessari a preservarne o ristabilirne la salute, delegati al medico.

fossero erronee) continuarono ad essere dominanti e a non essere messe in seria discussione fino al XVII secolo.

⁷⁴ Galeno si distinse anche per aver studiato la psiche, ed essere un abile persuasore, al fine di convincere il paziente a seguire le terapie necessarie. Cfr. Danielle Gourevitch, *ibid.*

⁷⁵ Danielle Gourevitch, pag. 159: "*Un vero e proprio dialogo è necessario all'elaborazione della prognosi, di cui fa parte l'anamnesi, e dove nessun dettaglio viene trascurato. Questo presuppone nel paziente un certo livello intellettuale, culturale e relazionale, ed infatti Galeno si interessa pochissimo, per esempio, alla pediatria neonatale. I suoi malati preferiti, per varie ragioni, sono gli uomini della buona società, coscienti dei problemi legati alla salute, che frequentano le sedute di dimostrazione anatomica o di discussione filosofica. Solo così la prognosi può risultare perfetta, ma anche perfettamente apprezzata. Ed è così che il trattamento può essere messo in opera al momento decisivo, il kairòs, e può proseguire in perfetto accordo con un paziente preparato*".

⁷⁶ L'arte lunga

⁷⁷ Ciò avvenne anche a causa dell'opera di sintesi e riorganizzazione critica del sapere medico del tempo, che non venne più messo in discussione fino al XVII secolo. Cfr. Danielle Gourevitch, *op. cit.*, pag. 159

3. Il Medioevo: I monasteri ed i lazzeretti come precursori degli interventi pubblici in campo sanitario – prime riflessioni verso una politica della salute

Dopo la caduta dell'impero, con le invasioni barbariche, la struttura statale si dissolse, con la conseguenza che le misure pubbliche a tutela della salute vennero meno. Le epidemie decimarono la popolazione europea, che si ridusse in maniera drastica⁷⁸.

Nel Medioevo i monaci, depositari della cultura, tra cui anche il sapere medico degli antichi, trasmesso attraverso i codici, non di rado prestavano cure ai malati come opera di assistenza ai bisognosi. E sono propri i religiosi ad istituire i primi ospedali, intesi non tanto come luoghi ove si viene sottoposti ad una terapia, ma, come suggerisce l'etimologia del termine, prima di tutto come luoghi ove i malati e gli infermi, specialmente poveri, possono ricevere assistenza e trovare - appunto - "ospitalità"⁷⁹. Proprio le numerose epidemie che si susseguirono in Italia e in Europa alla caduta dell'Impero romano e durante tutto il Medioevo diedero un impulso all' istituzione, da parte dei religiosi, di questi luoghi di "ospitalità" e soccorso. A questo proposito, è interessante notare come non venisse fatta una distinzione netta tra poveri e ammalati, ma a tutti ci si riferiva come se si trattasse di un'unica categoria di soggetti. La condizione sociale disagiata era quindi, in un certo qual modo, "sinonimo" di malattia, a testimonianza del fatto che il rapporto

⁷⁸ Cfr. A. Giardina, G. Sabbatucci, V. Vidotto, *L'età medievale*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1995, pag. 12: "Durante le invasioni si affermò una tendenza già ampiamente presente nel tardo impero: lo spopolamento del continente europeo, che toccò il suo acme tra il VI e il VII secolo. Le stragi e le carestie e le epidemie che si accompagnarono alle bellicose migrazioni dei popoli furono una delle ragioni della crisi demografica attraversata dall'Europa in quei secoli. A ciò si aggiungeva una situazione critica di fondo, che aveva radici nella crisi economica degli ultimi secoli dell'impero e che aveva ridotto vaste zone dell'Europa a lande desolate e semiselvagge. Vivere fino a sessanta anni in questo periodo era un avvenimento raro, la mortalità nella primissima infanzia era altissima, la povertà spingeva inoltre le famiglie contadine all'infanticidio e alla limitazione delle nascite ...La crisi demografica colpì duramente anche le città. Se in Oriente continuavano a esistere popolazioni urbane di oltre 100.000 abitanti...Roma che nel IV secolo contava un milione di abitanti, tre secoli dopo ne aveva appena 25.000".

⁷⁹ Sono gli stessi monaci che provvedono a preparare i rimedi più adatti, basandosi sui testi a loro disposizione. Inoltre, nei terreni, negli orti dei monasteri, delle abbazie e dei conventi si coltivano le piante destinate ad essere utilizzate nella preparazione dei medicinali. Cfr. Giorgio Cosmacini, *L'arte lunga*, op. cit., pag. 127.

tra le patologie tipiche degli strati sociali più bassi della popolazione e le loro cause (mancanza di igiene, inadeguata alimentazione ecc.) fosse talmente stretto da essere confuso⁸⁰.

La religione non interferisce con la medicina, poiché i due tipi di sapere non sono ritenuti in contrasto e vengono considerati separatamente: la prima si occupa del divino, dell'anima, mentre la seconda si occupa di cose concrete, legate al corpo⁸¹

Del resto, le conoscenze teoriche erano assai poco sviluppate ed intrise di pregiudizi, cognizioni errate, spesso fondate su testi classici quali quelli di Ippocrate, Galeno, ed Aristotele. I medici erano dunque degli eruditi, però non avevano alcuna cognizione di medicina pratica, riservata a professioni "inferiori" come i chirurghi, i barbieri e i segaossa, compromettendo così le possibilità di un

⁸⁰ Jean Paul Sournia, *Storia della medicina, op. cit.*, pagg. 109-113

⁸¹ Jean Paul Sournia, *Storia della medicina, op. cit.*, pag. 107. Merita di essere ricordato l'apporto della dottrina scolastica alla scienza medica. Data la concezione totalizzante, per cui la vera conoscenza risiede nella divinità, medico e sacerdote, entrambi eruditi philosophi, hanno, ognuno nel suo settore, piena autonomia e dignità, purché il medico ottemperi ai dogmi ed ai precetti religiosi (curare gli ammalati poveri gratuitamente e gli abbienti in proporzione alle loro ricchezze, non praticare l'aborto, non tentare di illudere il paziente con false speranze solo al fine di prolungarne la malattia e lucrare sulle cure, ecc.). La medicina scolastica tuttavia venne messa a dura prova dalla peste nera della metà del '300. L'impotenza dei medici dinanzi all'epidemia fece venir meno la fiducia nei loro confronti, dando luogo ad una temporanea recrudescenza degli attriti tra i vari professionisti "medici" (barbieri, chirurghi, ecc.), ad un risorgere di ciarlatani e stregoni e di superstizioni di vario genere. D'altro canto, in età rinascimentale la maggior scientificità nello studio delle scienze naturali darà altresì luogo ad uno sviluppo delle conoscenze, ed anche ad un maggior controllo della preparazione degli esercenti l'arte medica (come dimostra l'istituzione delle Università; celebri per la medicina quelle di Montperllier e di Avignone).

progresso delle conoscenze⁸². Non di rado, il medico era confuso con lo stregone e col ciarlatano, vista la non dissimile efficacia dei rimedi proposti.⁸³

Tra i luoghi di ospitalità vanno menzionati i lebbrosari ed i lazzaretti, istituiti fin dall' XI secolo. In tali strutture si imponeva il ricovero dei soggetti affetti da queste malattie, in quanto si era intuita la necessità di porli in isolamento per evitare il propagarsi del contagio. Sotto questo profilo, particolarmente avanzato risultava il sistema di misure pubbliche predisposte in seno alla città di Milano, finalizzato al prevenire il diffondersi di malattie, ed era considerevole anche la tempestività con cui si procedeva ad isolare i soggetti a rischio con i cordoni sanitari, l'internamento dei soggetti colpiti dalla peste, l'allontanamento dei forestieri vagabondi, ecc.⁸⁴.

E' quindi nell'ambito di lebbrosari e lazzaretti ed all'interno delle città che si cominciano a pensare **le prime politiche pubbliche, anche di natura coercitiva**, per la salute dei singoli e per quella collettiva.

⁸² Jean Charles Sournia, *Storia della medicina, op. cit.*, pagg. 109-113 Risentendo dell'impostazione aristotelica e galenica, il medico è dunque un erudito, che conosce le lingue classiche, la filosofia e la teologia; spesso e volentieri, il medico non è neppure in grado di preparare i rimedi da solo, e soprattutto non è sempre in grado di eseguire quegli interventi che richiedono un'attività manuale (fasciature, cura delle ferite, interventi chirurgici quali le asportazioni dei tumori o dei denti, ecc.), al punto che la chirurgia si svilupperà separatamente dalla medicina, risultando addirittura in una posizione antagonista rispetto a quest'ultima. Questo fatto andò ovviamente a detrimento dello sviluppo delle conoscenze scientifiche, il cui avanzamento non può prescindere dall'interazione tra riflessione teorica da un lato e le osservazioni ed i riscontri derivanti dall'attività pratico-sperimentale dall'altro. In Francia, l'arte dei chirurghi sarà legata a quella dei barbieri e dei segaossa.

⁸³ Petrarca in questo periodo, scrive le *Invectivae contra medicum* e le *Invectivae contra medicum quondam*, in cui depreca l'incompetenza dei medici eruditi aristotelici suoi contemporanei, invitando il Papa Clemente VI a diffidare, in particolare, di quelli che “...*si vantano <<inani verborum elegantia>> e, <<professionis suae immemoris et dumetis propriis exire ausi poetarum nemus rhetorum campum petunt>>...*”. Consigliava al Pontefice, visto che del medico “*non si poteva fare a meno*” di sceglierne uno versato non nell'eloquenza, ma nella scienza. Cfr. Gianfranco Contini, *Storia della letteratura italiana delle origini*, Sansoni, Firenze 1976, pag. 658.

⁸⁴ Giorgio Cosmacini, *L'arte lunga, op. cit.* pag. 220-221. Addirittura a Milano era stato istituito un vero e proprio “Ufficio di Sanità”, “*articolato in una serie di regolamenti e strutture modello: dalle quarantene ai lazzaretti, dalle bollette di sanità ai cordoni sanitari, dalle “fumigazioni” (disinfezioni) al controllo delle devianze biologicamente pericolose (meretrici, accattoni, forestieri, randagi)*”. Anche a Venezia erano state prese misure particolarmente avanzate per prevenire il diffondersi della peste. Nei periodi storici in cui non c'erano epidemie, queste strutture si occupavano della qualità degli alimenti, della “*nettezza urbana, dell'espurgo dei cenci*” e di tutti quei problemi igienico-sanitari permanenti.

4. Medicina, metodo scientifico e politiche pubbliche: prodromi della formazione dello Stato contemporaneo, dell'affermazione di un unico soggetto di diritto e della "polizia sanitaria".

A partire dall'epoca rinascimentale si assiste ad un forte sviluppo delle scienze naturali, inclusa la medicina, che andrà acquistando un carattere sempre più "scientifico" nel metodo e nell'aspirazione a classificare ed osservare in modo razionale i fenomeni. Tuttavia, i primi avanzamenti di un certo spessore avverranno nel XVII secolo grazie a nuove scoperte e invenzioni. Tra queste ci fu quella della lente da parte dell'olandese Van Leeuwenhoek, che gli permetterà di osservare i batteri ed i globuli rossi del sangue, creando le premesse per l'attuale microbiologia. I progressi di maggior rilievo nella scienza medica si realizzano però dal XVIII secolo in poi, ed è a cavallo tra questo secolo ed il successivo che verranno poste le basi per la medicina moderna⁸⁵. A tali avanzamenti si affianca lo sviluppo e l'impiego del metodo scientifico di tipo ipotetico-sperimentale galileiano, che gradualmente verrà adottato anche dagli studiosi di biologia e di medicina⁸⁶.

Un punto di svolta per quanto concerne l'intervento pubblico in materia sanitaria sarà l'impulso, proveniente da alcuni medici⁸⁷, volto a trovare un nesso tra la situazione sociale, le condizioni igieniche in cui vive un determinato gruppo

⁸⁵ In questo periodo si acquisirono le conoscenze necessarie ad effettuare vaccinazioni ed a comprendere le cause di infezioni contagi, nonché l'anatomia microscopica. Cfr. Giorgio Cosmacini, *op. cit.*, pag. 271.

⁸⁶ Cfr. Giorgio Cosmacini, *op. cit.*, pag. 267-269.

⁸⁷ Tra di essi, sicuramente degno di nota è Ramazzini, vissuto a cavallo tra il '600 e '700. Questi, nonostante fosse un accademico ed un medico di corte, era interessato a studiare ed a curare i malati dei ceti sociali più disagiati, poiché aveva individuato l'esistenza di un nesso tra situazione sociale, lavorativa e salute. Alle domande ippocratiche, ritenute essenziali per la prognosi, egli aggiunse anche la domanda "che lavoro fai"? (Cfr. Giorgio Cosmacini, *op. cit.*, pag. 289-290; Jean Paul Sournia, *Storia della medicina, op. cit.*, pagg. 217-227).

di individui e le malattie contratte, utilizzando i metodi matematico-statistici delle nascenti scienze sociali⁸⁸.

Dalla fine del Settecento si cominceranno ad avere le prime politiche - o proposte di politiche - in materia di igiene e di sanità, sotto il nome di “**polizia sanitaria**”.

Il medico austriaco Johann Peter Frank, vissuto in piena epoca illuministica (1747-1821), autore del trattato *System einer vollstandigen medicinischen Polizey*, mette in rilievo come, a suo avviso, per assicurare il miglioramento della razza umana, si debbano **imporre** una serie di misure preventive - regolando matrimoni e concepimenti - volte a scongiurare la nascita di bambini disabili e cagionevoli di salute. Auspicò anche la diffusione di regole ben precise tra la popolazione, ad esempio sulle veglie funebri e la sepoltura dei morti, per evitare le epidemie e le malattie dovute alle scarse condizioni igieniche⁸⁹.

Questo nuovo metodo susciterà l'interesse e l'attenzione dei poteri pubblici. Come noto, tra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo, giungerà a compimento il processo di formazione dello Stato nazionale contemporaneo, il quale, al fine di perseguire le proprie politiche, ha bisogno di censire la popolazione, di essere al corrente delle sue condizioni e dei suoi bisogni. Gli interventi in materia sanitaria - come del resto avviene in altri settori - diventeranno sempre meno “empirici”, acquisendo anche un carattere di maggiore scientificità grazie alle nuove scoperte ed alle nuove conoscenze. Mentre in passato ci si limitava ad istituire alcune misure per frenare i contagi delle malattie epidemiche, quali la peste e il vaiolo,

⁸⁸ Ad esempio lo scorbuto e la gotta, come molte altre patologie, vengono legati alle carenze o agli squilibri alimentari. Cfr. Giorgio Cosmacini, *op. cit.*, pag. 290.

⁸⁹ Il trattato di Johann Peter Frank, *System einer vollstandigen medicinischen Polizey*, fu pubblicato in 9 volumi dal 1779 al 1827: la pubblicazione fu terminata dopo la morte del suo autore, avvenuta nel 1821. Edizione in lingua italiana: Johann Peter Frank, *Sistema Completo di Polizia Medica*, Pirota e Maspero Stampatori e Librai, Milano 1807.

ora ci si preoccupa anche di migliorare le condizioni igieniche della popolazione in funzione preventiva⁹⁰.

Andranno sviluppandosi, gradualmente, le strutture ospedaliere come le conosciamo oggi. Come nell'antica Roma, anche in Francia inizialmente erano riservate ai soldati dell'esercito, poi si estesero al resto della popolazione. Gli ospizi di carità, di cui era un esempio l'Hotel-Dieu a Parigi, si rivelarono inadeguati a guarire efficacemente i malati, risultando addirittura controproducenti, a causa del rischio di contagio tra degenti. Si comincerà quindi a ripensare l'organizzazione ospedaliera, specialmente dalla fine del '700⁹¹.

Come emerge fin da subito, gli interventi proposti e realizzati avranno un impatto notevole sulla vita delle popolazioni interessate, con due conseguenze di segno opposto: la prima positiva, perché vi erano maggiori possibilità di essere curati nel migliore dei modi, la seconda negativa perché le cure talvolta erano forzate e portavano ad una compressione delle libertà individuali. Infatti lo Stato agiva non nell'ottica di migliorare la qualità della vita del cittadino in sé e per sé considerata, ma per realizzare i propri obiettivi di espansione economica e militare. Così può non sorprendere che vi fossero voci - quale quella illustre di Rousseau - che si opponevano all'utilizzo di tali misure, evidenziandone il carattere repressivo-illiberale⁹².

Tuttavia, come è stato affermato, la pervasività delle misure preconizzate mette in relazione diretta l'individuo col potere politico, senza passare per il tramite dei corpi intermedi che caratterizzavano l'*ancien régime*. Dunque, se non

⁹⁰ E' in quest'epoca che si diffonde la pratica della vaccinazione contro il vaiolo, che suscitò apprezzamenti da parte di alcuni, ma anche forti critiche da parte di altri, per la paura che essa potesse essere causa di contagio della malattia che doveva combattere o per prevenzioni ideologiche di lontana origine religiosa. In Italia, Parini, favorevole alla vaccinazione, per incoraggiarne la diffusione, scrisse, nel 1765, un'ode dal titolo "*Per l'innesto del vaiolo*".

⁹¹ Jean Paul Sournia, *Storia della medicina*, op. cit., pag. 235.

⁹² Jean Jacques Rousseau, *Sull'origine e i fondamenti dell'inuguaglianza*, in Paolo Alatri (a cura di), *Scritti Politici di Jean Jacques Rousseau*, UTET Torino 1970, pag. 296. In quest'opera, Rousseau evidenzia come le malattie in realtà siano correlate al grado di "civilizzazione" e di equa di ripartizione delle risorse presenti in una data società. L'uomo allo stato di natura non avrebbe bisogno di medicine, e tantomeno di medici.

può negarsi che il sistema è autoritario, è altrettanto vero che esso determina, forse per la prima volta, “*il riconoscimento di una sfera personale individuale*”; tale riconoscimento è un elemento fondante anche della società liberale⁹³.

Pertanto, al centro delle politiche pubbliche dell'emergente Stato contemporaneo ci sono i corpi dei singoli individui. Come verrà osservato anche da Michel Foucault, ogni mutamento negli assetti socio-istituzionali si riflette necessariamente sulla capacità di disciplinare i corpi da parte di chi esercita il potere politico, nonché nel grado di controllo e nella percezione che il singolo ha sul proprio corpo⁹⁴. Nel passaggio tra *ancien régime* ed età contemporanea, dunque, si afferma una diretta correlazione tra individuo e potere politico sovrano, ormai monopolizzato dagli apparati statali.

5. Il “principio statualista” dello Stato del XIX secolo e della prima metà del XX secolo, politiche sanitarie e soggettività: asservimento dell'individuo alle finalità perseguite dai pubblici poteri

Nel corso del XIX secolo, con la nascita dello Stato contemporaneo, gli interventi sulla salute divennero sempre più incisivi. Nello stesso periodo storico, si è assistito ad un parallelo incremento dell'interesse verso la medicina da parte delle istituzioni pubbliche degli Stati nazionali. Infatti, erano stati individuati i potenziali benefici di adeguate politiche in materia sanitaria, ed era oggetto di crescente interesse lo studio delle correlazioni tra le condizioni sociali e le condizioni di salute della popolazione. Dall'interazione tra Stato e medicina sono

⁹³ Cfr. Amedeo Santosuosso, *Corpo e Libertà*, Raffaello Cortina editore, Milano 2001, pagg. 20-21: “*L'invasione capillare della polizia medica instaura un rapporto diretto tra la il governo della società e tutti i singoli, in un modo che pone in disparte poteri intermedi o diversi, come quello dei padri di famiglia o della Chiesa. Si costituisce un campo in cui il singolo subisce l'invasione del controllo pubblico, ma in cambio viene, per la prima volta, considerato come individuo, che può essere liberato da pesi ingiustificati o irrazionali (sia pure per iniziativa paternalistica della polizia). In sintesi, è un sistema autoritario, ma moderno, e, in una prospettiva storica, meno in contraddizione di quanto possa apparire con un punto preliminare per il liberalismo: il riconoscimento di una sfera personale individuale*”.

⁹⁴ Cfr. *infra*, Cap. 2, §3.

scaturite le basi per le politiche in materia di igiene pubblica e sanità, culminate nei contemporanei sistemi di previdenza ed assistenza socio-sanitaria, la regolamentazione della professione medica e il finanziamento pubblico della ricerca nel settore biomedico.

Gli scopi delle politiche suddette sono stati mutevoli a seconda del livello delle conoscenze scientifiche e delle contingenze storiche, ma sono andati intensificandosi nel corso dei decenni e si sono protratti fino ai giorni nostri, incidendo sempre di più sulla vita, sui comportamenti e sulle scelte dei singoli. Inizialmente molti di questi interventi erano finalizzati a contenere o a prevenire il diffondersi di malattie contagiose; in seguito gli obiettivi divennero di respiro più ampio ed andarono ad incidere su aspetti anche molto intimi della vita degli individui, come la procreazione.

Già Denis Diderot affermava che *“Uno Stato è tanto più potente quanto più è popolato [...],e quanto più numerose sono le braccia impiegate nel lavoro e nella difesa”*.⁹⁵

Durante il fascismo, in Italia, si presero provvedimenti volti a favorire le nascite, per fornire manodopera e soldati alla patria. A questo fine, nel codice penale del 1930, nel capo dall'eloquente titolo “dei delitti contro l'integrità della stirpe”, vi erano disposizioni che, oltre a vietare l'aborto, sanzionavano la pubblicizzazione di anticoncezionali (*“incitamento a pratiche contro la procreazione”*)⁹⁶. Si istituì, altresì, la celebre “tassa sul celibato”, proprio per incoraggiare il matrimonio e la procreazione, nonché altre misure con la stessa finalità⁹⁷, nonché misure assistenziali a sostegno della maternità⁹⁸.

⁹⁵ Citato da Giulia Galeotti, *Storia dell'Aborto*, Il Mulino, Bologna 2003, pag. 71. L'autrice commenta che nel contesto del nascente Stato contemporaneo *“ogni nascita diventa così un evento politicamente rilevante, ciascuna vita un bene prezioso e la tutela della salute del singolo un interesse pubblico”*.

⁹⁶ Libro II, Titolo X del Codice Rocco, nella versione originaria del 1930.

⁹⁷ Sono noti i premi in denaro elargiti da Mussolini alle famiglie numerose e le tasse sul celibato ai giovani che tardavano a sposarsi. Inoltre, con la legge 10/12/1925 era stata creata l'Opera Nazionale Maternità e Infanzia per l'assistenza alle madri bisognose e all'infanzia abbandonata, la materia venne ulteriormente disciplinata con la L. 18/05/1929. Con la legge 14 giugno 1928 furono

Nella Romania di Ceausescu, al fine di scoraggiare gli aborti (che erano comunque vietati) venivano eseguiti addirittura periodici controlli a campione sulle donne, per verificare se fossero in stato interessante, dissuadendole dal ricorrere all'interruzione di gravidanza. Nella Russia sovietica nei primi tempi successivi alla Rivoluzione d'ottobre l'aborto era libero, ma siccome se ne faceva troppo uso, Stalin lo abolì, sempre per il timore di una riduzione della popolazione; nella Germania nazista invece le politiche si differenziavano a seconda delle origini etniche di ogni gruppo di individui⁹⁹.

In molti Paesi del mondo, oggi, al contrario, sono in atto politiche di segno completamente opposto, con le quali si favoriscono la "procreazione cosciente e responsabile" ed il c.d. "family planning" attraverso campagne di informazione, di educazione sessuale, l'istituzione di consultori, la distribuzione gratuita di anticoncezionali, e via dicendo.

Pertanto, le politiche poste in essere da un determinato Stato in materia sanitaria, a seconda delle finalità perseguite e dal grado di "interventismo" nella società, sono rivelatrici della forma di governo esistente. Questo appare evidente

concesse esenzioni e agevolazioni tributarie alle famiglie con più di dieci figli. Con decreto 24 settembre 1928 fu emanato un provvedimento per cui condizioni di favore nelle assunzioni nei posti di lavoro erano previste per i coniugati rispetto ai non coniugati. Il 24 dicembre 1933 fu istituita la "Giornata della Madre e del Fanciullo" per il conferimento di premi in ogni città alle famiglie più numerose, mentre nell'aprile 1934 le Assicurazioni di Stato crearono una specie di polizza nuziale con un premio di natalità che il sacerdote consegnava agli sposi. Il motto "il numero fa la forza dei popoli" fu uno dei più ripetuti del Fascismo. Cfr. Luigi Salvatorelli, Giovanni Mira, "Storia d'Italia nel Fascismo", Milano, Mondadori, 1970, pagg. 573-576.

⁹⁸ Notoriamente, durante il fascismo si realizzarono una serie di programmi finalizzati alla promozione della salute della popolazione, la quale veniva spinta a praticare attività motorie e sportive per migliorare il proprio corpo e prepararsi all'eventualità di una guerra. Da queste politiche non erano escluse le donne, le quali dovendo assolvere al compito di procreare molti figli, venivano incoraggiate ad irrobustirsi con la ginnastica e ricevevano altresì una formazione in materia di igiene, di infermeria e di ginecologia. E' stato notato da molti come l'effetto di queste misure sia stato controproducente rispetto alle finalità perseguite dal regime, poiché le donne divennero in realtà più consapevoli del proprio corpo e quindi più emancipate, tanto che il desiderato incremento delle nascite fu inferiore alle aspettative. Cfr. Sabrina Spinazzè, *Donne d'arte. Il ruolo dell'associazionismo femminile tra emancipazione e nazionalizzazione*, in Maria Antonietta Transforini (a cura di), *Donne d'arte: storie e generazioni*, Meltemi editore, Roma 2006, pagg. 60 e ss..

⁹⁹ In Giulia Galeotti, *op. cit.*, pagg. 89-90.

se si osserva quanto avvenuto nella Germania degli anni Trenta del Novecento, durante il periodo nazista, quando le misure volte alla tutela ed al miglioramento della razza ariana permisero, oltre che l'Olocausto, gli esperimenti scientifici eseguiti sui prigionieri dei campi di concentramento.

Esse rappresentano il trionfo del principio statualistico, affermatosi gradualmente nell'Ottocento, e dell'asservimento della scienza alle finalità perseguite dai governi¹⁰⁰.

6. Crisi del principio statualista e ritorno all'individuo: il processo di Norimberga.

Emblematico, a questo proposito, quanto accadde al processo di Norimberga, durante il quale vennero posti sotto accusa, fra gli altri, i medici che avevano diretto gli esperimenti scientifici sui prigionieri dei campi di sterminio, ovviamente senza il loro consenso e senza porli a conoscenza dei rischi, delle finalità e delle possibili conseguenze degli esperimenti¹⁰¹.

Nell'ambito di tale processo si posero le basi per quel principio che avrebbe in seguito assunto la denominazione di “**consenso informato**” per i trattamenti sanitari (con particolare riguardo, in questo caso, alla sperimentazione scientifica piuttosto che al consenso ai trattamenti generalmente inteso¹⁰²), e si delinearono i principi per una medicina attenta alla persona e rispettosa dell'individuo, in cui l'essere umano fosse il fine e non il mezzo¹⁰³. I principi in questione furono

¹⁰⁰ Jean Paul Sournia, *Storia della medicina, op. cit.*, pag. 323

¹⁰¹ Tra di essi, si ricordano, in particolare, gli esperimenti finalizzati a misurare la resistenza del corpo umano all'altitudine ed al freddo, l'efficacia di vaccinazioni contro varie malattie, tra cui la malaria, che comportavano la deliberata trasmissione della malattia in alcuni soggetti, l'efficacia di ritrovati farmaceutici contro le ferite e gli effetti di bombe incendiare e di bombe al gas, esperimenti per rendere potabile l'acqua di mare, la rigenerazione dei tessuti muscolari e nervosi nei trapianti, la resistenza del corpo umano al veleno e le tecniche di sterilizzazione che comportassero un minimo dispendio di tempo e di denaro. *US v. Karl Brandt et al.*, in *Trials of War Criminals before the Nuremberg criminal Tribunals unde Control Council Law n°10, Vol II, Nuremberg Military Tribunal – US Government Printing Office, Nuremberg Washington 1946-1949*, pag. 175-178

¹⁰² José Miola, *op. cit.*, pagg. 34-37

¹⁰³ José Miola *op. cit.*, pagg. 34-37

elaborati nel “Codice di Norimberga”, ossia in quella porzione della sentenza emessa dal Tribunale che riguardava il c.d. “processo ai medici” (*US v. Karl Brandt*¹⁰⁴). Il problema principale fu che i medici incriminati eccepivano a proprio discarico l’aver agito al fine di effettuare esperimenti scientifici. In questo modo, i giudici si trovarono in difficoltà nello stabilire quando si fossero poste in essere delle forme di omicidio e di tortura e quando, invece, le lesioni arrecate fossero da considerarsi conseguenze dell’esperimento effettuato¹⁰⁵.

Per comprendere a fondo questa obiezione, è necessario premettere che nell’Ottocento era pratica diffusa effettuare esperimenti scientifici senza il consenso del paziente. Ciò avveniva, in particolar modo, tra i ricoverati negli ospedali, specie se indigenti e di livello culturale non elevato¹⁰⁶.

Già dalla fine del XIX secolo, tuttavia, si andò gradualmente affermando un maggior rispetto dell’autonomia individuale. E’ del 1900 una direttiva ministeriale tedesca che obbliga i medici ad effettuare esperimenti solo su soggetti maggiori di età e capaci di intendere e di volere i quali avessero prestato un “non ambiguo consenso”, anche se le attività di “diagnosi e terapia” erano escluse da questo requisito¹⁰⁷. In Italia, la dottrina, specie quella penalistica, si era orientata nel senso di stabilire che un intervento medico effettuato “*senza il valido consenso del*

¹⁰⁴ Cit., *supra*, nota 101

¹⁰⁵ Amedeo Santosuosso, *op. cit.*, pp. 165-167.

¹⁰⁶ Amedeo Santosuosso, *op. cit.*, pagg. 169-171. Egli descrive, in particolare, alcune vicende avvenute in Francia, alla fine del XIX secolo, relative a sperimentazioni da cui erano scaturiti dibattiti sui giornali liberali dell’epoca e qualche blanda reazione sul piano giuridico. Nel 1859, il Tribunale di Lione aveva condannato al pagamento di una multa per una sperimentazione relativa alla sifilide effettuata su un soggetto non consenziente di dieci anni, già malato di tigna favosa e ricoverato all’ospedale di Lione; in Germania, nel 1898, il Dr. Albert Neisser pubblica uno studio relativo a simili sperimentazioni, sempre riguardanti la sifilide, effettuate su soggetti ricoverati per motivi diversi e non informate sull’esperimento (spesso si trattava di prostitute): egli riceverà il sostegno della comunità medica tedesca e, sottoposto a giudizio, verrà multato per non aver ottenuto il previo consenso dei malati. Il Ministero prussiano della Religione, cultura e medicina emetterà in tale settore una direttiva, proprio per ovviare allo scandalo sollevato da questi esperimenti nell’opinione pubblica.

¹⁰⁷ Direttiva (“*Verfügung*”) emessa da Heinrich Konrad Studt, Ministro del *Preussische Kultursministerium* (Ministero competente per la Religione, la Cultura e Medicina dello Stato prussiano) del 29/12/1900, intitolata “*Richtlinie über wissenschaftliche Experimente*”, citata da Amedeo Santosuosso, *ibid.* (v. nota precedente).

paziente o del suo legale rappresentante” integrasse diverse fattispecie criminose a seconda dell’esito dell’intervento stesso: se l’operazione non riusciva, la condotta del professionista “*costituiva il delitto di lesione personale o di omicidio colposo*”; se invece fosse andata a buon fine, era comunque possibile che si perfezionasse, “*...ove [concorressero] altre circostanze...un delitto contro la libertà personale*”¹⁰⁸.

Gli sviluppi più interessanti, tuttavia, si hanno negli Stati Uniti. Già a cavallo tra la fine dell’Ottocento e l’inizio del Novecento, la giurisprudenza manifesta una particolare attenzione alle informazioni fornite al paziente proprio a causa dell’influenza che esse hanno sulla determinazione della sua volontà¹⁰⁹, affermando il principio per cui il medico debba non solo informare debitamente ma anche non effettuare interventi non espressamente concordati¹¹⁰:

¹⁰⁸ Filippo Grispigni, “La volontà del paziente nel trattamento medico-chirurgico”, *La scuola positiva*, Prima Parte, p. 493. L’autore dà conto di alcuni progetti di nuovo codice penale che circolavano in Italia all’inizio degli anni Venti del Novecento, era previsto uno specifico delitto di “arbitrario trattamento medico”, che prescindeva dall’esito dell’intervento chirurgico ai fini della integrazione della fattispecie criminosa (cfr. *Ibidem*, nota 1). Nel saggio, l’autore sostiene la tesi della natura negoziale del consenso ai trattamenti sanitari, argomentando che si tratti di un negozio giuridico a se stante e distinto dal contratto d’opera tra il medico ed il paziente: quest’ultimo costituirebbe infatti il diritto del paziente a pretendere l’operazione, ma non di subirla (cfr. *ibid.*, pag. 497).

¹⁰⁹ In *Carpenter v. Blake* 75 N.Y. 12; 1878 N.Y (Court of Appeals of New York), confermando una sentenza di primo grado del 1871, un chirurgo venne chiamato a rispondere in *negligence* da una paziente, la quale era stata sottoposta ad un intervento chirurgico per la riduzione di una frattura scomposta ad un braccio. Il chirurgo non la aveva avvertita della possibilità che sarebbe stato possibile uno spostamento delle ossa, tale da richiedere un nuovo intervento; di conseguenza, la paziente aveva ommesso di sottoporsi ad un esame medico nei giorni successivi all’intervento, al fine di verificarne la corretta riuscita. La Corte affermò che proprio a causa della mancanza di informazione la paziente non aveva correttamente valutato se affidarsi nuovamente ad un medico. Cfr. pag. 23: “*The misleading of the plaintiff in reference to the actual state and condition of the arm, certainly tended to establish the cause of action, and it would have been improper to exclude the effect of it from the consideration of the jury, in establishing a case (...) Suppose the defendant had misled the plaintiff so that she failed to employ or to call in the aid of another surgeon for that reason, could it be claimed that the defendant was not responsible for the omission caused by his failure to give the necessary information, and for leaving the plaintiff in ignorance of the actual state of the case? Clearly not, for the plaintiff had a right to assume that the defendant had performed his work in a skillful manner, and if there was any omission it was occasioned by the fault of the defendant, and not of the plaintiff*”.

¹¹⁰ Nel caso *Pratt v Davis*, 118 Ill. App. 161; 1905 Ill., della Court of Appeals of Illinois, poi confermato dalla Supreme Court of Illinois nel 1906 (79 N.E. 562), una paziente venne portata dal medico per essere curata dall’epilessia. Il medico, dopo un accurato esame generale, decide di asportarle l’utero e le ovaie con un intervento chirurgico poiché, secondo lui, erano in “cattive

“... *under a free government at least, the free citizen's first and greatest right, which underlies all others--the right to the inviolability of his person, in other words, his right to himself--is the subject of universal acquiescence, and this right necessarily forbids a physician or surgeon, however skillful or eminent, who has been asked to examine, diagnose, advise and prescribe (which are at least necessary first steps in treatment and care), to violate without permission the bodily integrity of his patient by a major or capital operation, placing him under anaesthetics for that purpose, and operating on him without his consent or knowledge...*” (grassetto aggiunto)¹¹¹.

condizioni”. Tuttavia, tale intervento esulava dalla patologia che la paziente e la sua famiglia volevano che il medico curasse, e le spiegazioni fornite da quest’ultimo prima dell’operazione non erano state chiare o precise. Gli avvocati del medico cercarono di argomentare (p. 166) che un paziente, quando si sottopone alle cure di un medico senza istruzioni o limitazioni esplicite, consente a qualsiasi operazione il professionista ritenga nel miglior interesse della sua salute (“...*when a patient places herself in the care of a surgeon for treatment without instructions or limitations...upon his authority, she thereby in law consents that he may perform such operation as in his best judgment is proper and essential to her welfare...*”), sostenendo che, nell’opinione comune e tra i professionisti, vi fosse una generale accettazione del principio per cui ricorrere alle prestazioni di un medico conferisca a questi un’implicita autorizzazione a fare ciò che egli ritenga necessario (“*a universal acquiescence of lay and professional minds in the principle that the employment of the physician or surgeon gives him implied license to do whatever in the exercise of his judgment may be necessary*”). La Corte respinse con forza tale impostazione, concedendo non solo un risarcimento per *trespass to person* ma anche un’ulteriore somma a titolo di *exemplary damages*.

¹¹¹ *Pratt v Davis*, cit., 166, cfr. nota precedente. La sentenza fu seguita poco tempo dopo dalla Supreme Court of Minnesota in *Mohr v. Williams*, 95 Minn. 261 (1905), in cui una donna aveva consentito ad un intervento chirurgico all’orecchio destro, ma poi era stata operata al sinistro, in quanto il medico riteneva che quest’ultimo fosse in condizioni peggiori del destro e dovesse quindi essere curato con più urgenza (alla fine dell’intervento, il medico aveva provveduto ad operare solo l’orecchio sinistro). La Corte riteneva il medico responsabile di *assault* e *battery* e che la donna avesse diritto in principio ad essere risarcita nonostante l’assenza di *negligence* nell’effettuazione dell’operazione. Tuttavia, la Corte riteneva altresì che l’ammontare di un eventuale risarcimento avrebbe dovuto essere calcolato tenendo conto degli eventuali effetti benefici dell’operazione non autorizzata sulla malattia per la quale ci si era originariamente rivolti al medico e della buona fede di quest’ultimo. Sembra quasi che la Corte prelude alla possibilità che tali circostanze possano, nei fatti, compensare il danno: “*The amount of plaintiff's recovery, if she is entitled to recover at all, must depend upon the character and extent of the injury inflicted upon her, in determining which the nature of the malady intended to be healed and the beneficial nature of the operation should be taken into consideration, as well as the good faith of the defendant*” (pag. 271; grassetto aggiunto).

Negli USA il coronamento del principio del consenso informato avvenne nel celebre caso *Schloendorff v. Society of New York Hospital*¹¹², deciso nel 1914 dalla *Court of Appeals* dello Stato di New York (la quale, nonostante il nome, è la Corte di ultima istanza nell'ordinamento di quello Stato), in cui una donna, Mary Schloendorff, aveva convenuto in giudizio la struttura sanitaria presso la quale era stata ricoverata per curare un tumore allo stomaco. Ella aveva consentito a sottoporsi ad esami diagnostici per verificare se il tumore fosse maligno o no, ma non aveva prestato il proprio consenso per la rimozione chirurgica della massa neoplastica. La sig.ra Schloendorff aveva chiesto se l'avrebbero operata, ma il personale sanitario che si occupava di lei non fu in grado di risponderle. Ella chiese di avvertire chi di dovere che non intendeva sottoporsi ad alcun intervento. Ma i medici dell'ospedale avevano rimosso il tumore egualmente per via chirurgica, ignorando la sua richiesta. Il giudice Benjamin Cardozo, nella storica sentenza nel giudizio di ultima istanza, affermava che l'operazione effettuata senza il consenso del paziente costituisce un *trespass to person*:

*“Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault for which he is liable in damages. This is true except in cases of emergency where the patient is unconscious and where it is necessary to operate before consent can be obtained”*¹¹³

Se negli Stati Uniti la giurisprudenza aveva già prestato una notevole attenzione alle problematiche del consenso informato, paradossalmente anche il Governo del Reich, poco prima dell'avvento del Nazismo aveva preso in considerazione il problema, emanando, nel 1931, una circolare in cui si distinguevano la sperimentazione a scopo terapeutico da quella a scopo non

¹¹² 105 N.E. 92 (1914)

¹¹³ Ibid., pag. 93. Tuttavia, nel caso di specie, il giudice decideva in favore della struttura sanitaria convenuta in quanto non riteneva sussistente una responsabilità “per fatto altrui” dell'ente, in base al principio “*respondeat superior*”. Affermava comunque chiaramente che i medici sarebbero stati responsabili di *trespass*, qualora fossero stati direttamente convenuti in giudizio.

terapeutico, precisando che per entrambe era necessario il consenso del paziente; questa direttiva non fu mai formalmente abrogata, ed era quindi in vigore quando si effettuavano gli esperimenti sui prigionieri dei campi di concentramento¹¹⁴.

Il Tribunale di Norimberga, composto dai giudici civili statunitensi Walter Beals, Harold Sebrings e Johnson Crawford¹¹⁵, diede incarico al Dr Andrew Ivy e Leo Alexander di stabilire uno “*standard universale di pratica etica della ricerca in base al quale si [potesse] dire che gli esperimenti nazisti [avessero] deviato*”¹¹⁶. Dopo aver analizzato le osservazioni degli esperti incaricati, il Tribunale, nella sentenza *US v. Karl Brandt*¹¹⁷, enunciò gli *standard* da seguire per valutare l’ammissibilità di una determinata pratica medica nella conduzione di esperimenti scientifici. Il principale di essi era il rispetto del consenso volontario del paziente, il quale deve essere giuridicamente capace¹¹⁸, deve altresì essere in grado di esercitare la propria libertà di scelta, e non essere sottoposto a condizionamenti con la forza, l’inganno o con le minacce, deve comprendere la natura dell’esperimento ed i possibili effetti nocivi sulla sua salute¹¹⁹. Inoltre, il soggetto

¹¹⁴ Amedeo Santosuosso, *op. cit.*, pag. 174

¹¹⁵ Il fatto che si trattasse di giudici statunitensi non appare privo di rilievo. Come si è già evidenziato, è infatti il caso di osservare come l’ordinamento giuridico statunitense sia generalmente considerato come il primo in cui si è affermato il principio del consenso informato, nel caso deciso dalla Court of Appeals di New York nel 1914 *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, sul quale vedi *supra*, in questo capitolo.

¹¹⁶ Amedeo Santosuosso, *op. cit.*, pag. 167.

¹¹⁷ *US v. Karl Brandt et al.*, in *Trials of War Criminals before the Nuremberg criminal Tribunals unde Control Council Law n°10*, Vol II, Nuremberg Military Tribunal – US Government Printing Office, Nuremberg Washington 1946-1949.

¹¹⁸ Il termine usato è “legal capacity”. *US v. Karl Brandt et al.*, (cit.), pag. 181

¹¹⁹ Sulla verifica del rispetto di tale principio avrebbe dovuto vigilare un soggetto responsabile dell’esperimento, il quale non avrebbe potuto delegare ad altri il compito di verificare la rispondenza ai suddetti canoni dell’esperimento scientifico. Così in *US v. Karl Brandt et al.* (cit.), pag. 181-182: “...1. *The voluntary consent of the human subject is absolutely essential. This means that the person involved should have legal capacity to give consent; should be so situated as to be able to exercise free power of choice, without the intervention of any element of force, fraud, deceit, -duress, overreaching, or other ulterior form of constraint or coercion; and should have sufficient knowledge and comprehension of the elements of the subject matter involved as to enable him to make an understanding and enlightened decision. This latter element requires that before the acceptance of an affirmative decision by the experimental subject there should be made known to him the nature, duration, and purpose of the experiment; the method and means by which it is to*

deve essere sempre lasciato libero di ritirarsi dalla sperimentazione qualora raggiunga uno “*stato mentale o fisico che non gli permetta di proseguire*”. Infine, lo scienziato che dirige l’esperimento deve essere pronto ad interromperlo ogniqualvolta ritenga che la sua prosecuzione possa arrecare la morte o una lesione permanente al soggetto¹²⁰.

Al processo di Norimberga emerse dunque la consapevolezza che le scelte ed i limiti etici da porre all’attività ed alla sperimentazione medica non potessero essere di esclusivo dominio professionale, ma dovessero essere determinati anche attraverso un coinvolgimento dell’intera società civile (oltre che, ovviamente, a

be conducted; all inconveniences and hazards reasonably to be expected; and the effects upon his health or person which may possibly come from his participation in the experiment. The duty and responsibility for ascertaining the quality of the consent rests upon each individual who initiates, directs or engages in the experiment. It is a personal duty and responsibility which may not be delegated to another with impunity...”.

¹²⁰ Cfr *Us v. Karl Brandt et al.*, (cit.), pag. 182: “... 9. During the course of the experiment the human subject should be at liberty to bring the experiment to an end if he has reached the physical or mental state where continuation of the experiment seems to him to be impossible. 10. During the course of the experiment the scientist in charge must be prepared to terminate the experiment at any stage, if he has probably cause to believe, in the exercise of the good faith, superior skill and careful judgment required of him that a continuation of the experiment is likely to result in injury, disability, or death to the experimental subject”.

Vi erano inoltre altri requisiti ai quali l’esperimento doveva rispondere, quali l’utilità sociale, la necessità, l’esistenza di previ studi che facciano ragionevolmente ritenere che possa andare a buon fine (tra cui i risultati ottenuti con gli animali), la necessità di evitare sofferenze inutili oltreché esperimenti con sicuro esito letale o invalidante per il soggetto (a meno che non si tratti del medico che lo dirige), l’esistenza di proporzionalità tra rischi e benefici, l’obbligo di utilizzare personale scientifico adeguatamente qualificato per la conduzione dell’esperimento: Cfr. *Ibidem*:

“...2. The experiment should be such as to yield fruitful results for the good of society, unprocurable by other methods or means of study, and not random and unnecessary in nature. 3. The experiment should be so designed and based on the results of animal experimentation and a knowledge of the natural history of the disease or other problem under study that the anticipated results will justify the performance of the experiment. 4. The experiment should be so conducted as to avoid all unnecessary physical and mental suffering and injury. 5. No experiment should be conducted where there is an a priori reason to believe that death or disabling injury will occur; except, perhaps, in those experiments where the experimental physicians also serve as subjects. 6. The degree of risk to be taken should never exceed that determined by the humanitarian importance of the problem to be solved by the experiment. 7. Proper preparations should be made and adequate facilities provided to protect the experimental subject against even remote possibilities of injury, disability, or death. 8. The experiment should be conducted only by scientifically qualified persons. The highest degree of skill and care should be required through all stages of the experiment of those who conduct or engage in the experiment...”

quello dei soggetti direttamente interessati), la quale doveva riappropriarsi dell'etica medica¹²¹.

A questo proposito, è fondamentale notare come il Codice di Norimberga non sia riconducibile ad un particolare sistema di valori, ma si fondi al contrario su un principio pluralistico, tipico delle società occidentali contemporanee, con l'inevitabile conseguenza di una frammentazione del quadro etico di riferimento. Si andò affermando l'idea che non era più possibile lasciare alla morale religiosa o ad una dottrina politica, con i loro imperativi assoluti, il compito di delineare i limiti della scienza. Pertanto, nelle democrazie pluraliste, liberali e secolarizzate del secondo dopoguerra, si è assistito ad uno spostamento dell'attenzione sull'autodeterminazione individuale come fondamento delle riflessioni politiche ed etico-giuridiche nel rapporto tra medicina e paziente¹²².

Ciononostante, la ricerca di un "massimo comun denominatore" etico si è rivelata estremamente difficoltosa, ed è stata caratterizzata da una ulteriore "frammentazione" della materia dovuta ad un approccio prevalentemente settoriale e casistico delle varie problematiche¹²³.

Come si è visto, le questioni illustrate erano state affrontate prima del processo di Norimberga¹²⁴. Tuttavia, il "Codice di Norimberga" rappresenta un punto di passaggio fondamentale per varie ragioni.

Esso è una proclamazione di straordinaria importanza simbolica, con cui si intende affermare che quanto è avvenuto nella Germania nazista non deve più aver

¹²¹ José Miola, *op. cit.*, pag. 34

¹²² José Miola, *op. cit.*, pag. 34-35

¹²³ José Miola, *op. cit.*, pag. 35. L'autore indica come la World Medical Association, dopo aver adottato la Dichiarazione di Ginevra del 1948 ed emendata dalla 22° conferenza mondiale di Sydney nel 1968, la quale definisce una nuova versione del giuramento ippocratico ("Physician's Oath"), non abbia affatto contribuito a chiarificare la materia, proprio a causa della tendenza a emettere linee guida specifiche per ogni diversa questione affrontata. Si lamenta, dunque, una estrema frammentarietà del quadro etico.

¹²⁴ A scanso di equivoci, tuttavia, è necessario evidenziare come il dibattito sul "consenso informato" prima della seconda guerra mondiale, agli occhi del giurista di oggi, presenta ancora aspetti di "paternalismo" che risultano superati. Ad esempio, lo stato di necessità ("doctrine of necessity") veniva interpretato in maniera estremamente estensiva, tant'è che giustificava l'intervento del medico anche contro la volontà del paziente in caso di urgenza e pericolo imminente per la sua persona. Si veda a questo proposito Filippo Grispigni, *op. cit.*, pagg. 497 e ss.

luogo, sebbene risenta dei limiti intrinseci alla natura del processo stesso, caratterizzato da una “riscrittura” dei principi etici da parte dei vincitori, posti come assoluti e universali¹²⁵. Si assumono quindi come punto di riferimento gli *standard* adottati negli Stati Uniti d’America, e della *American Medical Association*, radicati nella tradizione di *Common Law*, quasi in aperta polemica e contrapposizione a quelli del tutto analoghi, sviluppatasi nella tradizione continentale, guardata con sospetto a causa dell’alto numero di Stati totalitari e dalle scarse conoscenze, da parte dei giuristi anglo-americani, della tradizione di *Civil Law* (rafforzata anche dalle ovvie barriere linguistiche)¹²⁶.

A fronte dell’evoluzione della scienza medica e della necessità di sperimentare, il problema assume quindi rilevanza sempre maggiore in tutti gli ordinamenti¹²⁷.

In secondo luogo, i principi stabiliti nel codice di Norimberga verranno estesi anche a settori diversi da quello della sperimentazione clinica a causa dell’avvento e dell’impiego sempre più diffuso delle tecnologie biomediche e delle aumentate capacità di azione sulla natura e sulla vita che esse conferiscono all’uomo, nonché della elevata specializzazione organizzativa dei servizi sanitari¹²⁸.

Infine, è da notare che oggi l’ “appropriazione” dell’etica medica non è più soltanto il risultato di una contrapposizione tra medici, pazienti ed istituzioni pubbliche, ma anche di forze diverse - specie di natura economica, quali le multinazionali farmaceutiche - e che, per questo, i principi proclamati a Norimberga devono oggi leggersi alla luce della nuova situazione¹²⁹.

¹²⁵ Amedeo Santosuosso, 176-178. Se da un lato ha avuto l’indubbio merito di porre in luce la crudeltà e l’inaccettabile efferatezza di pratiche diffuse sotto il regime nazista e assurte ormai ad “attività di regime”, dall’altro non pone in evidenza come le medesime pratiche fossero esistenti, in misura diversa, anche negli Stati Uniti e negli altri Stati occidentali.

¹²⁶ Amedeo Santosuosso, *op. cit.*, pag. 178.

¹²⁷ Amedeo Santosuosso, *ibidem*.

¹²⁸ José Miola, *op. cit.*, pag. 37.

¹²⁹ Peter Conrad, “Le mutevoli spinte della medicalizzazione”, *Salute e Società*, n° 2/2009, pagg. 36-56.

La de-medicalizzazione dell'etica medica, tuttavia, non può essere vista come un processo semplice od univoco, poiché la società non sempre riesce ad affrontare in maniera consapevole e partecipata le problematiche connesse agli sviluppi della scienza, rendendosi incapace di fornire delle risposte sul piano politico. Il ruolo della scienza nei dibattiti risulta pertanto fondamentale, e spesso si può intravedere una tendenza a “delegare” a scienziati e professionisti le scelte necessarie, magari proprio perché percepiti come “eticamente neutrali”.

Ovviamente, si tratta di una soluzione del tutto illusoria¹³⁰.

In conclusione, la possibilità da parte dei soggetti interessati di partecipare alla cura di sé, che come si è visto, già dai tempi antichi aveva costituito oggetto di interesse, va oggi rivista alla luce delle problematiche del tutto inedite sollevate dalla scienza medica.

Analogamente a quanto avveniva in passato però la loro rilevanza va ben al di là della salute del singolo, ma ha ripercussioni sullo *status* morale, giuridico e politico della persona umana e sulla disciplina giuridica delle parti del suo corpo.

¹³⁰ José Miola, *op. cit.*, pag. 36-37

CAPITOLO 2. La medicalizzazione della vita nella società contemporanea e la sua importanza ai fini dell'autodeterminazione e della soggettività individuale

Lo Stato sociale del dopoguerra, coronamento delle politiche sociali poste in essere in molti Stati occidentali a partire dalla fine dell'800, ha contribuito alla diffusione sempre più capillare di pratiche mediche e igieniche standardizzate.

Come si è visto, le politiche sanitarie non vengono attuate solo mediante l'intervento "diretto" delle istituzioni amministrative a ciò preposte, ma anche attraverso altre istituzioni pubbliche e sociali. Ad esempio, la scuola, dove si insegnano i precetti base dell'igiene, l'esercito, la famiglia, le congregazioni religiose e confessionali, le associazioni sportive. Inoltre, oggi, anche i messaggi che pervengono dai *mass media* influenzano i comportamenti nell'ambito dell'alimentazione e della salute. Questi sono di natura non solo educativa, ma anche commerciale-pubblicitaria.

Di fronte a questo panorama, nonostante il fatto che dopo la seconda guerra mondiale il primato dell'individuo e della persona umana libera e autodeterminata sia stato riconosciuto in tutte le democrazie occidentali, si è andata diffondendo l'idea che la medicina non sia, nella realtà, rispondente ai parametri di rispetto dell'individuo che sarebbe logico attendersi.

I primi studi che criticano la pervasività con cui la medicina ed i professionisti del settore sanitario intervengono sulla vita dei singoli sono di natura sociologica, e pongono in evidenza soprattutto i seguenti aspetti: in primo luogo, si sottolinea come il medico in realtà non informi adeguatamente il paziente circa la natura delle terapie prescritte; in secondo luogo, si critica l'organizzazione delle strutture sanitarie, ritenute troppo spersonalizzanti; in terzo luogo, si critica il fatto che la giurisdizione della medicina stia aumentando a dismisura. In questo senso,

si reputa eccessivo il potere della classe medica, la quale ha monopolizzato il potere di determinare ciò che è patologico e di distinguerlo da ciò che è sano.

Questi studi rappresentano, per la moderna sociologia della medicina, i “classici” della teoria della medicalizzazione.

1. Ivan Illich: “Nemesi Medica” come risposta all’espropriazione della salute da parte delle “mafie professionali” ed alla conseguente “iatrogenesi clinica”.

Uno dei primi studiosi a occuparsi del fenomeno della “medicalizzazione” e ad adottare questo termine fu Ivan Illich, filosofo e storico di origine austriaca che a lungo studiò e lavorò negli Stati Uniti, in Italia ed in Germania.

Illich conferisce una connotazione negativa all’espressione “medicalizzazione”. Essa ha un doppio significato: da un lato indica l’“espropriazione” della salute e delle cure da parte delle istituzioni pubbliche e di altri attori privati (corporazioni professionali, case farmaceutiche ecc.), i quali non solo spingono gli individui a tenere comportamenti ed a seguire prescrizioni per preservare il proprio stato di “salute”, ma arrivano persino a definire il concetto di “salute”, malattia” e normalità¹³¹. Dall’altro, il termine medicalizzazione indica la rinuncia da parte degli individui a prendersi cura in modo partecipe della propria salute e del proprio benessere, delegando il compito ai medici o ai farmaci, deresponsabilizzandosi ed evitando di affrontare le inevitabili sofferenze che la vita umana reca con sé¹³².

Nella sua opera *Nemesi Medica*, dal significativo sottotitolo “*L’espropriazione della salute*”, pubblicata nel 1975, sostiene che l’effettivo contributo della medicina al miglioramento della qualità della vita umana e alla

¹³¹ Cfr. *Ibid.*, capitolo 1 e 2.

¹³² *Ibid.*, pag. 140-141

maggior durata della stessa sia molto più limitato rispetto a quanto si possa pensare¹³³.

Pur riconoscendo il valore della medicina moderna e la sua importanza per l'allungamento dell'aspettativa di vita, egli sottolinea che in realtà sono poche le scoperte scientifiche ed i ritrovati farmaceutici che effettivamente hanno dato un contributo al miglioramento della salute. In particolare, fra i farmaci, egli calcola che quelli veramente efficaci non siano più del 2% di quelli a disposizione al momento in cui scriveva¹³⁴. A questo proposito, cita dati da cui si evince che le altre cure, tra cui molti medicinali (inclusi molti vaccini di massa) non siano da ritenersi le effettive cause di questo progresso, anzi: addirittura molte malattie di oggi sarebbero create dalla stessa medicina e si parla, a tal proposito, di "iatrogenesi clinica"¹³⁵. Ad avviso di Illich, l'illusione dell'efficacia della medicina moderna dà luogo ad un progressivo aumento del bilancio statale per la sanità e delle spese sostenute dai singoli per curarsi, incoraggiate dalle *lobby* dei medici e delle case farmaceutiche¹³⁶.

Evidenzia in particolare come la società moderna, spersonalizzando l'esperienza del dolore e della sofferenza, sostituisca alle antiche ritualizzazioni, che permettevano di farvi fronte, asettici protocolli medici, dispensati "dall'alto" ai pazienti, i quali seguono in modo acritico la terapia prescritta. La

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Ivan Illich, *op. cit.*, pag. 84

¹³⁵ Ivan Illich, *op. cit.* pag. 50. Illich fa notare come le aspettative di miglioramento della salute non possano essere riposte interamente sul sistema sanitario e sulla scienza medica, ma necessitano altresì di una partecipazione individuale alle cure. Allo stesso modo, Illich ritiene che anche in altri settori, particolarmente quello dell'istruzione, non si possa migliorare il livello culturale o le competenze tecniche degli individui semplicemente imponendo loro "più scuola": al contrario, secondo Illich inquadrando la persona in un modello rigido (frustrandone magari lo spirito di iniziativa e la spinta all'apprendimento da "autodidatta") e delegando interamente ad istituzioni scolastiche eccessivamente burocratizzate e spersonalizzanti il compito di istruire si rischia di ottenere l'effetto opposto.

¹³⁶ Ivan Illich, *op. cit.*, pag. 237 e ss., dove descrive la nascita del servizio sanitario nazionale inglese (NHS), sottolineando come, nelle intenzioni del Ministro che lo istituì, la spesa inizialmente sostenuta sarebbe andata diminuendo col tempo a causa del previsto miglioramento delle condizioni generali di salute della popolazione che il nuovo sistema sanitario avrebbe portato.

burocratizzazione delle procedure rende i pazienti “tutti uguali” ed incapaci di esprimere critiche verso l’operato del medico (iatrogenesi sociale)¹³⁷.

L’abitudine all’affidamento acritico agli altri, che secondo Illich è una intrinseca caratteristica del capitalismo contemporaneo (il quale rende avvezzi ed anzi incoraggia a comprare o ad affidarsi a terzi piuttosto che a costruire, creare ed agire in proprio¹³⁸), assieme alla visione meccanicistica del corpo umano di origine cartesiana¹³⁹, determinerebbe una propensione a giudicare gli individui su canoni medici, quindi pervasi da un’aurea di scientifica e spersonalizzata “oggettività”, piuttosto che morali¹⁴⁰. D’altro canto, la medicina ha il potere di etichettare gli individui in modo “indelebile” (Illich fa riferimento a questo aspetto con l’espressione “imperialismo diagnostico”), con la conseguenza che chi è stato affetto da determinate malattie, come l’epilessia, la poliomielite, le malattie mentali, può essere vittima di una grave e durevole stigmatizzazione sociale¹⁴¹. Anche certi eventi naturali, come le conseguenze della senescenza, vengono considerati alla stregua di malattie piuttosto che come “fasi” della vita o processi fisiologici necessari ed ineluttabili¹⁴².

La medicalizzazione della società si estende a tutti i momenti cruciali dell’esistenza umana, nascita, vecchiaia, morte e conferisce alla classe medica ed alle case farmaceutiche un notevole potere.

Illich ritiene questo aspetto particolarmente importante ai fini della definizione della soggettività individuale. Egli evidenzia come ogni cultura tradizionale abbia una particolare concezione del corpo, del piacere, della gioia, della malattia, del dolore e della morte. In questo, individua un fondamentale nesso

¹³⁷ Ivan Illich, *op. cit.*, pag. 139

¹³⁸ Ivan Illich, *op. cit.*, pag. 86 e ss. Illich si riferisce alla scuola, ai mezzi di trasporto, all’urbanizzazione, a quella che oggi definiremmo “globalizzazione” dei mercati, che permettono di trovare prodotti alimentari provenienti da Paesi e mercati lontanissimi.

¹³⁹ Ivan Illich, *op. cit.*, pag. 164

¹⁴⁰ Ivan Illich, *op. cit.*, pagg. 52-57

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Ivan Illich, *op. cit.*, pag. 92

tra malattia, salute e soggettività, sostenendo che la percezione che si ha del proprio corpo e della propria salute dipendono dalla relazione con gli aspetti “dolci ed amari” della realtà: *“Il senso del corpo non è un’esperienza statica ma un dono di cultura che si rinnova di continuo”*¹⁴³.

Dunque, la cultura rende gli individui capaci di “dare un senso” alla malattia ed alla sofferenza, caratterizzando come umana questa esperienza, e si traduce in codici di condotta etico-igienica che dettano regole su come *“mangiare, bere, lavorare, respirare, fare l’amore, far politica, far ginnastica, cantare, sognare, far la guerra, soffrire”*¹⁴⁴. Per questo, l’assistenza solidale all’ammalato assume il ruolo di *“una forma di tolleranza per chi soffre”*¹⁴⁵.

Al contrario, la prassi medica odierna, sradicando dai contesti culturali tradizionali la cura del corpo, porta a concludere che *“non occorra affatto che ciascuno affronti personalmente il dolore, la malattia e la morte”*, poiché *“l’impresa medica rappresenta un tentativo di fare per conto di altri quello che gli altri, grazie al loro patrimonio genetico e culturale, erano prima in grado di fare da soli”*¹⁴⁶. Così facendo, si aspira ad eliminare l’esperienza del dolore, che si trasforma da *“disvalore intrinseco, intimo e incomunicabile”* in una *“reazione*

¹⁴³ Ivan Illich, *op. cit.*, pp. 141 e ss: *“La salute della persona è una responsabile interpretazione di un copione sociale. Il senso che una persona ha del proprio corpo, e con esso la sua salute, sono determinati dalla relazione che essa ha coi lati dolci e amari della realtà e dal modo con cui si comporta verso i propri simili quando si vede che soffrono, sono infermi o in preda all’angoscia. Il senso del corpo non è un’esperienza statica ma un dono di cultura che si rinnova di continuo”*. Illich fa riferimento alla cultura giavanese, in cui *“essere umani significa essere giavanesi. I bambini piccoli, i sempliciotti, i matti, gli individui rozzi e quelli sfacciatamente immorali sono considerati nduring djawa (non ancora giavanesi). L’adulto normale, capace di comportarsi secondo le elaboratissime regole dell’etichetta, educato alle delicate percezioni estetiche connesse alla musica, alla danza, al teatro e alla tessitura, e sensibile alle suggestioni del divino che risiede nella calma della coscienza introversa di ciascuno, costui è ampun djawa (già giavanese). Essere uomini non vuol dire semplicemente respirare ma altresì regolare il proprio respiro con tecniche tipo yoga in modo da udire nell’inspirazione e nell’espirazione la voce concreta di Dio che pronuncia il suo nome, hu Allah”*. L’autore conclude sul punto osservando che *“La salute colta è definita dallo stile con cui ciascuna società si esprime nell’arte di vivere, di far festa, di soffrire e di morire”*.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*

*organica, sistemica, che si può verificare, misurare, regolare*¹⁴⁷. Il medico decide dunque quali sono i dolori “autentici”, senza contestualizzarli rispetto all’esperienza individuale, e cerca di sopprimerli. L’individuo richiede che si elimini il suo dolore fisico, rinunciando ad elaborarlo ed a venire a patti con questa esperienza¹⁴⁸. In tale contesto, il medico riduce il proprio ruolo ad un’analisi distaccata dei sintomi, completamente avulsa dal paziente-persona, il che non consente di rispondere all’aspirazione del malato di essere compreso¹⁴⁹. La risposta asettica delle istituzioni sanitarie al dolore, espropriato al soggetto e spersonalizzato, viene paragonata all’orrore “*privo di significato*” seguito alla bomba di Hiroshima, in cui l’uomo diventa “*insensibile spettatore*” della propria decadenza¹⁵⁰.

Lo stesso può dirsi per il prolungamento della vita ad ogni costo, da cui è discesa una medicalizzazione della morte che l’autore definisce “*morte sotto cura obbligatoria*”¹⁵¹, che prevede una frapposizione del medico tra la morte ed il paziente, tale da sottrarre alla prima “*volto e forma*” ed addirittura la sua “*dignità*”¹⁵².

La “morte uguale per tutti” come mito del progresso scientifico e tecnologico impedisce la messa in atto, da parte del gruppo sociale, di quei riti che ne permettano la sopravvivenza di fronte ad un evento naturale ineludibile.

¹⁴⁷ Ivan Illich, *op. cit.*, pag. 152.

¹⁴⁸ Ivan Illich, *op. cit.*, 158

¹⁴⁹ Ivan Illich, *op. cit.*, pag. 161. Illich afferma che il medico “*è attrezzato non a comprendere gli interrogativi che il dolore suscita in chi soffre, ma a degradare tali dolori in un elenco di disturbi che si possa raccogliere in un dossier. Si vanta di conoscere la meccanica del dolore, e in tal modo elude l’invito del paziente alla compassione*”

¹⁵⁰ Ivan Illich, *op. cit.*, pag. 168: “*...Ciò che la bomba ha fatto a Hiroshima potrebbe aiutarci a capire l’effetto cumulativo che si crea in una società dove il dolore è stato espropriato per via medica. Il dolore che viene soffocato perde il suo carattere referenziale e genera un orrore residuo privo di significato, che non pone interrogativi...La nuova esperienza che ha preso il posto della sofferenza dignitosa è una conservazione artificialmente prolungata, opaca, spersonalizzata. La soppressione del dolore trasforma l’individuo in un insensibile spettatore della decadenza del proprio io*”

¹⁵¹ Ivan Illich, *op. cit.*, pag. 214.

¹⁵² I Ivan Illich, *op. cit.*, pagg. 214-215.

L'immagine imposta dalla società della morte clinica (dove “*chi ha*” può permettersi una “*morte migliore*” di “*chi non ha*”, e vede l'estensione del modello ai non abbienti tramite le istituzioni sanitarie come un trionfo), muta così non solo la visione della salute e della morte nella società occidentale, ma addirittura l'idea che la persona “*ha di se stessa, e che dà coesione alla sua cultura, si dissolve e gli individui, atomizzati, possono essere così incorporati nella massa internazionale dei consumatori fortemente socializzati*”¹⁵³.

Illich osserva come dopo il decesso l'essere umano sia diventato inutile “anche come consumatore”, mentre nella fase dell'agonia, quando la società moderna “impone” che la vita venga artificialmente prolungata, anche quando questa non abbia più senso per l'individuo, si continua a consumare, anzi si registra un aumento dei medicinali e dei servizi di cura necessari: “*morire è la forma estrema di resistenza al consumo*”¹⁵⁴.

Inoltre insiste sul fatto che le cure veramente efficaci sono poche, e che spesso la loro somministrazione e gestione non richiedono altro che le competenze tecniche ed il livello di comprensione “*raggiungibile da qualunque profano*”, e che quindi molte malattie potrebbero tranquillamente essere affrontate in proprio, all'interno del nucleo familiare o affidato a “*medici scalzi, non professionisti, profondamente impegnati sul piano personale*” in maniera molto più efficace dei “*medici, psichiatri, dentisti, ginecologi, fisioterapisti o oculisti di professione*”¹⁵⁵. Di fronte all'obiezione che il malato non abbia la necessaria serenità per curarsi, al punto che anche i medici ricorrono ai colleghi per far curare i propri figli, Illich ribatte che questo tipo di reazioni sia tipico di una società centrata sul soddisfacimento delle aspettative del consumatore piuttosto che su una

¹⁵³ Ivan Illich, *op. cit.*, pag. 219

¹⁵⁴ Ivan Illich, *op. cit.*, pag. 222. L'autore afferma che “*la morte tecnica ha prevalso sul morire. La morte meccanica ha vinto e distrutto tutte le altre morti*”. (*ibid.*, pag. 223).

¹⁵⁵ Ivan Illich, *op. cit.*, pag. 186.

valorizzazione della componente umana dell'individuo e tesa al perseguimento della sua realizzazione¹⁵⁶.

Al fine di descrivere meglio il fenomeno, utilizza l'espressione "controproduttività", con cui indica "la sovrapproduzione industriale che paralizza l'iniziativa autonoma"¹⁵⁷, che mira ad educare gli individui ad acquistare ed a consumare anziché ad agire¹⁵⁸, riducendone il raggio di azione, inducendo in loro una condizione di "dipendenza inabilitante", giungendo al paradossale risultato di promettere più beni di consumo anziché di proteggere l'autonomia individuale¹⁵⁹.

Tuttavia, Illich sottolinea che oggi esistono alcune strade per opporsi a questo dilagante fenomeno, riappropriandosi della cura della propria salute. Le soluzioni indicate sono l'associazionismo dei malati, i movimenti politici ed altre forme di azione civile organizzata. Queste però non devono tendere ad incrementare ulteriormente la sovrapproduzione di beni e servizi inutili, che soffocano l'iniziativa e l'autonomia individuale, ma, al contrario, devono incentivare l'autocura e l'utilizzo consapevole della medicina. A tal fine, è necessario che l'associazionismo miri a far sì che le cure dispensate a ciascun individuo non "sottraggano" risorse per curare altri casi di analoga urgenza, che nessuno venga curato contro il suo parere e che si contenga il livello delle cure "entro livelli sub-iatrogeni", massimizzando la "sinergia dei modi autonomo ed eteronomo di produzione della salute" ed evitando la "controproduttività" dei servizi sanitari¹⁶⁰. Inoltre, i cittadini dovrebbero essere in grado di controllare gli

¹⁵⁶ Ivan Illich, *op. cit.*, 187. Illich parla di una "società dove la regola è andare incontro alle aspettative del consumatore, dove le risorse sanitarie sono predisposte sulla base del modello ospedaliero e dove domina la mitologia dell'efficienza medica. Non sarebbero più valide in un mondo orientato verso il perseguimento efficace di obiettivi personali, che un austero uso della tecnologia mettesse alla portata pressoché di tutti".

¹⁵⁷ Ivan Illich, *op. cit.*, pag. 227.

¹⁵⁸ Ivan Illich, *op. cit.*, pag. 232

¹⁵⁹ Ivan Illich, *op. cit.*, pag. 233

¹⁶⁰ Ivan Illich, *op. cit.*, pagg. 260-261

ordini professionali e le “*occulte gerarchie di salute*”, senza “*chinarsi al monopolio professionale nell’attribuzione del ruolo di malato*”¹⁶¹.

Precisa anche che ciò non deve portare ad un rifiuto della medicina moderna, o ad uno smantellamento dei sistemi sanitari finanziati con risorse pubbliche, ma deve semplicemente evitare di “mistificare” la professione, in modo che i medici non abbiano un totale controllo sull’utilizzo della spesa statale stanziata per la sanità. Bisogna stimolare una valutazione del medico che non provenga esclusivamente “dall’alto” ossia dai pubblici poteri e/o dagli altri medici, ma anche dal “basso”, ossia dai pazienti, rifuggendo dal mito che il progresso scientifico possa risolvere problemi necessariamente “umani” e che il diritto di accedere alle cure fornite da istituzioni impersonali possano sopperire alla fiducia che gli uomini hanno l’uno nell’altro¹⁶².

In conclusione, Illich è fortemente critico riguardo alla rinuncia a gestire in proprio la cura di sé, abbandonandosi agli stimoli esterni in modo passivo. E’ questo l’aspetto che maggiormente caratterizza la sua opera, non solo con riferimento alla medicina ma anche ad altri settori della vita in particolare all’istruzione¹⁶³. Per valorizzare la scelta e l’autodeterminazione individuale, e permettere una riappropriazione delle cure sanitarie da parte degli individui, ritiene che sia necessario ripensare le istituzioni sanitarie in modo da limitare il monopolio corporativo, riducendo al minimo l’intervento dei medici professionisti, responsabilizzando gli individui “profani”, favorendo la gestione delle tecnologie sanitarie da parte di questi ultimi.

¹⁶¹ Ivan Illich, *op. cit.*, pag. 266

¹⁶² Ivan Illich, *op. cit.*, pagg. 273-274.

¹⁶³ Del resto, come si è notato, altri critici della medicina di età romana (Catone e Plinio il Vecchio), nonché Ippocrate (nella misura in cui criticava le medicine “mistiche” ed irrazionali di origine religiosa) evidenziavano proprio l’aspetto della “delega” e dell’abbandono acritico ai professionisti ed alle “corporazioni” professionali.

Dal punto di vista giuridico, **occorre conferire la possibilità a ciascuno di definire la propria salute**, subordinando l'autodeterminazione individuale al solo rispetto dei diritti del prossimo¹⁶⁴.

2. Altri classici della medicalizzazione: la dominanza medica

Dai primi anni '70 furono effettuati altri studi di particolare rilievo, che, insieme ad Illich vengono considerati i "classici" della medicalizzazione.

Irving Kenneth Zola, autore di uno dei saggi maggiormente significativi sul tema della medicalizzazione, "*Medicine as an institution of social control*"¹⁶⁵, **evidenzia come il ricorso alla medicina e l'interventismo pubblico in tale settore comportino un controllo delle scelte e dei comportamenti individuali, specie se giustificati da una pretesa "neutralità" scientifica delle soluzioni**¹⁶⁶.

Analogamente a Illich, Zola sostiene che proprio la "neutralità" della scienza medica dà luogo ad una spersonalizzazione dell'individuo e ad uno spostamento dei canoni di valutazione delle condotte dal piano della morale a quello della causalità scientifica, deresponsabilizzando l'individuo, mentre delega ai professionisti il compito di stabilire quali siano i comportamenti "virtuosi da tenere", che hanno per obiettivo il mantenimento della salute, nonché i criteri ideali a cui ciascuno deve rispondere per essere "sano"¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Ivan Illich, *op. cit.*, pag. 290.

¹⁶⁵ Irvin Kenneth Zola, "Medicine as an Institution of Social Control", in *Sociological review*, 20 (1972) 4, pag. 487.

¹⁶⁶ Ivan Illich, *op. cit.*, pag. 502.

¹⁶⁷ Irving Kenneth Zola, *ibidem*, pag. 502. A questo proposito, con una certa ironia, Zola, descrive quella che secondo la scienza medica del tempo risultava essere la situazione individuale più favorevole al mantenimento di uno stato di salute e quindi ad una vita longeva –condizione che secondo l'autore presentava analogie con quella dei polli degli allevamenti di tipo "industriale-intensivo": "A few years ago a physician speculated on what, based on current knowledge, would be the composite picture of an individual with a low risk of developing atherosclerosis or coronary-artery disease. He would be: ' . . . an effeminate municipal worker or embalmer completely lacking in physical or mental alertness and without drive, ambition, or competitive spirit; who has never attempted to meet a deadline of any kind; a man with poor appetite, subsisting on fruits and vegetables laced with corn and whale oil, detesting tobacco, spuming ownership of radio, television, or motorcar, with full head of hair but scrawny and unathletic appearance, yet

Il timore maggiore di Zola è che questa eterodeterminazione delle condotte si presenti non tanto sotto forma di una imposizione autoritaria ma, al contrario, in maniera estremamente subdola, proprio perché caratterizzata dalla pretesa “obiettività scientifica” della medicina oltre che dall’impegno personale dei professionisti sanitari, i quali, in buona fede, utilizzano le proprie conoscenze per curare i pazienti, però secondo i canoni imposti dalla corporazione¹⁶⁸. In questo senso ritiene che la medicina rappresenti l’esempio principe della crisi di identità dell’individuo moderno”¹⁶⁹.

Egli fonda la propria riflessione anche sulla sua esperienza personale: essendo affetto da un’invalidità permanente, alcune delle scelte più importanti della sua vita, che lo avevano portato ad una brillante carriera universitaria e ad una serena situazione familiare, erano state effettuate nonostante il parere contrario dei medici¹⁷⁰.

Un altro importante studioso della medicalizzazione è stato Thomas Szasz, il quale si è concentrato soprattutto sul ruolo della medicina con riguardo alla psichiatria ed alle restrizioni della libertà personale a cui vengono costretti i malati

constantly straining his puny muscles by exercise. Low in income, blood pressure, blood sugar, uric acid and cholesterol, he has been taking nicotinic acid, pyridoxine, and long term anto-coagulant therapy ever since his prophylactic castration.”

¹⁶⁸ *Ibidem*, pag. 502. Addirittura, l’autore fa propria l’espressione “banalità del male” di Hanna Arendt, evidenziando come l’espropriazione della libertà individuale, che conferisce “umanità” alle scelte che ciascuno fa in relazione alla propria salute, bilanciando secondo i propri valori i benefici e gli effetti di terapie e malattie, si presenti sotto forma di un “aiuto” qualificato, spesso sostenuto dalla “buona fede” del professionista.

¹⁶⁹ *Ibidem*, pag. 502.

¹⁷⁰ Infatti, in età molto giovane era stato vittima di poliometite, la quale gli aveva cagionato una disabilità permanente. Essendo nato in una famiglia povera, ed avendo vinto una borsa di studio per frequentare una famosa scuola superiore, si trovò nella situazione di dover scegliere se rinunciare a questa opportunità a causa del fatto che la scuola aveva delle scale molto impervie, che solo con notevole sforzo avrebbe potuto salire, con ulteriore detrimento per la propria salute. Il medico gli aveva consigliato di rinunciare, per evitare un peggioramento della propria condizione fisica, ma il giovane Zola, d’accordo con la madre, aveva deciso di non ascoltare il consiglio, preferendo rischiare la propria salute a beneficio delle opportunità che gli studi avrebbero potuto offrirgli, piuttosto che rimanere nel degrado delle periferie di Boston dove abitava. Cfr. Irving Kenneth Zola, “Bringing Our Bodies and Ourselves Back In: Reflections on a Past, Present, and Future Medical Sociology”, in *Journal of Health and Social Behavior*, Vol. 32, No. 1 (Mar., 1991), pp. 1-16.

psichiatrici¹⁷¹. Egli fa notare come la medicalizzazione, determinata dalla classificazione di certi comportamenti e condizioni come “patologici”, sia un fenomeno animato da interessi di tipo morale, economico e sociale. L’esempio più emblematico è il generale divieto di utilizzare alcuni farmaci e l’obbligo di prescrizione esistente verso molti di essi: mentre l’assunzione di medicinali era stata “*per millenni, una questione di autocontrollo, usanze, religione e diritto*”, ed in parte lo è ancora, oggi si è di fronte alla capillare regolamentazione fondata su fatti scientifici di validità talora discutibile, sulla proibizione di utilizzare oppiacei ed altre sostanze stupefacenti, su cui vanno ad innestarsi spinte, apparentemente di segno opposto, di soggetti che promuovono l’utilizzo della marijuana medicalmente controllato, il suicidio assistito, ed altre simili pratiche, da cui discende una generale perdita del possesso su se stessi (“*self-ownership*”) ed il diritto all’autocura (“*self-medication*”)¹⁷².

Szasz pone al centro della propria riflessione il fatto che la persona comune (“*layperson*”) che debba o voglia accedere a determinati farmaci, sia obbligata a ricorrere ad un medico professionista, abilitato dai pubblici poteri, il quale la certifichi come affetta da una particolare patologia che giustifichi la prescrizione dei farmaci in questione. Tutto ciò è l’emblema della medicalizzazione. Ma la

¹⁷¹ Szasz sostiene che la mente, non essendo un’entità corporea, non può essere “malata” alla stessa stregua del corpo. L’espressione “malattia mentale” è dunque una metafora. Thomas Szasz. *The Myth of Mental Illness*, Harper and Row, New York, 1974.

¹⁷² Thomas Szasz, *The Freeman*, 57 (2007)18-19: “*Medical classification -- the linguistic-conceptual ordering of phenomena we call "diseases" and of the interventions we call "treatments" -- is a human activity, governed by human interests. In the United States today, the forces of medicalization rule virtually unopposed, indeed unrecognized for the economic, moral, and political interests that they represent. Our drug policies are illustrative. For millennia, the regulation of drug use was a matter of self-control, custom, religion, and law. In part, this is still the case. More importantly, however, drug use is regulated by laws and ostensibly scientific "facts," exemplified by a broadly based drug prohibition consisting of prescription laws and criminalization of the trade in many drugs, such as opiates, cocaine, and marijuana. This is drug medicalization from above. Drug medicalization from below is pursued no less zealously by individuals who, while ostensibly opposed to our drug laws, promote so-called medical marijuana initiatives, physician-assisted suicide, and similar schemes. The result is loss of self-ownership and the right to self-medication -- the classical liberal/libertarian perspective on drug use*”.

generale accettazione di tale prassi, vista come il risultato del progresso scientifico, non fa che consolidare ulteriormente l'affermazione della dominanza medica¹⁷³.

Come Illich, anche Szasz è molto critico verso la deresponsabilizzazione del paziente che la medicalizzazione comporta, giungendo a conclusioni estreme: pur essendo contrario alla ospedalizzazione dei pazienti psichiatrici (come corollario al suo rifiuto, -vedi *supra*- di definire come "malattie" le patologie psichiatriche), egli ritiene che l'eccezione processuale di incapacità mentale non dovrebbe essere più ammessa, riportando sul piano della morale le condotte illecite dei soggetti di cui si accerti una "malattia mentale"¹⁷⁴.

Un altro sostenitore della tesi "classica" della medicalizzazione è il sociologo statunitense Peter Conrad. Egli sviluppò la sua teoria in materia⁸ partendo dall'estensione della medicina a comportamenti devianti, fino ad allora considerati come meri "attributi della personalità" o comportamenti riprovevoli sul piano

¹⁷³ Ibidem. : *"The transformation of religious explanations and controls into medical explanations and controls of behavior is one of the momentous consequences of the Enlightenment. The waning power of religion and the Church and the waxing power of science and the State is manifested, among other things, by the political control of medical practice and the drug laws that deny access to lay person to drugs (except those classified as over-the-counter). To legally obtain or possess a "prescription drug," the lay person must establish a professional relationship with a licensed physician and receive a diagnosis for an illness: that is, he must be a patient who suffers from a proven or putative illness. For example, to receive a sleeping pill, the person must "suffer from insomnia." This charade contributes mightily to the medicalization rampant in our society. In turn, medicalization is mindlessly equated, especially by the cognoscenti, with scientific, moral, and social progress, and contributes further to its popularity"*.

¹⁷⁴ Sul sito internet del centro di ricerca dedicato a Thomas Szasz è pubblicato un "manifesto" del suo pensiero, nel quale si propone una "abolition of the insanity defence": *"Abolition of the insanity defense: "Insanity is a legal concept involving the courtroom determination that a person is not capable of forming conscious intent and, therefore, cannot be held responsible for an otherwise criminal act. The opinions of experts about the "mental state" of defendants ought to be inadmissible in court, exactly as the opinions of experts about the "religious state" of defendants are inadmissible. No one ought to be excused of lawbreaking or any other offense on the basis of so-called expert opinion rendered by psychiatric or mental health experts. Excusing a person of responsibility for an otherwise criminal act on the basis of inability to form conscious intent is an act of legal mercy masquerading as an act of medical science. Being merciful or merciless toward lawbreakers is a moral and legal matter, unrelated to the actual or alleged expertise of medical and mental health professionals"*. <http://www.szasz.com/manifesto.html> (così come il sito compare in data 30/09/2010)

morale, in particolare alla sindrome da iperattività dei bambini (“ipercinesi”)¹⁷⁵, utilizzando, a questo proposito, l’espressione “*from badness to sickness*”¹⁷⁶. Conrad identifica il presupposto della medicalizzazione delle condotte devianti nella società occidentale con la diffusione di una visione “scientifica”, piuttosto che “teologico-morale” dei fenomeni, che porta a considerare la devianza, percepita come “indesiderabile”, alla stregua di patologia medica. A questo fine, la professione medica rappresenta un “autorevole strumento” per analizzare tali fenomeni e per “porvi rimedio”¹⁷⁷.

3. Biopolitica, biopotere, istituzioni politico-giuridiche e riscoperta del corpo: il contributo determinante di Foucault.

Uno degli studiosi che ha maggiormente contribuito all’analisi dei problemi della medicalizzazione e che ha avuto grande seguito¹⁷⁸ è stato Michel Foucault.

¹⁷⁵ Peter Conrad, *Identifying Hyperactive Children: The Medicalization of Deviant Behavior*, Ashgate, Adelrshot 2006. L’autore, in altre opere, osserva come anche il brutto aspetto fisico sia ormai stato medicalizzato, a causa delle pressioni sociali e dei media: cfr. Peter Conrad, “Le mutevoli spinte della medicalizzazione”, *Salute e Società*, n° 2/2009, pagg. 36-56.

¹⁷⁶ Cfr. Peter Conrad, Joseph Schneider, *From badness to sickness*, Temple University Press, Philadelphia PA, 1992. In tale opera, si parte dall’assunto che le classificazioni mediche attinenti alle malattie di tipo psichiatrico, sebbene si proclamino come “moralmente neutre”, risentano in realtà dell’ordine morale della società, e le decisioni di inquadrare ed affrontare la devianza attraverso l’intervento della medicina è una decisione politica. Tra gli esempi estremi che vengono citati a tale proposito, vi è la tendenza a considerare come malati psichici alcuni dissidenti politici in Unione Sovietica, considerati affetti da “paranoia con delusioni controrivoluzionarie” e “riformismo maniaco”. Per cui, il rapporto tra “peccato, reato e devianza” deriva sempre dall’esito di un conflitto politico. Cfr. pag. 35-36.

¹⁷⁷ In Peter Conrad, *Identifying Hyperactive Children: The Medicalization of Deviant Behavior*, op. cit., pag. 93-94, egli asserisce che gli antecedenti alla medicalizzazione della devianza siano rappresentati dai seguenti fattori: il comportamento in questione sia definito come deviante e sia ritenuto un problema sociale; le precedenti o tradizionali forme di controllo sociale non sono considerate efficaci o accettabili; le forme mediche di controllo sociale sono disponibili; la presenza di dati organici ambigui deve esistere per argomentare l’origine medica del problema; la professione medica è disposta a farsi carico del problema. Le due condizioni contingenti della medicalizzazione sono costituite dai benefici che essa comporta per le istituzioni esistenti e quanto la spiegazione scientifica proposta sia socialmente accettata.

¹⁷⁸ Quasi tutti i sociologi che si occupano di medicalizzazione si confrontano con le tesi di Michel Foucault. Tra questi si possono menzionare Deborah Lupton, Dominique Memmi, Didier Fassin.

Egli evidenzia, analogamente a Zola, come il potere esercitato sull'individuo nella società moderna si manifesti in maniera "occulta". Contrariamente a quanto avveniva agli albori dello Stato moderno, quando la massima espressione della "potenza" del sovrano risiedeva nello *ius vitae ac necis* sui sudditi, che Foucault suppone discendesse dalla *patria potestas* romana, la tipologia di potere affermatasi negli Stati occidentali contemporanei ambisce a **"plasmare" la vita dell'individuo** piuttosto che a dargli la morte o esercitare su di lui coercizioni fisiche. In altre parole, la coazione non si attua sul piano politico-giuridico, con la minaccia "della spada", con l'irrogazione di sanzioni, con l'uso della forza o l'inflizione della morte in conseguenza a comportamenti indesiderati; piuttosto, essa interviene sulla "normalizzazione" delle condotte e delle abitudini dei singoli¹⁷⁹, i cui corpi vengono resi "docili" ed allo stesso tempo forti ed "addestrati" a servire la loro funzione nella società, come avviene nei collegi, nelle caserme, nelle fabbriche¹⁸⁰. Anche la salute è un attributo necessario a questo scopo, poiché un corpo malato mal si presterebbe allo svolgimento efficace di alcuna mansione¹⁸¹. Questo complesso di forze e pressioni tese a normalizzare la vita e la condotta dell'individuo ed a disciplinarne il corpo viene definita da Foucault con l'espressione **"biopotere"**¹⁸².

Foucault osserva come l'affermazione del biopotere sia avvenuta durante l'età moderna, a partire dal Seicento, giungendo tuttavia ad un punto di svolta alla fine del Settecento, quando la rivoluzione borghese ha dato vita allo Stato contemporaneo. In quest'epoca, il progresso scientifico ed industriale ed i conseguenti mutamenti nell'economia e nella società hanno portato ad un radicale cambiamento nella percezione individuale di sé e del proprio corpo, dalla quale

¹⁷⁹ Michel Foucault, *Storia della sessualità, vol I: La volontà di sapere*, (trad. it.), Feltrinelli, Milano 1978, pag. 120

¹⁸⁰ Michel Foucault, *op. cit.*, pag. 121

¹⁸¹ Michel Foucault, *op. cit.*, pag. 121-123

¹⁸² Michel Foucault, *op. cit.*, pag. 123

discende l' omologazione delle condotte¹⁸³. Foucault attribuisce questo mutamento a diversi ordini di fattori.

Lo sviluppo scientifico ha permesso di arrivare ad una migliore comprensione dei processi biologici e naturali, sia attinenti alla fisiologia umana che alle scienze naturali ed agronomiche, che rendono possibile intervenire efficacemente sulle condizioni di vita di una gran parte della popolazione dal punto di vista igienico, medico e alimentare. L'utilizzo delle scienze statistiche e della demografia, poi, ha consentito di comprendere l'interazione tra la condizione individuale e la popolazione nel suo complesso. Tutte queste “*osservazioni e...misure che si rivolgevano alla vita*”, sia dei singoli sia delle masse, hanno spinto ad intervenire sui fenomeni che ne sono alla base, controllandoli e modificandoli, in modo tale da allontanare “*alcune imminenze della morte*”, andando ad incidere sulla vita in maniera strumentale alle esigenze del potere¹⁸⁴. Non si trattava più, dunque, di far morire o lasciar vivere; piuttosto, si trattava di “*far vivere*” o di “*respingere nella morte*”¹⁸⁵. Secondo Foucault, questa strumentalizzazione della vita da parte del biopotere sarebbe anche confermata dall'atteggiamento nei confronti della morte, dalla scomparsa dei rituali che tradizionalmente la accompagnavano e dalla cura che si pone nell'evitarla¹⁸⁶. La morte rappresenterebbe il momento in cui l'individuo “sfugge” al potere, tutto centrato sulla vita¹⁸⁷. Di conseguenza, il suicidio diviene oggetto dei primi studi

¹⁸³ *Ibid.* pag. 120

¹⁸⁴ *Ibid.* pag. 120-122

¹⁸⁵ *Ibid.* Pag. 122

¹⁸⁶ *Ibid.* Pag. 122. Il rifiuto della morte e la scomparsa dei rituali tradizionali appare a Foucault non tanto come una “nuova angoscia esistenziale” ma come un allontanamento dalla morte da parte del potere politico, sempre più disinteressato alla stessa: mentre in precedenza la morte rappresentava il passaggio dalla “sovranità terrestre” ad un'altra, molto più potente, e “il fasto che la circondava partecipava della cerimonia politica”, oggi la morte è “il limite, il momento che sfugge” (*ibid.*).

In questo si registra una analogia con quanto sostenuto in proposito da Ivan Illich, che vedeva nella morte il momento in cui il cittadino-consumatore di prodotti farmaceutici ed utente di servizi sanitari cessava di consumare (e quindi di essere oggetto di interesse del potere): vedi *supra*.

¹⁸⁷ *Ibid.* Pag. 122-123.

scientifici di tipo sociologico, poiché evidenzia l'esistenza, "alle frontiere e negli interstizi del potere che si esercita sulla vita", di un diritto privato di morire¹⁸⁸.

Inoltre, la necessità di utilizzare manodopera, e, quindi, il corpo umano, ai fini della produzione industriale e le conseguenti esigenze di "razionalizzazione" hanno reso necessaria la "normalizzazione" dei comportamenti e delle abitudini¹⁸⁹.

Sul piano prettamente sociale, l'ascesa della borghesia ed il consolidamento di questa ai vertici della società e del potere politico, avvenuto durante l'età "vittoriana" post-rivoluzionaria, ha dato luogo ad un irrigidimento dei costumi morali e sessuali, nei quali Foucault vede una forma di "razzismo" con cui si escludevano dal potere coloro che non appartenevano a quella classe sociale¹⁹⁰. Essa avveniva attraverso la valorizzazione del matrimonio borghese sia sul piano sociale che economico, e si riverberava sul piano "biopolitico" attraverso il misterioso silenzio, imposto dalla morale "borghese-vittoriana", che avvolgeva la camera dei coniugi come unico luogo adeguato per la sessualità, la quale doveva comunque essere finalizzata esclusivamente alla procreazione¹⁹¹.

A questo proposito, infatti, ritiene che uno degli elementi maggiormente significativi, per comprendere come il potere incida sulla percezione di sé, risieda nell'osservazione delle modalità con cui gli individui ricercano il piacere, particolarmente il piacere fisico e sessuale. Per questa ragione, nei tre volumi della *Storia della Sessualità*, l'autore analizza come il piacere erotico sia stato inteso

¹⁸⁸ Michel Foucault, *op. cit.*, pagg. 122-123. A questo proposito, Foucault nota che il suicidio è stato uno dei primi oggetti di studio della sociologia nel XIX secolo, in quanto fenomeno di difficile comprensione: "Questa ostinazione a morire, così strana e tuttavia così regolare, così costante nelle sue manifestazioni, così poco spiegabile quindi con particolarità o accidenti individuali, fu uno dei primi stupori in una società in cui il potere politico si era dato il compito di gestire la vita".

¹⁸⁹ Michel Foucault, *op. cit.*, pag 126. L'autore osserva: "Così, il fatto di vivere non è più il fondo inaccessibile che emerge solo di tanto in tanto, nelle vicende della morte e della sua fatalità; esso passa, almeno in parte nel campo di controllo del sapere e di intervento del potere". Interessante anche l'analisi dell'etimologia della parola "normale" effettuata da Foucault, il quale fa notare come, fino alla fine del XVIII secolo, la norma indicasse la "squadra" –lo strumento di misurazione- e quindi "normale" significasse "a misura", per poi mutare negli anni attorno alla Rivoluzione francese assumendo il significato odierno.

¹⁹⁰ Michel Foucault, *op. cit.*, pag. 124

¹⁹¹ Michel Foucault, *op. cit.*, pag. 127

nella società occidentale dall'antica Grecia ai giorni nostri, evidenziando, in particolare, quali pratiche siano state considerate lecite e quali invece riprovevoli, e pone altresì l'attenzione sui riflessi linguistici dei mutevoli canoni morali del linguaggio comune, che portano alcune espressioni ed alcuni termini troppo "espliciti" ad essere inappropriati¹⁹².

Secondo Foucault, dunque, si dà luogo ad una nuova tipologia di potere, che egli definisce "biopolitica", che interviene fin nelle sfere più intime delle condotte di vita individuali, adattandole alle esigenze politiche ed economiche "efficientistiche" dello Stato borghese-capitalista. La biopolitica "*designa quel che fa entrare la vita ed i suoi meccanismi nei calcoli espliciti e fa del potere-sapere un agente di trasformazione della vita umana*"¹⁹³. Infatti, "*la realtà biologica si riflette in quella politica; il fatto di vivere non è più il fondo inaccessibile che emerge solo di tanto in tanto nelle vicende della morte e della sua fatalità; esso passa, almeno in parte, nel campo di controllo del sapere e di intervento del potere*"¹⁹⁴.

Foucault osserva come il "biopotere" non si esprima più nelle caratteristiche forme di "normazione" legislativa e di repressione amministrativo-giudiziaria - le quali comunque continuano ad esistere come "giustificazione" del potere stesso e per renderlo più accettabile¹⁹⁵ - ma piuttosto la norma opera sul piano della regolazione delle condotte¹⁹⁶. Pertanto, "*è la vita, molto più del diritto, che è diventata allora la posta in gioco delle lotte politiche, anche se queste fanno*

¹⁹² In particolare, Foucault nota che fino al Seicento i costumi sessuali erano molto più "aperti", che "i bambini si aggiravano senza vergogna fra le risate degli adulti", e che certi termini espliciti divennero "inaccettabili" a partire dal Seicento, ma in particolare con l'affermazione della borghesia dalla fine del Settecento in avanti. Cfr. Michel Foucault, *op. cit.*, pag. 128

¹⁹³ Michel Foucault, *op. cit.*, pag. 126

¹⁹⁴ Michel Foucault, *op. cit.*, pag. 126.

¹⁹⁵ *Ibid.* Non deve quindi trarre in inganno il proliferare di costituzioni, codici e legislazione positiva a partire dalla fine del Settecento.

¹⁹⁶ *Ibid.* Pag. 128

affermazioni di diritto”¹⁹⁷, in risposta a queste nuove forme di potere che “*non partecipano del diritto tradizionale della sovranità*”¹⁹⁸. In questo contesto, la sessualità assume importanza come “chiave d’accesso” tanto al corpo dei singoli individui quanto alla vita della specie e dei fenomeni di massa (a partire, ovviamente, dalle “*incitazioni o freni alla procreazione*”, e dalle “*campagne ideologiche di moralizzazione o responsabilizzazione*”¹⁹⁹)²⁰⁰. Il piano individuale, la “*anatomo-politica del corpo umano*”, e collettivo, la “*biopolitica della popolazione*”, attuata mediante “*controlli regolatori*”, sono strettamente interconnessi fra loro e sono due risvolti essenziali del potere biopolitico²⁰¹.

Le forme di resistenza al potere tuttavia non si possono racchiudere nella cosiddetta “liberazione sessuale”, nella quale anzi è possibile vedere un’altra espressione del potere biopolitico²⁰². E’ dunque nella riscoperta dei corpi e dei piaceri, non del sesso-desiderio, che si deve partire per “opporsi” ed emanciparsi dal potere²⁰³.

¹⁹⁷ Michel Foucault, *op. cit.*, pag. 128-129: “*Il “diritto” alla vita, al corpo, alla salute, alla felicità, alla soddisfazione dei bisogni, il “diritto” a ritrovare, al di là di tutte le oppressioni o alienazioni, quel che si è e tutto quel che si può essere, questo “diritto” così incomprensibile per il sistema giuridico classico, è stato la replica politica a tutte queste nuove procedure di potere che, a loro volta, non partecipano del diritto tradizionale della sovranità*”.

¹⁹⁸ Michel Foucault, *op. cit.*, pag. 129

¹⁹⁹ Michel Foucault, *op. cit.*, pag. 129.

²⁰⁰ Michel Foucault, *op. cit.*, pagg. 135-137. Foucault individua quattro tecniche basilari con cui la biopolitica borghese capitalista interviene sulla sessualità. In primo luogo, evidenzia come l’attenzione per la sessualità comincia dalla prima infanzia, durante la quale avviene un’opera di moralizzazione e repressione minuziosa del bambino; in secondo luogo, essa si attua anche attraverso la “*isterizzazione delle donne, che ha suscitato una medicalizzazione minuziosa del loro corpo e del loro sesso*”, effettuata in nome della loro funzione sociale e della loro responsabilità verso i figli; in terzo luogo, essa si esplica attraverso psichiatrizzazione delle perversioni, da cui discende che il sesso risponda solo ad una funzione biologica, finalizzata alla procreazione, e che l’istinto debba essere controllato per evitare l’apparire di condotte “patologiche”; infine, il potere biopolitico interviene sulla socializzazione delle condotte sessuali, costrette tra una “legge di realtà” di tipo economico e sociale (per cui l’attività sessuale debba svolgersi solo nell’ambito del matrimonio borghese) ed una “economia del piacere” (con la quale si aggira la “legge di realtà” ogniqualevolta ciò sia possibile), dal cui equilibrio dipende il confine tra il piacere e la necessità di porvi fine.

²⁰¹ Michel Foucault, *op. cit.*, pag. 123

²⁰² Michel Foucault, *op. cit.*, pag. 142

²⁰³ Michel Foucault, *op. cit.*, pagg. 137-138. “*Creando questo elemento immaginario che è il sesso, il dispositivo di sessualità ha suscitato uno dei suoi principi interni di funzionamento più*

Il contributo fondamentale dell'opera di Foucault riguardo al ruolo della medicina risiede nelle riflessioni circa la soggettività. Il controllo del potere sul corpo raggiunge il più alto livello attraverso l'indagine medica, e l'istituzione della **clinica moderna**, a partire dagli ultimi anni del XVIII secolo, costituisce l'emblema della **pervasività delle istituzioni sull'individuo**, al punto da mutare gli archetipi concettuali e linguistici con cui l'uomo si confronta con la malattia. L'essere umano, ormai divenuto soggetto ed oggetto di scienza, superando così quello che era il limite aristotelico, trasforma il rapporto tra medico e paziente da una relazione tra pari, in cui il paziente ottiene la prestazione del medico dietro pagamento di un corrispettivo, ad uno di subordinazione, ove i due soggetti sono *“ingabbiati in una situazione comune ma non reciproca”* e dove l'uomo viene osservato alla stessa stregua degli astri o di un esperimento di laboratorio²⁰⁴.

Lo sguardo penetrante del medico, a cui passivamente si sottopone la persona malata, non è solo uno sguardo riduttore dell'individuo, ma **fondatore** dello stesso: *“l'oggetto del discorso può essere anche il soggetto, senza che le figure dell'oggettività siano tuttavia alterate”*²⁰⁵.

Nei momenti di cambiamento storico, quando gli assetti di potere vengono rimessi in discussione, si ha una ridefinizione della soggettività individuale ed i canoni simbolici, linguistici e culturali ne riflettono i mutamenti, così come le norme giuridiche. Una presa di coscienza di queste forme di potere deve necessariamente partire dal corpo, in particolare dalla consapevolezza delle forme di piacere. Questo non significa che l'individuo divenga “libero” da ogni influenza, o che divenga migliore, o che stabilisca nuovi e più “avanzati” canoni

essenziale. Il desiderio del sesso -desiderio di averlo, desiderio di accedervi, di scoprirlo, di liberarlo, di articularlo in discorso, di formularlo in verità. Esso ha costituito il sesso come desiderabile. E questa desiderabilità del sesso fissa ciascuno di noi all'ingiunzione di conoscerlo, di portarne alla luce la legge ed il poter; questa desiderabilità ci fa credere che affermiamo contro ogni potere i diritti del nostro sesso, mentre nei fatti ci lega al dispositivo di sessualità, che ha fatto emrgere dal fondo di noi stessi il tenebroso bagliore del sesso come un miraggio in cui crediamo di riconoscerci”.

²⁰⁴ Michel Foucault, *Naissance de la clinique*, PUF, Paris, 1972, Preface, pagg. X-XI . Emblematico è il fatto che il dialogo tra medico e paziente, che un tempo cominciava con la domanda “cos'ha?”, oggi comincia con la domanda “dove le fa male?” (cfr. *ibid.*, pag. XIV-XV)

²⁰⁵ Michel Foucault, *op. ult. cit.*, pag. X

di ciò che costituisce un accettabile esercizio del potere; semplicemente, rendere conoscibili ed identificabili le modalità con le quali il potere agisce permette di rivederne in modo critico le caratteristiche. La consapevolezza diviene pertanto il punto di partenza per opporre forme di resistenza e ridefinire la propria soggettività²⁰⁶.

4. Il dibattito odierno: percezione del corpo e sovranità nell'era delle biotecnologie e della crisi dello Stato contemporaneo occidentale

I citati studi sulla medicalizzazione, ed in particolare quelli di Foucault, hanno avuto molto seguito nella successiva letteratura medico-sociologica e sono tutt'oggi dei punti di riferimento indispensabili nel settore²⁰⁷, **poiché hanno messo in evidenza il corpo**, inteso come entità materiale, che invece è il “grande assente”²⁰⁸ in tutti i settori delle scienze sociali.

Le difficoltà sorgono in particolare dal fatto che esso viene spesso considerato come un punto di partenza “scontato” dell'esistenza umana, come oggetto “pre-sociale” posto in secondo piano dalla dimensione psichica e spirituale dell'individuo²⁰⁹. Questa risulta privilegiata poiché si presuppone che sia

²⁰⁶ Michel Foucault, *Storia della sessualità*, Vol. III., Feltrinelli, 1978, Milano pag. 237. L'autore fa riferimento alle differenze nella morale sessuale degli antichi e nella morale odierna, con particolare riguardo all'omosessualità ed alla pederastia. Foucault evidenzia come si possano individuare elementi di continuità tra la morale antica e quella dei giorni nostri, sebbene “...gli elementi di codice concernenti l'economia dei piaceri, la fedeltà coniugale, i rapporti fra uomini potranno anche restare quasi gli stessi, ma in tal caso dipenderanno da un'etica profondamente rimaneggiata e da un modo diverso di costituirsi come soggetto morale delle proprie condotte sessuali”.

²⁰⁷ Vedi *infra*

²⁰⁸ Didier Fassin, Dominique Memmi (a cura di), *Le Gouvernement des Corps*, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, Paris 2004, pag. 18.

²⁰⁹ Didier Fassin, Dominique Memmi, *Op. cit.*, pag. 12. Gli autori riportano un interessante passo della filosofa Judith Butler, la quale, nel suo “*Bodies that Matter*” (Routledge, New York, 1993, Introduction, pag. ix), descrive le difficoltà incontrate nei suoi studi sulla dimensione materiale del corpo come oggetto sessuato: “*I began writing this book by considering the materiality of the body only to find out that the thought of materiality invariably moved me into other domains. I tried to discipline myself to stay on the subject, but found that I could not fix the bodies as simple objects of thought. Not only did bodies tend to indicate a world beyond themselves, but this movement*

attraverso la sua attività intellettuale che l'individuo contribuisce alla vita politica della comunità, trascurando così l'importanza della componente fisica del corpo. A questo assunto ha certamente dato un notevole contributo - il più delle volte implicito, ma non per questo meno rilevante - la concezione dualistica di tipo cartesiano del rapporto tra corpo e mente²¹⁰.

L'importanza del corpo, ai fini della costituzione dell'individuo come soggetto, risulta chiara se si prendono in considerazione alcuni esempi di come, proprio partendo da rivendicazioni relative al proprio corpo, si attuano alcuni significativi mutamenti dello *status* morale e giuridico del soggetto. Si pensi alla prostituzione e alla condizione di prostituta, sicuramente diversa nell'ambito di uno Stato abolizionista e di uno Stato in cui tale professione sia riconosciuta, magari con pieno riconoscimento di tutti i diritti sociali connessi con il suo esercizio²¹¹. Si pensi al rimborso del Viagra da parte della sanità pubblica esistenti in alcuni Stati europei, che fa passare l'impotenza da condizione psicologica o fisica soggettiva, spesso in concomitanza con una fase della vita, a patologia sulla quale intervenire²¹².

Oggi però i termini del dibattito appaiono mutati rispetto al passato. Innanzitutto, si ritiene che le tesi "estreme" di Illich e Zola sulla dominanza

towards their own boundaries, a movement of boundary itself, appeared to be quite central to what bodies 'are'. I kept losing track of the subject. I proved resistant to discipline. Inevitably, I began to consider this resistance to fixing the subject as essential to the matter at hand". L'autrice, nel prosieguo, pone poi in evidenza come tale difficoltà potrebbe essere dovuta ad una radicata tendenza dei filosofi a considerare i terreni della corporeità in maniera avulsa dalla loro fisicità : *"Still doubtful, though, I considered that this wavering maybe the vocational difficulty of those trained in philosophy, always at some distance with corporeal matters, who try to in that disembodied way to demarcate bodily terrains: they invariably miss the body or, worse, write against it..."* (ibidem, *op. ult. cit.*).

²¹⁰ *Ibidem* pag. 12

²¹¹ Didier Fassin, Dominique Memmi (a cura di), *op. cit.*, pag. 22; Cfr. In particolare Lilian Mathieu, *Entre l'aliénation du corps et sa libre disposition. Les politiques de la prostitution*, in Didier Fassin, Dominique Memmi (a cura di), *op. cit.*, pagg. 157-158.

²¹² Cfr. Alain Giaimi, *De l'impuissance à la disfonction érectile. Destins de la médicalisation de la sexualité*, in Didier Fassin, Dominique Memmi (a cura di), *op. cit.*, pagg. 89-92.

medica fossero fondate su assunti la cui validità sia almeno in parte discutibile²¹³. In particolare, gli studi empirici condotti dimostrerebbero che non si può generalizzare l'intenzione dei medici di controllare socialmente i pazienti, poiché molti di loro sono animati da valori altruistici e da una generale propensione a valorizzare l'autonomia dell'individuo, fondata sul rispetto di principi etico-deontologici professionali e personali. Quindi non è opportuno presumere che essi operino sempre ed esclusivamente per perseguire interessi di casta²¹⁴.

Inoltre, va evidenziato che, parallelamente alla medicalizzazione, la quale continua ad investire sempre più settori della vita umana, sta prendendo campo anche l'opposto fenomeno della de-medicalizzazione. Essa dipende da due diversi ordini di fenomeni: il primo va attribuito alla "derubricazione" di determinati comportamenti, ricondotti dalla sfera del patologico alla sfera del fisiologico²¹⁵; il secondo dipende dalla progressiva responsabilizzazione del paziente ed alla de-professionalizzazione nella somministrazione di alcune terapie, un tempo monopolizzate dai medici, che risponde senz'altro all'esigenza di valorizzare il coinvolgimento del paziente ma spesso anche all'esigenza di ridurre le spese sanitarie del bilancio dello Stato²¹⁶. Da esse discende una tendenza a limitare al minimo l'ospedalizzazione e le cure istituzionali per favorire l'autocura (o le cure

²¹³ A questo proposito, risulta emblematica l'affermazione di Phil Strong, il quale riteneva che i sociologi che sostengono la teoria della medicalizzazione e dell'imperialismo medico altro non siano che un gruppo di portatori di interesse del tutto paragonabile a quello degli stessi medici; il loro obiettivo risiede infatti nell'affermazione professionale, che viene raggiunto attraverso un indebito incremento della "giurisdizione" della propria disciplina di specialità. In altre parole, Strong tacciava i predetti studiosi di abusare delle proprie competenze sociologiche, filosofiche ed antropologiche, esattamente come loro accusavano i medici di intervenire anche laddove non fosse necessario, al solo fine di affermare il proprio dominio professionale, sociale ed economico. Phil Strong, "Sociological Imperialism and the Profession of Medicine: a critical examination of the thesis of professional medicine", (1979) *Social Science and Medicine* 13A 199-215.

²¹⁴ Deborah Lupton, "Doctors on the medical profession", 19 (1997) *Sociology of Health and Illness* 24 480-497.

²¹⁵ Uno dei paradigmi delle teorie classiche della medicalizzazione era proprio l'imperialismo diagnostico, dal quale deriva l'etichettatura ("labelling") di determinati comportamenti "devianti" come malattie, e la conseguente sottoposizione del soggetto "malato" a cure tese a sradicare le abitudini patologiche. Vedi *supra*.

²¹⁶ Dominique Memmi, *Administer une matière sensible. Conduites raisonnables et pédagogie par corps autour de la naissance et de la mort*, in Didier Fassin, Dominique Memmi (a cura di), *op. cit.*, pagg. 128-129.

dispensate con l'assistenza dei familiari, fatto questo reso possibile anche dallo sviluppo delle tecnologie sanitarie²¹⁷) oppure l'utilizzo di personale paramedico²¹⁸.

Riguardo alla prima tipologia di de-medicalizzazione, gli esempi più tipici sono rappresentati dalla omosessualità e dalla masturbazione, entrambe classificate come gravi disordini morali e patologie di tipo medico-psichiatrico a partire dall'Ottocento. Alla omosessualità sono state talora riservate anche sanzioni penali, di cui alcune sono sopravvissute nelle cosiddette democrazie occidentali fino a pochi anni or sono, come ad esempio negli USA²¹⁹. Oggi non vengono considerate più a tale stregua e gli studiosi che ancora considerano l'omosessualità come una patologia psichiatrica vengono stigmatizzati come dei bigotti, animati da pregiudizi di carattere ideologico²²⁰.

²¹⁷ *Ibid.* Gli autori evidenziano come ciò avvenga sempre più spesso nel caso di patologie croniche. Si pensi, ad esempio, alla dialisi, la quale richiedeva l'ausilio di macchinari presenti solo in ospedale, mentre oggi può essere effettuata anche presso la propria abitazione con speciali attrezzature "portatili"; anche nel campo del "fine vita", determinate terapie (specie cure palliative) precedentemente dispensate solo in ambito ospedaliero ai malati terminali oggi possono essere effettuate a domicilio; infine, anche i malati di AIDS possono assumere farmaci ed effettuare test diagnostici presso la propria abitazione, senza necessità di recarsi presso un presidio sanitario. Anche la pressione arteriosa, la glicemia ed il colesterolo possono essere tenuti sotto controllo direttamente dal paziente, con l'ausilio di strumenti portatili di facile utilizzazione o recandosi semplicemente presso una farmacia.

²¹⁸ Simon J. Williams, "Sociological Imperialism: where are we now?" 23 (2001) 2 *Sociology of Health & Illness* 135-158

²¹⁹ Fino al 2003, in molti Stati USA (tra cui il Texas) erano in vigore le c.d. "Sodomy Laws", con le quali si sanzionava penalmente chi aveva rapporti omosessuali consensuali. In quell'anno, la Corte suprema degli USA, nel celebre caso *Lawrence v. Texas* 539 US 558 (2003), con una maggioranza di 6 a 3, dichiarava l'incostituzionalità di una norma dello Stato del Texas (contenuta nel *Texas Penal Code, ann. §21.06° (2003)* e conosciuta come "*Texas Homosexual Conduct Law*"), la quale sanzionava ogni forma di "*deviant sexual intercourse with somebody of the same sex*". Nel caso di specie, si procedeva penalmente contro due maschi omosessuali, che avevano avuto rapporti nell'appartamento di uno di loro. La Supreme Court aveva abrogato la legge texana per la sua contrarietà alla due process clause di cui al XIV Emendamento della Costituzione americana.

²²⁰ Cfr. quanto sostenuto da Ivan Illich., *supra*. Secondo la teoria classica della medicalizzazione, entrambi i fenomeni sono prima stati identificati come gravi perversioni moralmente riprovevoli, e successivamente sono stati classificati come patologie mediche, secondo un classico schema di deresponsabilizzazione del paziente che investe i processi di medicalizzazione e che comporta uno spostamento dalla sfera della morale alla sfera della "patologia di tipo medico" della *ratio* attribuita dalla società e dalla comunità scientifico-intellettuale ad un comportamento deviante.

Si è inoltre visto come Foucault abbia identificato nella repressione della sessualità giovanile (particolarmente nell'onanismo) e della omosessualità una delle forme più incisive di intervento del biopotere (cfr. *supra*).

La de-medicalizzazione investe anche altri campi della vita, quali ad esempio quello di alcune malattie terminali. Sempre più spesso infatti, a causa di problemi di bilancio, si cerca di limitare il numero di soggetti ospedalizzati e di favorire le cure a domicilio²²¹.

In conclusione, come affermano in particolare gli autori neo-foucaultiani, si può affermare che i profondi mutamenti sociali ed economici che stanno determinando una crisi dello Stato contemporaneo ed i cui esiti sono ad oggi incerti ed imprevedibili, unitamente alle nuove possibilità di intervenire sui processi biologici che regolano la vita umana apportati dalla scienza, si riflettono sul rapporto tra istituzioni e cittadino e sul modo di questo di percepire proprio corpo²²².

In generale, si registrano le seguenti tendenze.

Innanzitutto, il ruolo medico e la sua autorevolezza stanno subendo una crisi piuttosto profonda. E' diminuito infatti il *gap* culturale tra paziente e professionista sanitario (anche se spesso il primo dispone solo di informazioni e cognizioni superficiali di medicina), cosicché chi si sottopone ad una terapia esige sempre più spesso di essere coinvolto nelle decisioni che lo riguardano e matura precise aspettative rispetto ai risultati. In pratica, il paziente assume un atteggiamento che potremmo definire "consumistico" riguardo alle prestazioni sanitarie che vengono offerte. Ovviamente, questa è una conseguenza anche dei mutamenti nell'organizzazione della professione medica (sempre più industrializzata), che spinge il cittadino a considerarla alla stessa stregua di altri servizi di natura commerciale²²³.

In secondo luogo, il ruolo delle istituzioni pubbliche, come si è già osservato, arretra a favore di altri soggetti economici. In particolare, nel settore medico si registra una notevole influenza da parte delle multinazionali farmaceutiche, in

²²¹ Dominique Memmi, *op. cit.* (cfr. Nota 216)216

²²² Didier Fassin, Dominique Memmi (a cura di), *op. cit.*, pag. 22.

²²³ Edward Shorter, *La complicata storia del rapporto medico-paziente*, Feltrinelli, Milano 1986.

grado di condizionare le scelte terapeutiche dei pazienti attraverso messaggi pubblicitari ed attraverso “pressioni” sulle istituzioni e sulle categorie professionali²²⁴.

Infine, il corpo, a causa del progresso scientifico che ne permette un’osservazione particolareggiata e permette altresì l’utilizzo delle singole componenti separatamente dal resto, non viene più percepito come un’entità unica, ma come un insieme di diverse parti, funzionalmente correlate ma “frammentate”²²⁵.

I rapporti di potere tra singolo, istituzioni ed altri centri di potere vengono dunque ridefiniti di conseguenza. Centro d’interesse oggi non è più solo l’individuo nel suo insieme, ma anche le diverse parti del suo corpo (i suoi organi, il suo patrimonio genetico, i suoi tessuti, ecc.) singolarmente considerate²²⁶.

²²⁴ Debora Lupton, *The social construction of medicine and the body*, in Gary Albrecht, Ray Fitzpatrick, Susan Scrimshaw, *The handbook of Social Studies in health and Medicine*, SAGE, London 2000, pagg. 50-64.

²²⁵ Debora Lupton, *op. cit.*

²²⁶ Debora Lupton, *op. cit.*

PARTE II

CAPITOLO 3. Persona e soggettività: il problema dello statuto giuridico del corpo umano

1. Introduzione: una questione di controllo

Come si è cercato di dimostrare nel capitolo precedente, **la sovranità sul proprio corpo è un attributo fondamentale della soggettività giuridico-politica**. Infatti è l'elemento primo attraverso cui la persona manifesta la sua esistenza nella comunità, vi partecipa attivamente e interagisce con gli altri membri, subendo gli effetti connessi all'esercizio della sovranità statale.

Nella storia, il modo in cui le diverse società trattano i malati e li coinvolgono nelle decisioni circa le cure mediche a cui sottoporsi, le restrizioni alla propria libertà fisica a cui andare incontro per tutelare la salute propria ed altrui, cambiano a seconda della struttura e delle finalità perseguite dal potere e dalla comunità politica di riferimento²²⁷.

Si è visto inoltre che, in presenza di mutamenti importanti dell'assetto politico, sociale ed istituzionale, come è avvenuto tra il Settecento e l'Ottocento, si è verificato un incremento del potere statale sulla salute degli individui. Ciò è stato possibile grazie alla creazione di apparati amministrativi per il perseguimento di politiche della salute ("polizia medica") il quale, con l'affermarsi del principio statualista, ha avuto l'effetto di ridurre la disponibilità che gli individui hanno del suo corpo²²⁸.

Infine, nel secondo dopoguerra, l'affermarsi di politiche sociali finalizzate al miglioramento delle condizioni di salute individuali e collettive in modo sempre

²²⁷ Si ricordino Ippocrate, che correlava l'ordinamento politico alla medicina praticata presso i diversi popoli, e Platone che distingueva una medicina adatta agli uomini liberi da quella adatta agli schiavi. Cfr. supra, cap. 1

²²⁸ Cfr. supra, cap. 1.

più sofisticato e capillare, ha dato luogo ad un ulteriore incremento dell'incisività dei pubblici poteri sulle scelte individuali²²⁹.

Per Foucault, il “biopotere”, ossia il potere di disciplinare i corpi, che origina non solo dalle istituzioni politiche tradizionali (attraverso cui si esercita la sovranità), ma deriva anche da altri soggetti di non sempre facile identificazione è, nella nostra società, ogni giorno più pervasivo.

Gli studi successivi²³⁰ invece sottolineano come il “modello classico” di dominanza medica, descritto in maniera estremamente critica negli anni Settanta, stia mutando sia a causa della rivoluzione biotecnologica sia della crisi dello Stato sovrano contemporaneo, che oggi appare enormemente condizionato da centri di potere economico quali le grandi multinazionali, capaci di orientare i consumi degli individui, le loro aspettative, le loro aspirazioni e le loro scelte²³¹.

Il modo di percepire il corpo sta cambiando e con esso anche le istanze individuali riguardo alla propria autonomia, indice dell'aspirazione ad una maggiore libertà di scelta. Un ruolo determinante in questo contesto è stato assunto dalle recenti scoperte in campo medico, che consentono di incidere profondamente sui processi fisiologici, permettono all'individuo di realizzarsi in maniera più completa, intervengono sulle funzioni riproduttive (contraccezione, interruzione di gravidanza, diagnosi prenatale e pre-impianto), sulle possibilità di prevenire, diagnosticare e guarire malattie, nonché sulla possibilità di prolungare artificialmente le funzioni vitali dell'individuo morente, anche quando versa in stato vegetativo. Esiste quindi, in linea di massima, un desiderio di accedere alle nuove cure per raggiungere una migliore attuazione dei propri progetti di vita e per mantenere il proprio stato di salute il più a lungo possibile²³².

I progressi della ricerca, che permettono di osservare e ingrandire ogni singola, microscopica componente del corpo, fa sì che nella percezione dei singoli

²²⁹ Cfr. supra, cap. 1.

²³⁰ A questo proposito si veda il cap. I, § 4

²³¹ Cfr. supra, cap. 1

²³² Cfr. supra, cap. 1

esso venga sentito come un'entità composita, frammentata, piuttosto che unitaria. Questa possibilità di “vedersi” come un insieme di parti separate accentua la divisione tra la componente fisica e quella “spirituale” della persona e l'individuo diventa al contempo soggetto ed oggetto dell'indagine medica²³³. Tale separazione è accresciuta dalla capacità di utilizzare cellule, tessuti ed organi umani distinti dal corpo di origine, come avviene nei trapianti, nelle tecniche di fecondazione in vitro (ove i gameti vengono utilizzati per creare un embrione **all'esterno** degli organismi di origine) nella messa a punto di medicinali di ultima generazione a partire da cellule individuali.

Al fine di stabilire quali siano i limiti alla disponibilità del corpo è necessario chiarirne lo statuto giuridico. La difficoltà di tale ricostruzione risiede nel fatto che il rapporto tra la persona, cui l'ordinamento riconosce lo *status* di soggetto di diritto, ed il suo corpo non è chiaramente definito²³⁴. Il termine “persona” è infatti complesso, poiché, nell'accezione corrente, include sia la componente fisica che quella intellettuale e spirituale del soggetto, sia le singole parti del suo corpo²³⁵.

La persona è il corpo? Oppure il corpo è solo un attributo, necessario alla sua esistenza –almeno allo stato della tecnologia- pur non identificandosi con essa? Le singole parti del corpo possono essere considerate come proprietà della persona? Possono essere alienate a titolo gratuito o titolo oneroso? Se si ammettesse che ciò fosse lecito, si dovrebbe anche concludere che la persona stessa potrebbe essere

²³³ Cfr. supra, cap. 2, in particolare il paragrafo su Foucault.

²³⁴ Si premette che ad oggi la disciplina non è puntualmente definita in un *corpus* normativo organico *ad hoc*, e comunque non è affrontata in maniera sistematica in nessun ordinamento giuridico occidentale. Ovviamente, ciò è dovuto al fatto che l'esigenza di individuare puntualmente lo statuto giuridico del corpo umano - e del rapporto “persona-corpo” - è emersa solo con lo sviluppo delle nuove tecnologie biomediche le quali, come già ampiamente evidenziato, hanno sollevato problemi inediti, mentre in precedenza questa problematica aveva un rilievo pratico notevolmente inferiore.

²³⁵ Cfr. *infra*. Il problema è filosofico ed epistemologico prima che prettamente giuridico, tant'è che la relazione tra corpo e mente, tra corpo e anima, ha costituito l'oggetto di riflessioni dall'antichità ai giorni nostri Cfr. David Malet Armstrong, *The History of the Mind-Body Problem –an opinionated introduction*, Westview Press, Boulder CO, 1996

venduta come se fosse un oggetto, con la conseguente possibilità di essere ridotta in schiavitù? Quali sono i limiti agli atti dispositivi del proprio corpo?

I punti di tensione tra aspirazioni individuali e limitazioni dell'autonomia possono essere letti in due modi. Possono essere visti come misure necessarie, laddove esigenze di carattere pubblicistico (finalizzate alla tutela "paternalistica" della persona, oppure alla tutela di soggetti terzi o della società nel suo complesso) spingano i poteri pubblici a porre un vincolo di carattere giuridico alla libertà di disposizione del proprio corpo. Di converso, possono essere visti come forme autoritarie di compressione dell'autonomia individuale, finalizzate all'oppressione di una classe di individui ad opera di altri. Questa è la tesi avanzata dai sostenitori della teoria della "dominanza medica", secondo la quale molte norme, come quelle relative alla prescrizione dei farmaci o ai protocolli ospedalieri, intervengono in maniera tale da ledere, di fatto, la libertà individuale di scelta, magari per finalità commerciali²³⁶. Ogni limitazione può essere percepita dal soggetto come un'espropriazione dell'autonomia e della possibilità di disporre di sé.

Si può dunque affermare che le rivendicazioni di una maggiore autodeterminazione individuale hanno come obiettivo quello di ottenere un più alto grado di controllo sul proprio corpo, sottraendolo alle coercizioni provenienti da soggetti terzi.

Tuttavia, l'individuazione dei soggetti da cui originano tali "coercizioni" rappresenta il problema più rilevante. Il potere sul corpo si esercita talvolta in maniera "subdola", non facilmente identificabile, e si muove sul piano delle pressioni sociali e culturali, sempre più spesso alimentate da interessi di tipo economico. E' dunque estremamente difficoltoso, se non impossibile, identificare il "vero sé" di ciascuno e comprendere fino a che punto le scelte individuali risentano di pressioni esterne o siano il frutto di una libera manifestazione della

²³⁶ Anche in questo caso, si adducano giustificazioni attinenti alla tutela di un oggettivo interesse superiore della persona.

propria volontà²³⁷. Peraltro, una volta individuati gli elementi che condizionano il processo decisionale, il singolo potrebbe anche spontaneamente conformarsi a quelle pressioni che ritiene adeguate ai propri valori ed alla propria personalità. Fino a che punto è lecito tutelare il soggetto da se stesso?

I confini della persona-soggetto di diritto ed i limiti alla sua libertà di autodeterminazione si delineano, dunque, a partire dalla facoltà di **controllare** il proprio corpo. Analizzarne lo statuto giuridico significa stabilire il grado di sovranità su se stessi che l'ordinamento riserva agli individui, ossia il fondamento del rapporto tra singoli ed autorità. Esso permette di comprendere quanto il potere incida sulla libertà di ciascuno e quanto il singolo possa influire sulla definizione delle regole di cui è destinatario.

2. Lo statuto giuridico del corpo umano tra persona e proprietà

La disciplina giuridica del corpo umano appare inestricabilmente correlata non solo al concetto di persona, come è lecito aspettarsi, ma anche a quello di proprietà. La cosa risulta meno sorprendente se si tiene conto del fatto che tale istituto giuridico, pur essendo tradizionalmente classificato ed affrontato sotto il profilo "privatistico", ha un'indubbia funzione di raccordo tra individuo e potere politico. Da un lato, esso definisce una sfera di libertà individuale contro l'arbitrio del potere pubblico; dall'altro, "*nei rapporti interpretati, legittima l'individuo, in quanto soggetto di diritto, ad esercitare poteri di godimento e di controllo su un determinato bene ad esclusione di altri*"²³⁸.

La nozione di soggetto di diritto "unico", affermatasi nella tradizione giuridica occidentale, radicata nell'ideologia liberale e giusnaturalistica, presenta un'intima correlazione con quella di proprietà: si è soggetti a pieno titolo in quanto

²³⁷ Sul punto, vedi *infra*, in questo capitolo.

²³⁸ Anna De Vita, "Proprietà e persona nella strategia dell'esclusione –rimediare Vichy: tutto in ordine e niente a posto", in *Politica del Diritto*, vol 1, 2007, pag. 25, pag. 27.

si è proprietari, e determinate forme di proprietà, a partire da quella che Locke definiva “*property in [one’s] own person*”, sono attributi necessari della soggettività²³⁹. A questo proposito, il politologo C.B. Macpherson ha coniato l’espressione “individualismo possessivo”, per sottolineare come il sistema politico liberale presupponga la capacità dell’individuo di essere proprietario come fondamento della sua libertà, della sua possibilità di realizzarsi e del suo riconoscimento come soggetto da parte della comunità politica²⁴⁰.

2.a. L’idea di *Dominium Sui*, “individualismo proprietario” e riflessi nella genesi del soggetto di diritto nella storia giuridica europea: il Medioevo

Come è noto, nell’ordine giuridico medievale il c.d. potere di *imperium* non era monopolizzato da un apparato statale centralizzato, come negli Stati contemporanei, ma era frammentato tra una miriade di soggetti e di centri di potere²⁴¹. La struttura sociale, divisa in ceti, tendenzialmente statica e immutabile, assegnava a ciascun individuo un ruolo sociale ben preciso, dipendente dal suo *status* soggettivo che, sul piano giuridico, si riflette nell’esistenza di una pluralità di soggetti di diritto con prerogative, doveri e poteri diversi²⁴². In tale contesto, come osserva Paolo Grossi, il singolo soggetto, “*sfornito di volontà incisiva, rannicchiato all’interno della realtà cosmica come tessera di un grande mosaico*”, non può che “*subire*” l’ordine sociale, utilizzando anzi come “*guscio protettivo*” i “*soffocanti assetti micro comunitari*” esistenti²⁴³. Questo ordine, per quanto

²³⁹ Cfr. *infra*, § 2.b. Come si vedrà in seguito, non è chiaro se la *property in one’s own person* di Locke era una proprietà sul proprio corpo. Negli stessi scritti di Locke esistono infatti elementi contraddittori in tal senso.

²⁴⁰ Cfr. *infra* § 2.b.

²⁴¹ Maurizio Fioravanti, *Appunti di storia delle Costituzioni moderne*, Giappichelli, Torino, 1995, pagg. 17 e ss.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ Paolo Grossi, *La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol 17 (1988), pag. 359, a pag. 390

opprimente, ha tuttavia la funzione di tutelare l'individuo dall'incertezza della propria condizione, e trova la propria giustificazione nella concezione teleologica dell'universo riconducibile alla filosofia aristotelico-tomistica fatta propria dalla scolastica²⁴⁴: ognuno ha un suo posto, ed ogni aspetto dell'ordine sociale ha un suo fine ben preciso, predeterminato da Dio.

La filosofia francescana, sviluppatasi a partire dal XIII secolo, mette in discussione questa concezione del mondo poiché presuppone un essere umano dotato di libertà e di libero arbitrio, capace di autodeterminarsi e di compiere spontaneamente le opere caritatevoli e gli atti di amore virtuosi che per essere tali devono essere “gratuiti” e non imposti²⁴⁵. La spontaneità delle azioni esige il possesso della propria persona, un vero e proprio *dominium sui*, dal quale deriva il diritto ad agire a prescindere dall'ordine sociale esistente²⁴⁶. Infatti, l'uomo, essendo creato ad immagine e somiglianza di Dio, può rivendicare una *potestas absoluta* sulle proprie azioni²⁴⁷. Come scrive Paolo Grossi, il *dominium sui* diviene il fondamento della soggettività, nonché lo strumento che permette alla “*carica aggressiva*” dell'individuo di “*proiettarsi dominativamente sul mondo*”²⁴⁸.

Come osserva anche Emilio Santoro, nella sua accurata ricostruzione della genesi dell'individualismo proprietario, questa idea viene sviluppata da Ockham, il quale individua un *continuum* “*che va dal dominio di sé, visto come limite della propria individualità, al dominio delle cose esterne, visto come strumento di tutela e complemento della stessa individualità*”²⁴⁹.

²⁴⁴ Emilio Santoro, *Autonomia individuale, libertà e diritti: una critica dell'antropologia liberale*, ETS, Pisa 1999, pag. 148.

²⁴⁵ Emilio Santoro, *op. cit.*, pag. 148

²⁴⁶ Emilio Santoro, *op. cit.*, pag. 149

²⁴⁷ Emilio Santoro, *op. cit.*, pag. 149

²⁴⁸ Paolo Grossi, *op. cit.*, pag. 411 “...*dominus per chiamata di Dio e della natura [...] il dominium non abbisogna delle entità esterne per manifestarsi sensibilmente ma [...] è già in interiore homine una realtà ontologicamente compiuta [...]. Il dominium diventa indiscutibile e fa del soggetto un personaggio munito all'interno di una carica aggressiva che lo proietta nominativamente sul mondo. Il dominium, ogni dominium, anche il dominium rerum, fa proprio per questo suo nascere dai recessi dell'animo, per questo suo identificarsi con sé più riposto, si legittima e si colora di absolutezza*”

²⁴⁹ Emilio Santoro, *op. cit.*, pag. 158.

La complessità dell'ordine sociale medievale, caratterizzato da una molteplicità di soggetti tra i quali il potere di *imperium* è frammentato (con frequenti sovrapposizioni), si riflette in una nozione di proprietà non unitaria e nell'esistenza di una molteplicità di *dominia*. Questa concezione "plurale" della proprietà risponde alle esigenze economiche e politico-organizzative dell'epoca. Lo testimonia il fatto che essa "*non [piova] dal soggetto sulla cosa*" ma, al contrario, promana dalla *res* verso il soggetto, poiché è intorno ad essa (in particolare alla proprietà immobiliare, soprattutto al fondo agricolo), fondamentale per la sopravvivenza, che ruota la vita medievale. Ne discende che le varie tipologie di *dominium* diventano necessarie per permettere a ciascun *dominus* di accedere alla *res*, sebbene con prerogative diverse. I diversi *dominia* si confondono quindi con i diritti reali limitati²⁵⁰; tuttavia, si distinguono da questi ultimi in quanto caratterizzati da un contenuto minimo, ossia da un rapporto immediato e diretto sulla *res* e da un più o meno marcato *ius excludendi* (senza i quali non si potrebbe parlare di *dominium*)²⁵¹.

Con la teologia francescana si ribalta la prospettiva del rapporto tra cosa e persona: la "*Wollende Person*", il soggetto padrone di se stesso e delle proprie azioni proietta la sua potenza e la sua aspirazione al dominio sulla *res*, cosicché questa diviene attributo del soggetto²⁵².

L'idea di *dominium sui* e di individuo proprietario divennero, nel Settecento, il punto di partenza della riflessione giusnaturalistica²⁵³, che costituirà la premessa filosofica dell'ideologia liberale alla base dello Stato contemporaneo. Le nuove esigenze dell'emergente classe borghese non possono più essere soddisfatte dalle vecchie categorie, legate all'economia agricola medievale ed ai privilegi di casta.

L'istituto della proprietà è lo specchio di questo passaggio, frutto di una plurisecolare evoluzione che culmina nell'Ottocento con l'affermazione della

²⁵⁰ Paolo Grossi, *op. cit.*, pag. 401

²⁵¹ Paolo Grossi, *op. cit.*, pag. 402

²⁵² Paolo Grossi, *op. cit.*, pag. 409.

²⁵³ Paolo Grossi, *op. cit.*, pag. 410-411

proprietà assoluta di tipo liberale e che era cominciato già a partire dal Trecento, quando i giuristi presero a manifestare una certa insoddisfazione per le categorie esistenti²⁵⁴.

2.b. Il contrattualismo e ruolo della proprietà: “l’individualismo possessivo” di C.B. Macpherson

Nel Settecento si ha l’elaborazione teorica più significativa e che ha avuto più risonanza nell’ideologia liberale e nello studio delle istituzioni politiche degli Stati Occidentali, ossia il contrattualismo²⁵⁵. La sua importanza, ai fini che qui interessano, è il ruolo centrale che assume l’istituto della proprietà come elemento fondante della soggettività giuridico-politica, da cui discendono importanti conseguenze in relazione allo statuto giuridico del corpo umano²⁵⁶.

L’esigenza di rifondare l’ordine politico, avvertita nel Settecento dalla borghesia, richiedeva un’indagine relativa alla genesi ed alla ragione di essere dello Stato, che giustificasse una sua evoluzione verso forme più adeguate ai mutamenti del panorama sociale ed economico. Coerentemente, si scelse di porre l’individuo al centro della riflessione, articolando un discorso teorico (e retorico) che muovesse proprio dalla volontà e dalla possibilità di scelta del singolo uomo come elemento cardine della società. Le teorie contrattualistiche postulano il

²⁵⁴ Grossi, *op. cit.*,

²⁵⁵ Come noto, con tale espressione si intendono quelle dottrine politiche che postulano un passaggio dall’originario stato di natura (condizione dell’uomo preistorico, in cui era assente qualunque forma di autorità statale) ad una società in cui il potere sovrano appartiene ad un soggetto unico (il sovrano, incarnazione dello Stato). Il passaggio avviene attraverso una cessione da parte degli individui, della propria originaria sovranità, ad un soggetto unico, in grado di tutelare in modo più efficace la sicurezza e la libertà di ciascuno: sebbene la cessione di sovranità implichi una diminuzione della propria libertà, ciò rappresenta una situazione preferibile rispetto alla insicurezza ed alla instabilità presenti allo stato di natura.

²⁵⁶ Crawford Brough Macpherson, *The theory of possessive individualism*, Clarendon Press, Oxford 1962, pag. 23

passaggio da uno stato di natura ad una collettività politica organizzata attraverso una libera scelta dei consociati, i quali cedono parte della propria naturale “libertà” alle istituzioni in cambio di una maggior sicurezza rispetto alla precarietà della vita²⁵⁷.

A questo proposito, fondamentale rilievo assumono le riflessioni di C.B. Macpherson in relazione al cosiddetto “individualismo possessivo”, esposte nella sua omonima opera²⁵⁸. Macpherson ricostruisce i fondamenti della società liberale e dell’economia di mercato partendo, in particolare, da Hobbes, dai Levellers, da Harrington e da Locke. Egli mette in evidenza come l’istituto della proprietà, essenziale in un’economia di mercato, costituisca al contempo il presupposto della soggettività e lo strumento attraverso il quale si determinano, nella società capitalista, le dinamiche intersoggettive “orizzontali”²⁵⁹.

i) *Hobbes*

Secondo Macpherson, la visione hobbesiana rappresenta la più lucida analisi della società liberale che si andava affermando nell’Inghilterra del Seicento, epoca in cui l’equilibrio tra potere del Re, dell’aristocrazia e della nascente borghesia va ridefinendosi, assieme all’assetto istituzionale, e pone così le premesse per l’affermarsi della moderna società liberale di mercato²⁶⁰. La caratteristica principale dell’individuo hobbesiano è la capacità di comprendere ciò che è meglio per sé, al fine di massimizzare il proprio benessere. Gli scopi contingenti, perseguiti di volta in volta da ciascuno, seguono priorità che variano da persona a persona, non essendo possibile stabilire *a priori* l’esistenza di “valori” più meritevoli di altri.

L’effettiva possibilità di perseguire e realizzare questi scopi presuppone il possesso della propria persona e delle proprie facoltà, che garantiscono la libertà

²⁵⁷ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 30

²⁵⁸ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 35

²⁵⁹ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 37

²⁶⁰ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 39

dell'individuo dalle interferenze, dalla volontà e dalle “intrusioni” altrui²⁶¹. Ciascun individuo è dunque dotato di un potere naturale (“Naturall Power”), definito come “...*the eminence of the Faculties of the Body, or Mind: an extraordinary Strength, Forme, Prudence, Arts, Eloquence, Liberality, Nobility*”. Hobbes evidenzia come tali poteri siano strumentali all’acquisizione di ulteriori poteri, ossia “*Riches, Reputation, Friends, and the secret working of God, which all men call Good Luck...*”, sostenendo che il loro incremento, analogamente a quello della fama, è un processo spontaneo, che si autoalimenta²⁶². Ne segue che i rapporti tra individui saranno determinati da relazioni riconducibili al mercato, in cui ciascuno ha un “valore” misurabile in termini economici²⁶³.

Le ricchezze, specie se acquisite attraverso le proprie forze (piuttosto che per la benevolenza altrui o ricevute in eredità), attraggono il rispetto della gente (“*reputation*”) e la spontanea offerta di servizi da parte di coloro i quali ne sono sprovvisti, che si trovano in una posizione di maggiore debolezza e cercano protezione²⁶⁴. Secondo Hobbes, è da considerarsi onorevole (“*honourable*”) qualunque forma di “*possesso, azione o qualità*” che rappresenti una inequivocabile manifestazione di potere, anche quando esso sia raggiunto attraverso azioni ingiuste, poiché il potere dipende solo dalla condizione “oggettiva” e dall’opinione suscitata negli altri, a prescindere da considerazioni di natura morale²⁶⁵.

²⁶¹ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 29, riporta il passo del *Leviathan* (cap. 13, p. 98): “*The Passions that encline [natural] men to Peace, are Feare of Death; Desire of such Things are as necessary to Commodious Living; and a Hope by their Industry to obtain them*”.

²⁶² Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 35. Citando Thomas Hobbes, *Leviathan*, pag. 66. Il passo continua: “*For the nature of Power, is in this point, like to Fame, increasing as it proceeds; or like the motion of heavy bodies, which the further they go, make still more the hast*”.

²⁶³ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.* Macpherson, pag. 37, citando il *Leviathan*, cap. 10, pag. 67: “*The Value, or Worth of a man, is of all other Things his Price; that is to Say, so much as would be given for the use of his power,; and therefore is not absolute; but a thing dependant on the need and judgment of another...and as in other things, so in men, not the seller, but the buyer determines the Price. For let a man (as most men do) rate themselves at the highest Valure they can; yet their true Value is no more than it’s esteemed by others*”

²⁶⁴ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.* pag. 36, citando il *Leviathan* 66

²⁶⁵ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.* Macpherson, p. 38, *Leviathan*, p. 70-71

Macpherson parla a questo proposito di “*possessive market society*”, ossia di un modello di società capitalistica di mercato, che necessita della proprietà e della libertà contrattuale come presupposto del proprio funzionamento: ciascun uomo ha un valore, ossia un “potere” oggetto di scambio, e ognuno, nell’ambito del libero mercato, acquista il “valore” altrui o vende il proprio (o entrambe le cose contemporaneamente)²⁶⁶. Ovviamente, uno dei più importanti beni che possono essere alienati in questo tipo di società è la capacità lavorativa²⁶⁷.

Una delle conseguenze che Macpherson trae dalla lettura di Hobbes è che in una simile società risulta fondamentale la possibilità di accedere alle risorse. Coloro i quali non hanno accesso a beni di scambio (ad esempio, a causa della propria condizione economica di partenza) né hanno la possibilità di alienare la propria capacità lavorativa non hanno alcun potere (nella definizione hobbesiana vista sopra): quindi, nella società hobbesiana, cessano di esistere²⁶⁸. La proprietà e la possibilità di beneficiare della forza-lavoro (propria o altrui) sono requisiti essenziali per poter partecipare alla società ed al mercato in modo da ottenere ciò che è necessario per vivere e per realizzarsi, e quindi per essere membri a pieno titolo della comunità politica²⁶⁹.

La “*possessive market society*”, secondo la lettura che Macpherson dà di Hobbes, postula l’uguaglianza degli uomini sia sul piano delle abilità che su quello delle aspettative di soddisfare i propri bisogni. Sotto il primo punto di vista, egli riconosce che, sebbene il talento sia ripartito in modo diseguale, la fragilità umana è tale per cui il più debole degli uomini può facilmente uccidere il più forte, il che rende le differenze trascurabili²⁷⁰. Sotto il secondo profilo, Hobbes postula l’esistenza di una eguale propensione a ottenere il bene per se stessi ed a

²⁶⁶ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.* Macpherson, 39.

²⁶⁷ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.* Macpherson, 48.

²⁶⁸ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 73 “*A man’s powers are therefore reduced when he has less than free access to the means of labour. If he can get no access, his power are reduced to zero, and in a competitive society he ceases to exist*” (grassetto aggiunto)

²⁶⁹ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 80

²⁷⁰ Thomas Hobbes, *Leviathan* (ed. a cura di W. G. Pogson Smith), OUP, Oxford 1929, pag. 94, come riportato da Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 74,

respingere il male, prima di tutto la morte e le aggressioni alla propria integrità fisica. Per queste due ragioni, gli uomini sono dotati di “eguaglianza morale”, che li legittima a ricercare il massimo benessere possibile²⁷¹.

Hobbes deduce da qui la necessità dell’esistenza di istituzioni pubbliche che rendano attuabile questo tipo di società, in particolare tutelando, attraverso un monopolio dell’uso della forza, il diritto di proprietà e il rispetto degli obblighi contrattuali²⁷². Le modalità con cui questo scopo è raggiunto non incontrano limiti morali, poiché Hobbes ritiene che l’unica autorità morale che giustifica l’esistenza di un potere sovrano (da cui promanano obblighi di natura politico-giuridica dei consociati) sia quella del rispetto delle regole del mercato²⁷³. L’individuo razionale non può non comprendere come la “*possessive market society*” sia la migliore e la più equa e non può che sostenerla e rispettarne le istituzioni, nel proprio interesse. Hobbes ritiene che questa affermazione sia valida anche per gli individui meno abbienti, costretti a lavorare per una mera paga di sussistenza, senza sostanziali prospettive di elevare la propria condizione. Anche per loro il sistema resta comunque il più conveniente possibile, poiché la stabilità che garantisce può almeno tutelarne la vita, sia pure senza soddisfarne l’aspirazione al benessere²⁷⁴.

Macpherson ritiene che Hobbes abbia sottovalutato gli effetti della “coesione di classe” sul modello di società capitalistica da lui elaborato, che sotto questo profilo risulta insoddisfacente. Ammette, tuttavia, che il suo merito consiste nell’aver individuato nella proprietà dei beni (o meglio nell’accesso ad essi) e nella capacità lavorativa il fondamento della soggettività nella società di mercato, costituita da individui “calcolatori”, in grado di determinare in modo razionale cosa è meglio per se stessi. L’individuo “proprietario, razionale ed autodeterminato”, precursore dell’ “*homo oeconomicus*” ottocentesco, avrà un’eco

²⁷¹ Thomas Hobbes, *Leviathan*, *op. cit.*, come riportato da Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 70

²⁷² Thomas Hobbes, *Leviathan*, *op. cit.*, 267, come riportato da Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 96.

²⁷³ Non vi è quindi la necessità di ricorrere ad un diritto naturale né di valori religiosi o metagiuridici che possano porre un limite alla discrezionalità dei pubblici poteri.

²⁷⁴ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 100

notevole fino ai giorni nostri, assurgendo talora al ruolo di fondamento ideologico, spesso implicito, della teoria giuridica e politica di stampo liberale.

L'autodeterminazione viene dunque concepita come libertà dalle interferenze altrui.

ii) ***I "Levellers"***

Macpherson analizza altresì le tesi dei Levellers, i quali rivendicavano un'espansione del suffragio e della partecipazione dei piccoli proprietari alla sovranità politica²⁷⁵. La sua riflessione evidenzia come il concetto di soggettività giuridica fosse percepito dai Levellers come intimamente connesso a quello della proprietà. Esaminando i loro manifesti, si può vedere come le riforme da questi proposte non andassero nella direzione di un universale riconoscimento del diritto di voto, poiché ne restavano in ogni caso esclusi i servi ed i mendicanti (a questo proposito si fa riferimento a tutti i "*Free-born Englishmen*")²⁷⁶. Non si trattava, dunque, di escludere i meno abbienti, ma piuttosto coloro i quali dipendevano dai padroni o dalla generosità di chi concedeva elemosina. A costoro dovevano comunque essere garantite alcune delle basilari libertà civili, compresi il diritto di proprietà e la libertà di culto.

Per cui, **è la proprietà della propria persona che caratterizza l'uomo libero ed autodeterminato, in grado cioè di decidere senza influenze di altri cosa è meglio per se stesso** e dunque di scegliere i propri rappresentanti politici secondo coscienza. La proprietà della propria persona è una qualità naturale innata in ciascuno, diritto ed allo stesso tempo condizione necessaria per giungere, attraverso l'utilizzo della ragione, all'autotutela ed al benessere, postulando

²⁷⁵ I Levellers, movimento politico attivo nella prima metà del Seicento in Inghilterra (1647-1649 ca.), affermatosi in seno all'esercito inglese, auspicava una maggiore tolleranza religiosa nel Parlamento, che avrebbe voluto promuovere il presbiterianesimo più spinto. Il movimento non fu unico e coeso, ma manifestò diverse posizioni che portarono a rivolte, sempre represses. Le loro ideologie repubblicane si trovano enunciate in diversi documenti, tra cui *The agreement of the People* e *The case of the Army Truly Stated* (1647). Costituirono un vero partito politico sostenitore della democrazia a oltranza. Cfr. Voce *Levellers*, in Grande Dizionario Enciclopedico, UTET, Torino, 1958, Vol VII, pag. 895.

²⁷⁶ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 128

addirittura un fondamentale dovere alla propria integrità (“...*duty to his own safety and being...*”)²⁷⁷. Macpherson osserva come i Levellers, in particolare Overton, estendano al piano collettivo quanto avviene sul piano individuale: la possibilità per gli uomini liberi di votare i propri rappresentanti diventa un modo di far convergere la libera volontà e la razionalità di una moltitudine di persone verso le istituzioni pubbliche e, proprio in virtù dell’anzidetto dovere di autotutela, una garanzia contro la tirannide²⁷⁸. E’ quest’ultimo dovere “collettivo”, ossia quello di preservare la società umana, contribuendo al suo sviluppo, che dà origine al dovere del singolo di auto-preservarsi²⁷⁹.

La proprietà di se stessi non è, pertanto, “passiva”, ma è un prerequisito per l’impiego attivo, per il godimento delle capacità personali e per il proprio miglioramento²⁸⁰. L’aspetto su cui i Levellers insistono è il carattere esclusivo della proprietà di sé, che permette di essere liberi e di partecipare al perfezionamento della propria condizione e, di riflesso, anche al benessere generale attraverso l’attività politica, mantenendosi indipendenti dall’influenza altrui.

Risulta incoerente il mancato inserimento nel novero degli elettori dei servi e dei mendicanti, ma Overton risolve questa apparente aporia insistendo sul fatto che l’aver liberamente deciso di “alienare”, almeno in parte, la propria autonomia, esclude la necessità di una rappresentanza politica per tutelare quelle prerogative residue di cui si è deciso di disporre²⁸¹.

Come si è detto essi restavano comunque titolari della libertà di religione oltre che di altre libertà civili (le quali, secondo Overton, avrebbero dovuto essere

²⁷⁷ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 141, citando Richard Overton, *Appeale*, in Don M. Wolfe, *Levellers Manifestoes of the puritan revolution*, Thomas Nelson and Sons, New York, 1944.

²⁷⁸ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 142.

²⁷⁹ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 156, citando Overton, *op. cit.*

²⁸⁰ Così Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, 142: “*This proprietorship, it should be noticed, was not thought of as a passive enjoyment. The Levellers demanded this manifold property in one’s own person active use and enjoyment of one’s capacity. Men were created to improve, and enjoy by improving, their capacities. Their propriety in themselves excluded all others, but did not exclude their duty to their creator and to themselves*”.

²⁸¹ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 145

garantite attraverso limiti costituzionali alla discrezionalità del Parlamento)²⁸², ma il diritto di voto avrebbe dovuto essere concesso solo a coloro i quali avessero mantenuto la “proprietà” delle capacità lavorative, ossia non prestassero la loro opera alle dipendenze altrui²⁸³. La giustificazione dell’esclusione dei servi e dei mendicanti dipendeva da un lato dalle potenziali intimidazioni e condizionamenti cui potevano essere sottoposti nell’esercizio del voto, dall’altro dal fatto che costoro, avendo alienato la propria capacità lavorativa, venivano in qualche modo assimilati ai rispettivi padroni (“*included in the masters*”)²⁸⁴.

Questa conclusione può essere spiegata con le finalità politiche perseguite dai Levellers, i quali aspiravano all’abolizione dei privilegi dell’aristocrazia che determinavano l’accumulo illimitato della proprietà, impedendone la parcellizzazione e la redistribuzione nel contesto di una società di mercato. I limiti giuridici in cui si risolvevano questi privilegi (quali i “monopoli” e tutti i vincoli esistenti sulla proprietà in età medievale)²⁸⁵ determinavano l’impossibilità di accedere alla proprietà da parte dell’emergente borghesia imprenditoriale, di cui essi facevano parte²⁸⁶. Le limitazioni esistenti al loro diritto di proprietà erano quindi percepite come vincoli posti alla stessa possibilità di essere appieno membri della società e soggetti di diritto; aspiravano, dunque a tutelare i propri interessi ed il diritto di proprietà (e d’impresa) attraverso la partecipazione politica e l’attività parlamentare²⁸⁷.

Per concludere sul punto, Macpherson osserva come l’importanza storica della filosofia dei Levellers sia stata quella di aver affermato l’esistenza di un

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 146

²⁸⁵ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 156. Si fa riferimento qui ovviamente al mondo di Common Law, e quindi alle categorie giuridiche ivi esistenti. Facendo un parallelo col diritto continentale, si possono sicuramente ricordare, tra i vincoli che impedivano la parcellizzazione della proprietà, i fecondamenti ed il maggiorascato, eliminati o decisamente svuotati di importanza con la Rivoluzione francese.

²⁸⁶ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pagg. 157-158

²⁸⁷ *Ibid.*

diritto naturale di proprietà sulla propria persona e sulle proprie capacità lavorative, nonché l'affermazione di un diritto naturale ad essere proprietari, ritenendolo, ancora più marcatamente di Hobbes, un elemento determinante per poter qualificare l'individuo come soggetto di diritto²⁸⁸.

iii) Locke

Macpherson evidenzia come l'esistenza di un diritto naturale di proprietà postulata dai Levellers abbia avuto un notevole seguito. Pur trattandosi di un movimento finalizzato ad ottenere una redistribuzione della proprietà, concentrata nelle mani dell'aristocrazia (ed avendo quindi avuto una grande eco nei movimenti radicali degli USA e, più tardi, in quelli democratici degli Whig in Inghilterra) fu fatto proprio anche da Locke, il quale invece troverà una giustificazione morale per l'accumulo illimitato di ricchezza.

Locke pone al centro della sua riflessione, non senza contraddizioni, il diritto di appropriarsi di tutte le risorse naturali lasciate da Dio agli uomini affinché prosperino. L'appropriazione avviene quando il lavoro dell'uomo si unisce e si "mescola" (*mix*) alle cose reperibili in natura²⁸⁹.

Inizialmente Locke formula l'esistenza del dovere per ogni uomo di lasciare le cose come, o meglio di come, le ha trovate²⁹⁰, e reputa che nessuno debba possedere più cose di quante non riesca ad utilizzarne. Questo costituisce un limite quantitativo alla proprietà che il singolo può possedere ("*just property*")²⁹¹. Secondo Locke, nessuno può desiderare più di quanto non gli serva. Allo stato di natura non ha senso concepire l'accumulo di beni superflui, cosa che comunque sarebbe immorale laddove precludesse ad altri l'accesso alle risorse inutilizzate²⁹².

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 200

²⁹⁰ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 201

²⁹¹ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 204

²⁹² Locke inizia a ipotizzare l'ammissibilità di un accumulo di terra in sovrappiù in terre quali l'America, dove esistono terre comunque inutilizzate in abbondanza.

Questo aspetto muta con l'introduzione del denaro, che permette di acquisire anche ciò di cui non si ha bisogno: l'accumulo di un *surplus* rispetto a quanto necessario per sopravvivere è l'impulso essenziale dell'economia capitalista di mercato che, nel 1600, stava ormai sostituendo le tradizionali economie rurali medievali²⁹³. Secondo Macpherson, Locke ha rielaborato, in una forma moralmente "accettabile" per i propri contemporanei, l'accumulo indefinito di proprietà e le conseguenti diseguaglianze di patrimonio tra individui diversi²⁹⁴.

Assieme a questo, Locke stabilisce l'esistenza di un diritto di proprietà "sulla propria persona". Non si tratta di un diritto assoluto, poiché nessuno ha il diritto di disporre della sua vita o della vita di un altro. L'uomo è proprietà di Dio, quindi "*no Body has an absolute Arbitrary Power over himself, or over any other, to destroy his own Life or Property of another*"²⁹⁵; piuttosto, la principale manifestazione di questo diritto è la proprietà del proprio lavoro, che dà titolo a chiunque di appropriarsi dei prodotti naturali da lui manipolati (ai quali cioè abbia unito il proprio lavoro)²⁹⁶. Ogni uomo ha dunque la possibilità di alienare il proprio lavoro, poiché ne è "incontestabilmente" l'unico proprietario²⁹⁷. Si registrano tuttavia alcune ambiguità in Locke sul punto, poiché nei suoi ultimi scritti asserisce che non esiste alcuna legge di Dio che vieti all'uomo di disporre della sua libertà²⁹⁸.

²⁹³ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 208. Dopo una prima fase in cui pare condannare l'accumulo, Locke però comincia a giustificare la proprietà di terre in eccesso rispetto alle proprie necessità, poiché il surplus del raccolto può essere scambiato (contro denaro) per altri beni o per il lavoro altrui, dando impulso a scambi commerciali. Ritiene addirittura che gli uomini abbiano convenuto di utilizzare il denaro prima ancora di fondare la società attraverso il contratto sociale. Infatti, consentendo una distribuzione della proprietà della terra in misure diverse da individuo a individuo, gli uomini hanno consentito al contempo di dare un valore a oro e argento, che potesse essere scambiato col surplus del raccolto.

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 219, citando John Locke, *Second Treatise on Government*, sect. 319.

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 214: Locke definisce il lavoro come "*Unquestionable Property of the Labourer*" (*op. cit.*, sect 27).

²⁹⁸ Questa aporia viene spiegata da Macpherson col fatto che Locke, sebbene abbia elaborato le basi teoriche della società liberale di mercato, tuttavia abbia alcune remore morali a giungere fino alle

Dopo aver sostenuto la moralità dell'accumulo di ricchezze oltre le proprie necessità, Locke afferma la razionalità di una simile condotta e, di converso, l'irrazionalità di coloro i quali, invece, non sono capaci di appropriarsi di alcun bene oltre allo stretto indispensabile. La grande massa dei salariati, che vivono in condizioni di mera sussistenza, di fatto vengono ritenuti incapaci ed inadatti a partecipare alla vita politica poiché, dovendo impiegare tutte le forze per provvedere al proprio sostentamento, non sono in grado di "innalzare i loro pensieri" al di sopra della loro limitata prospettiva²⁹⁹. Locke reputa che tale situazione sia una conseguenza necessaria dello stato dei fatti e della struttura della società umana: ciascuno ha un eguale diritto naturale ad essere proprietario di quanto serve per sopravvivere; i più industriosi, però, riescono, a buon diritto, ad appropriarsi di un numero maggiore di beni, costringendo gli altri a vendere il proprio lavoro per guadagnare il minimo indispensabile per la propria sussistenza³⁰⁰.

Secondo la ricostruzione del pensiero lockeiano fornita da Macpherson, siccome la sopravvivenza dei *labourers* dipende dai proprietari, che li retribuiscono per il lavoro svolto presso di loro, costoro perdono di fatto l'originaria proprietà della propria persona, presupposto dell'appropriazione di

estreme conseguenze del proprio ragionamento, che gli impediscono di accettare un'alienazione della propria libertà che in pratica possa giungere fino alla volontaria riduzione in schiavitù; le considerazioni morali tuttavia risultano più attenuate nell'ultimo Locke, in quanto la ridefinizione degli assetti politici della società inglese avevano determinato un mutamento dei canoni morali, rendendo più agevole accettare le implicazioni che i fondamenti teorici del nuovo ordine sociale ed economico hanno sul piano etico.

²⁹⁹ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.* 223, Locke, Considerations, in Works (1759), ii 36 "*The Labourer's Share [...] being seldom more than a bare subsistence, never allows that body of men, time, or opportunity to raise their thoughts above that, or struggle with the richer for theirs, (as one common interest) unless when some common and great distress, uniting them in one universal ferment, makes them force: and then sometimes they break in upon the rich, and sweep all like a deluge. But this rarely happens but with the male-administration of neglected, or mismanaged government*".

³⁰⁰ Macpherson osserva che esistono delle analogie tra la religione calvinista e il pensiero di Locke, poiché la condizione dei labourers appare del tutto simile a quella del "non eletto". In effetti, molte di queste riflessioni si sviluppano nell'opera di Locke intitolata *Reasonableness of Christianity* (cfr. Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 225-226).

ulteriori beni³⁰¹. **Di conseguenza, si ammette che la proprietà è il presupposto stesso dell'individualità: essa può essere realizzata solo accumulando beni, e quindi, essendo questi limitati, il suo pieno raggiungimento può avvenire solo a spese di coloro i quali restano esclusi dall'accesso ai beni appropriati.**

A conferma di ciò, Locke sostiene che il diritto di voto vada concesso solo ai proprietari, i quali sono i soli membri a pieno titolo della società civile, escludendo la maggioranza della popolazione del suo tempo. Ritiene, infatti, che la principale funzione delle istituzioni politiche risieda proprio nella tutela del diritto di proprietà, il quale non può certo essere garantito se la maggioranza degli elettori sceglie i propri rappresentanti. Paradossalmente, l'esclusione dei salariati dal diritto di voto è finalizzata a tutelare la proprietà alla quale tutti, in principio, hanno diritto³⁰².

Secondo Macpherson, l'ambiguità della teoria lockeiana, che asserisce da un lato l'eguaglianza dei diritti di tutti, determinata da una legge di natura, dall'altra l'esistenza di altrettanto naturali e necessarie differenze nei diritti degli individui, caratterizza l'intero pensiero liberale, fino al XX secolo. Si radica negli autori del Settecento e dell'Ottocento, con la conseguenza che, nella logica e nella retorica delle loro analisi, si parte sempre dal presupposto che l'individuo è razionale, autodeterminato e capace di comprendere quale sia il proprio interesse. La paradossale contraddizione illustrata, però, non viene affatto notata dagli autori medesimi, come del resto non era stata notata neanche da Locke. Essa costituisce il limite maggiore alle teorie liberali e contrattualiste che ancora stanno alla base della filosofia economica, politica e giuridica odierna, e la loro penetrazione è talmente ampia che risulta estremamente difficoltosa l'operazione di vederne i limiti.³⁰³

³⁰¹ Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 231

³⁰² Crawford Brough Macpherson, *op. cit.*, pag. 252. Locke dà questa cosa per scontata.

³⁰³ *Ibid.*

3. Le teorie neocontrattualiste liberali e lo statuto giuridico del corpo umano.

La concezione di soggetto di diritto affermatasi negli ordinamenti occidentali a partire dal Seicento è stata condizionata dal paradigma liberale dell'individuo autodeterminato e capace di perseguire il proprio interesse, primariamente attraverso l'accumulo di beni, garantita dall'istituto giuridico della proprietà e dal riconoscimento della libertà contrattuale, necessarie per esercitare attività di impresa economica. Come noto, questo archetipo è sintetizzato nel binomio "*liberty and property*", fatto proprio dalle grandi proclamazioni di diritti di fine Settecento e recepito nelle codificazioni dei Paesi dell'Europa continentale nonché negli ordinamenti di *Common Law* attraverso l'attenta opera del potere giudiziario.

La funzione della proprietà non è dunque meramente privatistica, ma ha avuto un fondamentale ruolo sul piano pubblicistico, rappresentando uno dei cardini della tutela dei diritti individuali contro gli abusi e le interferenze altrui e contro le pretese legate a privilegi di *status* e di casta. Per questo, il diritto di proprietà assume una valenza politico-costituzionale negli ordinamenti giuridici occidentali ottocenteschi, quando giunge a compimento il processo di affermazione dello Stato contemporaneo. Ed è sul modello del diritto di proprietà che si forgia la struttura del diritto soggettivo³⁰⁴.

Tale impostazione ha avuto notevoli conseguenze sul diritto privato, determinando una intricata ed intima correlazione tra il concetto di persona e

³⁰⁴ Cfr. Davide Messinetti, Personalità (diritti della), in Enciclopedia del diritto, vol. XXXIII, 1983, pag. 355, a pag. 357: "*Visto nel suo lato esterno e formale, quello dell'esclusività è un valore neutro rispetto alle situazioni sostanziali protette. In sintesi: una relazione di appartenenza, idealmente e genericamente considerata, cioè prescindendo da ogni contenuto reale e specifico, si manifesta in funzione della garanzia di una sfera individuale. L'assolutezza è la forma giuridica di tale garanzia. In questo senso, la proprietà, che nel suo aspetto esteriore non solo si traduce in una relazione di appartenenza, ma che tra tutti i possibili schemi in cui una simile relazione si può manifestare rappresenta certamente lo schema tipico per eccellenza, contiene in sé i caratteri formali comuni alla tutela di una sfera individuale. Fatto, questo, che spiega in sede tecnica, perché il concetto di diritto soggettivo si sia conformato sul modello proprietario; e perché, a sua volta, attraverso la formalizzazione del carattere dell'esclusività in quello dell'assolutezza, sia divenuto il canone metodologico comune per la configurazione concettuale della sfera <<individuale>>*".

quello di proprietà. Molteplici sono i riscontri che esistono anche a livello linguistico. Essi risultano più evidenti negli ordinamenti di *Common Law*, ove la terminologia afferente al diritto di proprietà è rimasta più legata alle caratteristiche dei sistemi feudali, rispetto ai quali, in Inghilterra, non vi è mai stata una netta cesura.

Si pensi, ad esempio, al termine inglese “*estate*”. Esso deriva dal latino *status*, ed indica, nell’accezione in cui viene comunemente utilizzato oggi, il patrimonio di un soggetto; il suo utilizzo è frequente con particolare riferimento alla proprietà immobiliare (*real estate*). Ciò deriva dal fatto che in epoca medievale *estate* indicasse i possedimenti terrieri del feudatario, che dipendevano appunto dal suo *status* nobiliare. Status personale e proprietà (terriera, in un’epoca in cui essa costituiva la maggior fonte di ricchezza e di sostentamento) andavano dunque di pari passo³⁰⁵.

Anche la tutela civilistica dell’integrità personale e patrimoniale si è sviluppata attraverso lo stesso rimedio giurisprudenziale, ossia il *writ of trespass* (che poteva essere appunto *trespass to person and trespass to goods*), il che sembrerebbe evocare l’esistenza di una “sfera” intangibile di interessi giuridicamente protetti, al centro della quale c’è la persona, idealmente circondata dalle sue proprietà, alle quali appare essere quasi assimilata³⁰⁶. Pertanto il fatto che il termine *trespass* venisse usato per entrambe le azioni appare rispecchiare perfettamente l’idea dell’ “individuo proprietario” descritta da Macpherson. Ciò

³⁰⁵ Sir John William Salmond, *On Jurisprudence*, Stevens and Hayes, London 1907, §82. Tuttavia, Salmond distingue nettamente tra *personal rights* e *real rights*, enfatizzando la distinzione tra persone e cose. Tuttavia, interessante notare come l’approccio non sia affatto stato esente da rilievi critici. Scrive A. H. Campbell, in “Some footnotes on Salmond on Jurisprudence”, 7 (1939-1941) *Cambridge Law Journal* 206, a pag. 214, come la distinzione sia arbitraria, e probabilmente da attribuire ai condizionamenti che i giuristi accademici subiscono quando studiano il diritto romano o i diritti dei Paesi continentali. Perciò, egli evidenzia come “*the rights of an English father to the services of his children may have a certain economic value. The reputation of a businessman for honesty may be his most valuable asset. And as the capital of a manual worker consists largely in his intelligence, so does the capital of a manual worker consist of his physical strength. A man’s right to freedom from bodily harm may have an economic value, as the courts recognize when in awarding damages...Even his right to personal liberty has an economic value; the freeman able to travel in search of employment has a valuable right which is lacking in the slave, the serf or the prisoner*”.

³⁰⁶ Markesinis, Deakin, *Tort Law*, OUP, Oxford 2003.

risulta ancora più chiaro se si considera come la sua funzione principale del *writ* in parola è di tipo “ricognitivo”, ossia è tesa ad accertare ed affermare l’esistenza del diritto di un soggetto di fronte alle interferenze altrui, ribadendone l’esclusività.

Quanto affermato finora assume particolare rilievo riguardo allo statuto giuridico del corpo umano, proprio per **l’esistenza di questa inestricabile correlazione tra individuo e proprietà**. Infatti, come si tenterà di spiegare a breve, l’esistenza di un così forte nesso rende piuttosto sfumato il “confine giuridico” del sé. In altre parole, se lo *status* di soggetto equivale all’attribuzione di diritti di natura proprietaria, e presuppone comunque una proprietà, ossia una capacità di disporre della propria “persona” e della propria forza lavoro, si potrebbe giungere ad affermare l’esistenza di un diritto di proprietà, o comunque di prerogative di natura quasi-proprietaria, sul proprio corpo.

Vedremo che gli ordinamenti non affrontano direttamente la questione e che, se non sembra possibile affermare una proprietà *tout-court* sulle proprie membra, si rileva tuttavia l’esistenza di alcuni elementi nel modo in cui gli ordinamenti disciplinano lo statuto del corpo umano, che richiamano gli schemi della proprietà.

3.a. L’emancipazione femminile come esemplificazione della correlazione tra soggettività, proprietà e sovranità sul corpo

Il corpo umano racchiude l’individuo, separandolo fisicamente dal resto del mondo: esso è al contempo il presupposto necessario della sua esistenza, nonché lo “strumento” essenziale per percepire gli eventi esterni, per manifestarsi agli altri e quindi interagire con i propri simili e con la realtà esterna. Non è sempre semplice, tuttavia, definire il confine fisico del corpo, poiché non è un’entità immutabile ed impermeabile: al contrario, quasi tutte le sue componenti sono in continua evoluzione (si pensi alle cellule, delle quali avviene un totale ricambio ogni quattro anni) e vi è una continua osmosi tra elementi corporei ed elementi esterni

(l'ossigeno necessario alla respirazione, il cibo e l'acqua, le sostanze rilasciate dall'organismo a seguito dei processi fisiologici)³⁰⁷.

Il diritto di appropriarsi di altri beni, riconosciuto e tutelato dall'ordinamento, appare essere il presupposto essenziale per il pieno riconoscimento dell'individuo come membro della comunità giuridico-politica e quindi come soggetto di diritto.

Infine, ci si riporta a quanto affermato da Foucault³⁰⁸, il quale ha evidenziato come l'emersione di nuove forme di soggettività (che si ha quando il ruolo di una determinata classe di individui nella società subisce dei mutamenti) parta da una presa di coscienza, o comunque da una mutata concezione del proprio sé, **che muove da una ridefinizione del modo di percepire il proprio corpo** esistente in una determinata cultura.

A quest'ultimo proposito, e a sostegno di quanto asserito, è emblematico osservare ciò che è avvenuto riguardo alla condizione femminile³⁰⁹.

Storicamente, la lenta affermazione del ruolo della donna nella società è stato accompagnato da una parallela e graduale rimozione dei limiti giuridici all'esercizio del diritto di proprietà, o comunque delle situazioni di svantaggio rispetto all'uomo, in particolare rispetto al coniuge. Si è andata altresì affiancando una maggiore tutela della sovranità della donna sul proprio corpo. Pare dunque che la caratteristica del diritto di proprietà, ovvero lo *ius excludendi alieni*, si sia rafforzato tanto riguardo alla tutela del patrimonio quanto riguardo all'integrità personale, delineando uno spazio intangibile all'interno del quale la donna, libera da ingerenze, può costruire e sviluppare la propria identità³¹⁰. Escludere l'altro significa infatti anche definire se stessi, stabilendo un confine tra l'io e i soggetti terzi.

³⁰⁷ Cfr. Paolo Zatti, v. infra., §4

³⁰⁸ Cfr quanto si è detto a proposito di Foucault, vedi supra, Cap.2.

³⁰⁹ Cfr. Margaret Davies, Ngaire Naffine, *Are persons property?* Ashgate, Aldershot 2001, pag. 80

³¹⁰ Margaret Davies, Ngaire Naffine, *op. cit.*, pag. 82

Nella dottrina e nella giurisprudenza inglese, Blackstone asseriva che “*by marriage, husband and Wife are one person in Law*”³¹¹, ove era implicito il fatto che la figura della donna fosse sottomessa a quella maschile. Con il matrimonio, la donna prestava un perpetuo consenso ai rapporti sessuali col marito (e non viceversa!³¹²), con la conseguenza che quest’ultimo aveva un diritto di possedere (letteralmente) il corpo della donna. Inoltre, la *Common Law* prevedeva che il marito assumesse l’usufrutto delle proprietà della donna. Infine, ancora oggi, in molti ordinamenti di *Common Law* quali l’Inghilterra, al momento del matrimonio la donna perde il cognome da nubile e deve necessariamente utilizzare quello del marito³¹³.

Dopo l’estensione dei diritti politici alle donne, avvenuta in Inghilterra nel 1918³¹⁴ e negli Stati Uniti –a livello federale- nel 1920³¹⁵, si è avuta una evoluzione riguardo al regime del patrimonio della donna coniugata solo col *Married Women Property Act* del 1960, seguito in altri Paesi dell’area di *Common Law* da analoghi provvedimenti legislativi. Con questo si stabiliva la possibilità per la donna di restare proprietaria dei suoi beni anche dopo il matrimonio.

Riguardo invece alla violenza carnale, la situazione nel Regno Unito è mutata solo nel 1991, a seguito della sentenza della House of Lords *R v. R*³¹⁶,

³¹¹ Margaret Davies, Ngaire Naffine, *op. cit.*, pag. 62

³¹² *Ibid.*

³¹³ Salvatore Patti, Francesco Donato Busnelli, *Danno e Responsabilità*, Giappichelli, Torino 2003, pagg. 310 e ss.

³¹⁴ Cfr. Annie Goldman, *Le donne entrano in scena: dalle suffragette alle femministe* (trad. it.), Giunti, Firenze 1996, pag. 60.

³¹⁵ Cfr. Annie Goldman, *op. cit.* pag. 26

³¹⁶ [1991] UKHL 12. L’immunità derivante al marito che non aveva alcun fondamento legislativo, è stata ribadita da numerose sentenze, anche di poco precedenti a quella menzionata: *R v Miller* [1954] 2 QB 282, *R v Kowalski* (1988) 86 Cr. App. R. 339, *R v Sharples* [1990] Crim LR 198. In tali sentenze tuttavia il marito, pur essendo stato assolto dal capo di imputazione di stupro, era stato condannato per altri aspetti della sua condotta violenta (ossia per l’aggressione commessa nei confronti della moglie).

confermata dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo³¹⁷, con cui si è estesa l'applicabilità del reato di stupro anche al caso in cui a compiere la violenza sia stato il marito.

Il mutato ruolo sociale della donna è stato accompagnato da una progressiva conquista di diritti, attraverso i quali non solo partecipa pienamente alla vita politica della società, ma ne diviene attore economico autonomo. Viene quindi tutelata nella sua libertà, anche nell'ambito familiare e sessuale, confermando, sotto quest'ultimo aspetto, l'intuizione di Foucault, secondo cui l'emergere di nuove forme di soggettività si riflette nella cultura dei piaceri del corpo, che sicuramente hanno costituito un elemento fondamentale dei movimenti femministi di liberazione sessuale.³¹⁸.

Acquisire l'**esclusiva** padronanza ed il potere di disporre di se stessi, delle proprie sostanze e del proprio corpo evoca gli archetipi caratteristici della proprietà.

A partire dagli anni Settanta, alcune esponenti di correnti di pensiero riconducibile alla c.d. "*feminist jurisprudence*" hanno messo in rilievo come l'oppressione esistente ai danni della donna, tutt'altro che sopita, sia sostanzialmente riconducibile al controllo ed allo sfruttamento del suo corpo. Questo risulta essere oggetto di desiderio sessuale e di piacere, oltre che "strumento" indispensabile per la riproduzione umana, fonte di energie per lavoro gratuito come quello domestico e quello legato alla cura dei figli e degli altri parenti. Anche il lavoro femminile è sottopagato e le retribuzioni della donna sono spesso inferiori a quelle maschili, a parità di mansioni. Una tutela di tipo

³¹⁷ *S.W. v. The United Kingdom*, caso n° 20166/92, decisa il 22/11/1995, disponibile sul sito <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=s.w.%20%7C%20united%20%7C%20kingdom&sessionId=63903588&skin=hudoc-en>. La Corte era stata adita per la presunta violazione del principio nullo crimen sine lege, che ad avviso degli imputati discendeva dalla creazione ed applicazione retroattiva, di una fattispecie criminosa da parte della House of Lords. La Corte di Strasburgo respingeva il ricorso, ritenendo che, stanti le caratteristiche del sistema della Common Law inglese, una simile evoluzione era comunque prevedibile.

³¹⁸ Cfr. Annie Goldman, *op. cit.*, pagg. 92 e ss.

proprietario del corpo viene dunque considerata da una parte di tale movimento come essenziale al fine di garantire una piena sovranità su se stesse ed un riequilibrio delle posizioni dei due sessi nella società³¹⁹.

In effetti, la critica femminista evidenzia come il modello di individuo spersonalizzato (ed asessuato), derivante dalla tradizione liberale e rielaborato da Sumner Maine nel celebre saggio *From Status to Contract*, sia in realtà fondato su un paradigma maschile, il cui corpo è inviolabile, separato da quello altrui da chiari confini. Per questo, il modello proprietario presenta alcune contraddizioni e aporie, ed in particolare non riesce a risolvere in modo del tutto soddisfacente la condizione della donna in stato di gravidanza³²⁰. Il fatto che un essere vivente si venga a trovare in una situazione di simbiosi con un altro essere umano, sia pure *in fieri*, quale quella che si determina durante la gestazione, non può essere facilmente ricostruita se si affronta in termini proprietari. Bisogna infatti accettare o che la donna in stato interessante sia un “essere a sovranità limitata”, espropriata della possibilità di avere il controllo del suo corpo laddove questo possa mettere a repentaglio la salute del feto, oppure che questo, trovandosi all’interno del corpo della madre, non possa in alcun modo comprimere la sovranità che lei ha su di sé, con la conseguenza che possa liberamente disporre del proprio corpo anche quando ciò determini una lesione o la morte del nascituro³²¹.

Gli ordinamenti odierni, non senza contraddizioni, sembrano persistere sulla via della concezione proprietaria, riconoscendo in linea di principio la sovranità della gestante sul proprio corpo al di là dei limiti imposti dalle norme in materia di interruzione della gravidanza. Infatti, eccetto i casi in cui la donna si procura un aborto, ammesso solo in determinate circostanze e previo rispetto di particolari procedure, la sua condotta durante la gestazione viene raramente resa oggetto di censure da parte dell’ordinamento e non vengono sanzionati comportamenti che

³¹⁹ Margaret Davies, Ngaire Naffine, *op. cit.*, 75.

³²⁰ Di questo aspetto si tratterà in maniera più approfondita nel capitolo successivo.

³²¹ Margaret Davies, Ngaire Naffine, *op. cit.*, pagg. 89 e ss.

mettono a repentaglio la salute del feto, quali il fumo, l'alcol o l'assunzione di sostanze stupefacenti³²².

Possiamo affermare, quindi, che la soggettività giuridica e la sovranità dell'individuo sul proprio corpo sono strettamente correlati, e che nella cultura giuridica e politica occidentale esiste una intrinseca interrelazione tra il concetto di soggettività e quello di proprietà. A riprova di questo fatto, si è notato come l'affermazione o l'esclusione di una categoria di individui dal novero dei soggetti di diritto (o comunque i mutamenti che si vengano a determinare nella quantità di diritti ad essa riconosciuti, con particolare riferimento a quelli politici –più strettamente collegati cioè all'esercizio della sovranità- ed economici) abbia dei riflessi anche sulla loro capacità di essere proprietari, e detta capacità appare procedere di pari passo al potere che ciascuno ha di disporre del proprio corpo e delle proprie energie, ad esclusione degli altri. Per dirla con Foucault, i mutamenti politici ed economici, prima ancora che sul piano giuridico, hanno dei riflessi di ordine antropologico-culturale, che vanno ad incidere sulla percezione del proprio corpo e del corpo altrui.

4. Resistenze e critiche alla concezione proprietaria del corpo umano e la "dignità umana" come elemento fondativo della soggettività e limite alla disponibilità su se stessi.

Si è detto che la concezione proprietaria del corpo non è esplicitamente riconosciuta dall'ordinamento. Al contrario, come si vedrà meglio nel paragrafo successivo, esistono resistenze ideologiche che spingono in una direzione esattamente opposta. Esse sono variamente motivate.

Innanzitutto, la concezione proprietaria non permette di risolvere in modo soddisfacente alcune questioni, principalmente quella del rapporto tra gestante e nascituro.

³²² Vedi *infra*, cap. 4

In secondo luogo, vi è il timore che l'attribuzione di uno *ius disponendi* illimitato su se stessi porterebbe alla possibilità di alienare la propria persona, rendendosi schiavi di altri, e trasformando l'essere umano ed il suo corpo in una "commodity", o in un "bene di consumo". Si parla a questo proposito di "reificazione", o, in lingua inglese, di "commodification". Il modello di individuo capace di comprendere cos'è meglio per se stesso e di decidere di conseguenza, che affonda le proprie radici nella tradizione liberale, e particolarmente in Locke, sembra non fornire adeguata tutela alla persona di fronte alle pressioni determinate dalle contingenze, specie di natura economica, cui si può essere sottoposti.

Tali questioni sono state affrontate innanzitutto nell'ambito delle riflessioni filosofiche e morali di Immanuel Kant³²³.

Successivamente, nel corso dell'Ottocento, gli studi politologici ed economici, prima ancora che strettamente giuridici, particolarmente di stampo marxista, hanno messo in evidenza alcune inadeguatezze del modello di individuo proprietario di se stesso, articolando critiche soprattutto riguardo al rapporto di lavoro subordinato³²⁴. A seguito della rivoluzione industriale, le masse di operai che percepivano salari di mera sussistenza e godevano di diritti assai limitati, potendo difficilmente cambiare la propria situazione di sfruttamento e di subalternità alla borghesia imprenditoriale, venivano visti come vittime del liberalismo economico e dell'ideale di individuo proprietario. A costoro, la proprietà di se stessi non forniva adeguata tutela: al contrario, la facoltà di disporre di se stessi, giustificata dall'approccio proprietario, semmai poteva costituire il fondamento della loro condizione di subalternità³²⁵.

Nelle Costituzioni dell'Europa occidentale del secondo dopoguerra, animate dal principio personalista e dalla centralità dell'essere umano in tutte le sue sfaccettature, una rigida concezione dell'individuo proprietario di se stesso appare

³²³ Vedi *infra*, in questo capitolo

³²⁴ Amedeo Santosuosso, *op. cit.*, pagg. 137 e ss.

³²⁵ Amedeo Santosuosso, *op. cit.*, pagg. 157-158.

insoddisfacente, poiché la reificazione del corpo e della persona è lesiva della sacralità della vita e della dignità di ciascuno.

L'idea che l'essere umano o le parti del suo corpo siano oggetto di proprietà è fortemente osteggiata, per il rischio che ciò possa determinare forme di schiavismo o che possa spingere persone in stato di bisogno ad alienare la propria libertà o a vendere i propri organi per assicurarsi la sussistenza. Inoltre, come si dirà meglio *infra*, molti sostengono che una vera tutela dell'individuo presuppone l'esistenza di limiti alla disponibilità della propria integrità, della propria salute e della propria vita, cosicché deve essere ritenuto illecito procurarsi lesioni o darsi la morte. In altre parole, una tutela a tutto tondo della persona dovrebbe estendersi anche agli atti che l'individuo può commettere a danno di se stesso.

Il problema che si pone è pertanto quello di determinare quale debba essere il punto di discriminazione tra la libertà individuale e la sovranità della persona sul proprio corpo da un lato e la tutela della persona stessa dall'altro.

Come si è detto, considerare l'individuo proprietario di se stesso potrebbe rendere più complessa l'individuazione dei limiti alla sovranità sul proprio corpo: lo *ius excludendi alieni* tipico della proprietà e la tendenza che ha caratterizzato questo istituto ad "assolutizzarsi"³²⁶, esaltano la libertà di disporre piuttosto che contenerla. E' quindi l'aspetto legato alla possibilità di disporre della proprietà, tratta fino all'estrema conseguenza di distruggere la *res* e di alienarla, che più rende scettici. Si viene a creare un altro paradosso: come può l'individuo essere al contempo soggetto-proprietario ed oggetto-proprietà? Dov'è il confine dell' "io" rispetto all'esterno, se esso non è più rappresentato dal corpo?

L'idea di una necessaria dissociazione del concetto di persona da quello di proprietà viene fatto risalire a Immanuel Kant, il quale per primo affermò che monetizzare l'uomo equivale a negare la stessa natura umana e la innata dignità

³²⁶ Cfr. Margaret Davies, Ngaire Naffine, *op. cit.*, Donna Dickerson

che le è propria. La vita e gli esseri umani hanno un valore sacrale, nettamente distinto dagli oggetti.

4.a. Immanuel Kant e la *Menschenwürde*

Kant sviluppa il concetto di dignità umana (*Menschenwürde*) e di autonomia (*Autonomie*) nei “*Fondamenti della Metafisica dei costumi*” (1785), seguita e rielaborata nella “*Critica della Ragion Pratica*” (1788) e nella “*Metafisica dei Costumi*” (1797).

Nei “*Fondamenti della Metafisica dei Costumi*”, ove si propone di trovare “il principio assoluto della morale”, egli sostiene che ciascun uomo, in quanto razionale, è dotato di una intrinseca dignità, che lo rende un fine e non un mezzo³²⁷. Essa si distingue dall’onore, che si acquista attraverso le azioni (conformi alla morale dettata dall’imperativo categorico), ed è l’esatto contrario del prezzo, attribuibile solo alle cose. La dignità è infatti un valore assoluto, innato, attributo necessario ed imprescindibile dell’essere umano razionale, il prezzo invece è un valore relativo, attribuibile ai beni strumentali in ragione della loro utilità. Perciò, l’essere umano non solo non può essere oggetto di diritti, ma non può essere neppure una cosa, suscettibile di avere un valore monetario: l’una cosa esclude necessariamente l’altra.

³²⁷ Immanuel Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi*, in Pietro Chiodi (a cura di), *Scritti Morali di Immanuel Kant*, UTET, Torino 1970, pag. 93“...Nel regno dei fini tutto ha un prezzo o una dignità. Il posto di ciò che ha un prezzo può esser preso da qualcos’altro di equivalente; al contrario, ciò che è superiore a ogni prezzo, e non ammette nulla di equivalente, ha una dignità. Ciò che concerne le inclinazioni e i bisogni generali degli uomini ha un prezzo di mercato; ciò che, a prescindere dal bisogno, è conforme a un certo gusto, cioè al compiacimento che si prova per il semplice giuoco senza scopo delle nostre facoltà mentali, ha un prezzo d’affezione; ma ciò che costituisce la condizione necessaria perché qualcosa possa essere un fine in sé, non ha soltanto un valore relativo, o prezzo, ma ha un valore intrinseco, cioè dignità.

Dunque, la moralità è la condizione esclusiva affinché un essere ragionevole possa essere fine in sé, perché soltanto in base ad essa questo essere può costituirsi a membro legislatore del regno dei fini. Ecco perché soltanto la moralità, e l’umanità in quanto capace di moralità, possono avere dignità”.

La razionalità individuale per Kant è l'elemento fondante della società e della morale: la legge universale, a cui tutti sono sottoposti, per cui ciascuno deve trattare gli altri individui come fini in sé e non come mezzi, determina una condizione di eguaglianza tra soggetti. La società è retta da una "unione sistematica di esseri ragionevoli", che si danno "leggi oggettive comuni", della quale sono al contempo legislatori e membri³²⁸. La volontà cui Kant fa riferimento è strettamente legata al concetto di autodeterminazione, poiché solo attraverso la possibilità di darsi liberamente delle leggi, gli individui razionali possono arrivare a stabilire ed a seguire le regole universali conformi alla ragione³²⁹.

Il ragionamento di Kant risulta quindi circolare: la ragione, che distingue l'uomo dagli altri animali e dalle cose inanimate, guidata dal principio universale di trattare gli altri esseri razionali come un fine, liberamente sceglie di darsi e di conformarsi a leggi universali tese al perseguimento di tale obiettivo. Seguire scopi diversi significherebbe non essere razionali.

In base a questa legge universale, ritiene che la conservazione della vita e della salute siano doveri necessari. Anche l'amor proprio ed il perseguimento della felicità sono considerati doveri, anche se indiretti, finalizzati, se non altro, a non cadere nella "tentazione di venir meno ai propri doveri"³³⁰. Ne deriva che qualunque atto di un individuo razionale teso ad autodistruggersi non risponde più all'imperativo morale di trattare tutti - inclusi se stessi - come un fine, e quindi non è ammissibile³³¹. *A contrario*, Kant ne deduce che se la libertà di suicidarsi fosse

³²⁸ Immanuel Kant, *op. cit.*, pagg. 92-93: "In tal modo la ragione riferisce ogni massima della volontà, in quanto legislatore universale, a ogni altra volontà e ad ogni azione verso se stessa, e ciò non per un motivo pratico diverso o per qualche profitto futuro, ma sul fondamento dell'idea della dignità di un essere ragionevole che obbedisce solo alla legge da lui stesso istituita"

³²⁹ Immanuel Kant, *op. cit.*, pag. 86: "La volontà è pensata come una facoltà di autodeterminazione ad agire in conformità alla rappresentazione di certe leggi; una facoltà del genere può esserci soltanto in esseri ragionevoli. Ora ciò che serve alla volontà come principio oggettivo per la sua autodeterminazione è il fine; se questo è fornito solo dalla ragione, deve valere ugualmente per tutti gli esseri ragionevoli". Il fine, "l'imperativo pratico sarà pertanto il seguente: agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona che in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo".

³³⁰ Immanuel Kant, *op. cit.*, pag. 55

³³¹ Immanuel Kant, *op. cit.*, pagg. 53-54. "La conservazione della propria vita è un dovere...Nel caso [...] che contrarietà e sofferenze senza speranza abbiano tolto ogni gusto per la vita, e

elevata a legge universale, allora anche il diritto di uccidere gli altri lo diventerebbe³³².

Nonostante la negazione dell'esistenza di una relazione proprietaria della persona con il proprio corpo, anche Kant sembra ammettere l'esistenza di limitate circostanze in cui la compravendita di materiale biologico di origine umana debba essere consentita: si tratta del caso dei capelli (per fare delle parrucche) o del latte materno della balia³³³. Sono però di eccezioni giustificate dalla particolare natura di questi "oggetti", che sono "riproducibili" e non comportano alcun danno per la salute quando vengono distaccati dal corpo: infatti, in base al principio per cui non si può essere al contempo persona o cosa, Kant ritiene che all'uomo non sia "consentito vendere un dente o un'altra parte di se stesso"³³⁴.

4.b. Problematiche sollevate dal concetto di dignità con riferimento al pluralismo etico della odierna società occidentale

Le argomentazioni con le quali Kant giustifica l'indisponibilità sul proprio corpo e sulla propria vita hanno significativamente influenzato i concetti di libertà, autonomia, e dignità nella filosofia morale e politica del mondo occidentale, e la loro rilevanza è stata rivalutata proprio per affrontare le problematiche sollevate dalle tecnologie biomediche.

Jonas e Habermas, nell'evidenziare quali siano i rischi di un approccio eccessivamente liberale e permissivo in questo settore, hanno fatto esplicito riferimento al concetto di dignità umana kantiano.

Jonas individua l'esistenza nella società contemporanea di un profondo cambiamento, che dà luogo ad un rapido abbandono dei vecchi "valori" e delle

l'infelice, forte d'animo, e più indignato per la sua sorte che scoraggiato o abbattuto, pur desiderando la morte conservi la vita pur senza amarla, non per inclinazione o per timore ma per dovere, la sua massima ha un contenuto morale"

³³² Immanuel Kant, *ibid.*

³³³ Immanuel Kant, *Lezioni di Etica*, Laterza, Roma-Bari 1991.

³³⁴ Immanuel Kant, *op. cit.*, pag. 169-170 e 189

vecchie “tradizioni”. La scienza, animata, a suo avviso, dall’arroganza e dalla superbia dell’uomo e dal suo desiderio di ricercare “nuove forme di felicità”, pretenderebbe di superare i confini di ciò che caratterizza la specie *homo sapiens*. E’ quindi necessario tenere a freno le spinte che vorrebbero portare a mutare i tratti essenziali dell’identità umana, come ad esempio la predeterminazione delle caratteristiche genetiche³³⁵.

Habermas, analogamente, sostenendo la necessità di porre un limite all’impiego delle biotecnologie, fa riferimento al concetto di “autocomprensione di genere”, con cui evidenzia le caratteristiche irrinunciabili dell’essere umano. Fra di esse, le più emblematiche sono la casualità della composizione del patrimonio genetico e l’essere portato in grembo dalla propria madre biologica. Non si deve quindi intervenire sulla struttura del DNA, né permettere che un bambino si sviluppi nel grembo di una madre surrogata. Favorire la procreazione al di fuori di questi contesti significa negare alcuni aspetti essenziali della natura umana ed una lesione della sua dignità³³⁶.

Entrambi gli autori fanno riferimento ad un concetto di dignità umana che riecheggia quello kantiano. Tuttavia, le idee di dignità umana e di essere umano da loro sostenute risultano connesse a scelte etiche ben precise³³⁷

³³⁵ Hans Jonas, *Tecnica, Etica e medicina*, Einaudi, Torino, 1997. Tuttavia, Jonas ritiene che il rifiuto delle cure mediche da parte di un malato terminale debba essere osservato. Egli ritiene altresì che, qualora il paziente sia incosciente, sia mantenuto artificialmente in vita e non vi siano possibilità che la sua situazione possa migliorare, si debbano sospendere le cure lasciando che muoia. La ratio di tale dovere va ricercata nella equa ripartizione delle risorse tra membri della collettività (per cui chi sia affetto da una patologia guaribile dovrebbe essere curato prioritariamente rispetto a chi non abbia possibilità di recupero, e per di più abbia completamente perso la coscienza).

³³⁶ Jürgen Habermas, *Il futuro della natura umana – i rischi di una genetica liberale* (trad. it.), Einaudi, Milano 2002, pagg. 19 e ss.

³³⁷ Si prenda ad esempio il seguente passo di Immanuel Kant (*Fondazione della metafisica dei costumi*, op cit., pag. 78-79): “Agisci come se la massima della tua azione dovesse essere elevata dalla tua volontà a legge universale della natura... Un uomo, indotto alla disperazione da una serie di mali, prova disgusto per la vita, pur conservando il dominio della propria ragione, quanto occorre per chiedersi se sia in contrasto col dovere verso se stesso togliersi la vita. Cerca allora di stabilire se la massima della sua azione possa diventare una legge universale della natura. Ma la sua massima è: <<per amore di me stesso, assumo a principio di abbreviarmi la vita, se la sua ulteriore durata mi fa prevedere più mali che piaceri>>. Tutto sta nel sapere se questo principio

In un mondo sempre più pluralista e relativizzato, privo di gerarchie di valori e norme etiche universalmente accettate, risulta estremamente arduo il compito di trovare un minimo comun denominatore per arrivare a definire in che cosa debba consistere la dignità umana³³⁸. La nozione kantiana di dignità viene criticata poiché non sembra tenere adeguatamente conto delle differenze nella identità individuale di ciascuna persona. Le caratteristiche dell'essere umano razionale, che si vorrebbero inviolabili ed indisponibili, si basano su un concetto arbitrario ed astratto di umanità che prescinde dalle inclinazioni personali di ciascuno³³⁹.

Il concetto di dignità oggi è spesso invocato in ambito bioetico, sebbene non vi sia affatto una uniformità nel significato che viene di volta in volta attribuito. Lo studioso inglese Roger Brownsword, in particolare, pone in evidenza come il termine sia in realtà ambivalente, proprio perché può essere utilizzato per sottolineare le differenze di valori di un determinato individuo o di un determinato gruppo di individui (accomunati da un medesimo sostrato ideologico) oppure, al contrario, per uniformare a *standard* uguali per tutti i limiti di ciò che deve essere considerato lecito.

Infatti esso viene invocato sia come fondamento di norme che limitano l'agire umano (*dignity as constraint*) sia, viceversa, per giustificare norme che rimuovono limiti all'agire umano (*dignity as empowerment*). Emblematico a tal proposito è il dibattito sull'eutanasia, dove viene fatto riferimento alla dignità tanto per motivare l'esistenza di un divieto, quanto per argomentare l'ingiustizia di un divieto. Per alcuni la "dolce morte" sarebbe lesiva della dignità umana, mentre per

dell'amor di sé possa diventare legge generale della natura. Ma è facile vedere che una natura la cui legge consistesse, nel distruggere la vita proprio in virtù di quel sentimento che è destinato a promuoverla, cadrebbe in contraddizione con se stessa, quindi non sussisterebbe come natura. E' quindi impossibile che quella massima possa valere come legge universale della natura, perciò risulta contraria al principio supremo di ogni dovere". Shaun Pattison, *Medical Law and Ethics*, Sweet and Maxwell, London 2006, pagg. 593-595; Roger Brownsword, Derek Beylveled, *Human Dignity in Biolaw and Bioethics*, OUP, Oxford 2001, pagg. 9 e ss. e pagg. 29 e ss.; Joel Feinberg, *Harm to Self*, OUP, Oxford 1986, pag. 97.

³³⁸ Emilio Santoro, *op. cit.*, pag. 462

³³⁹ Joel Feinberg, *op. cit.*, pag. 97.

altri sarebbe lesivo della dignità umana negare al malato, gravissimo e terribilmente sofferente, la possibilità di scegliere dove e quando morire.

Non appare quindi utile riferirsi al concetto di dignità come se si trattasse di un'idea universalmente condivisa, e risulta assai difficile delineare un contenuto minimo su cui fondare il limite alla disponibilità di se stessi.

4.c. Dignità e neocontrattualismo: il doppio ordine dei desideri

Ricapitolando: le teorie neocontrattualiste presuppongono l'esistenza di un individuo autodeterminato in grado di capire cos'è meglio per sé, per il quale ogni restrizione risulta un'indebita compressione della sua autonomia ed un atto di paternalismo. Sotto questo profilo, le nozioni di autonomia e di dignità di tipo kantiano risultano troppo poco rispettose della libertà di scelta e dell'identità personale che ciascuno costruisce in base alle proprie esperienze, alla propria cultura, al proprio *milieu* ed alla propria personalità. D'altro canto, si è detto che un'incondizionata libertà di scelta potrebbe portare l'individuo a non essere efficacemente tutelato dalle influenze esterne e potrebbe, in cambio di denaro, decidere di "vendere" i propri organi, prestarsi alla maternità surrogata, sottoporsi a stimolazioni ormonali dannose per la salute al fine di produrre gameti da vendere per coppie infertili e simili.

Il problema è dunque come determinare la "vera" volontà del soggetto, il "vero sé", e cosa si intenda per autodeterminazione, per stabilire il limite di ciò che deve essere lecito. A questo proposito, alcuni studiosi liberali hanno teorizzato l'esistenza di un doppio ordine di desideri. Assumendo che la formazione della personalità, dell'ideologia, dei valori e delle preferenze personali dipende soprattutto da fattori che caratterizzano l'ambiente sociale dove una persona vive, si distinguono i desideri immediati, o di primo ordine, dai desideri non immediati, o di secondo ordine, che presumono una capacità del soggetto di riflettere criticamente sulle ragioni che determinano i desideri di prim'ordine, delle quali assumono la consapevolezza. L'esempio che viene tipicamente fatto è quello della

scelta di smettere di fumare: un fumatore che intenda liberarsi del proprio vizio ha un desiderio “immediato” di continuare ed un desiderio “di secondo ordine” di non fumare più. Ciò sarebbe sufficiente a rendere il soggetto autodeterminato, ossia consapevole della propria situazione e delle ragioni delle proprie scelte³⁴⁰. Il doppio ordine di desideri sarebbe quindi una “procedura” che il soggetto deve compiere per effettuare scelte coerenti col proprio “vero sé”, o “*deep self*”.

La teoria del doppio ordine dei desideri tuttavia pone a sua volta un altro problema: non è chiaro, infatti, quanto sia necessario risalire “a ritroso” nell’identificare le cause delle proprie scelte personali e della propria identità, se sia sufficiente, cioè, fermarsi ad un “doppio” ordine di desideri³⁴¹.

Questa concezione si distacca da quella kantiana, secondo la quale esiste un dovere di uniformare le spinte della volontà alla legge morale universale, resistendo e sottraendosi alle pulsioni in senso contrario e opera una netta distinzione tra il mondo degli oggetti ed il mondo delle persone.

E’ stato osservato che il lessico politico kantiano, essendo legato a precisi canoni concettuali, conduce “ad una specie di vicolo cieco”, poiché muove da una idea di autodeterminazione legata alla “libertà metafisica della volontà”, che non terrebbe adeguatamente conto dei meccanismi epistemologici attraverso i quali il soggetto percepisce se stesso e viene influenzato nei processi decisionali: oggi gli “orizzonti di senso” di ciascuno vengono determinati dalle immagini standardizzate create dai mezzi di comunicazione di massa, dalla “propaganda politica e culturale” e dalle “*expertise*” settoriali (mediche, psicologiche,

³⁴⁰ Gerald Dworkin, *Theory and Practice of Autonomy*, CUP, Cambridge 1988, pag. 29.

³⁴¹ E’ stato osservato che la teoria del doppio ordine di desideri è strettamente legata ad una percezione “riflessiva” del sé, che caratterizza il pensiero occidentale moderno e che presuppone una netta separazione tra l’ “io penso” e l’ “io sono”. In altri termini, l’attività critica del soggetto è tesa alla ricerca del “vero sé”, cercando di affrancarsi dalle contingenze del reale. E’ altrettanto vero però che il “vero sé” non è necessariamente immutabile, ma può variare nel tempo, e dipende da una continua analisi critica delle proprie inclinazioni e delle proprie scelte, che non sempre porta alle medesime conclusioni. Cfr. Emilio Santoro, *op. cit.*, pag. 462.

pedagogiche, ecc)³⁴². D'altro canto, neppure la filosofia politica liberale odierna, legata al doppio ordine dei desideri ed alla tradizionale concezione liberale di dignità umana fondata su "libertà, responsabilità e riflessione autocritica" pare affrontare le suddette questioni in maniera compiuta³⁴³.

Sembra pertanto che non si possa definire un concetto di autodeterminazione che risolva in maniera soddisfacente la questione dei limiti alla volontà individuale nelle scelte riguardanti il proprio corpo.

5. Correlazione tra modello di tutela "personalistico" e modello di tutela proprietario: riflessi nel discorso biogiuridico

Si è visto che Kant opera una netta distinzione tra il mondo degli oggetti ed il mondo delle persone. Se questa definizione può apparire coerente col principio personalista delle dichiarazioni dei diritti e delle Costituzioni moderne (specie dell'Europa occidentale), la definizione sembra avere meno senso rispetto al materiale di origine biologica che può essere utilizzato separatamente dal corpo.

A tal proposito, interessante (e potremmo dire coerente con una visione kantiana del corpo e della persona) risulta essere la decisione del Bundesverfassungsgerichtshof tedesco, che nel 1993 reputò uno spermatozoo depositato in una banca del seme come parte integrante del corpo della persona che lo aveva prodotto: essendosi il seme deteriorato, la Corte concedeva infatti un risarcimento per lesioni³⁴⁴.

³⁴² Emilio Santoro, *op. cit.*, pag. 461-462.

³⁴³ Emilio Santoro, *op. cit.*, pag. 462

³⁴⁴ Bundesfgerichtshof, 9 novembre 1993, in *Familienrecht*, 1994, pagg. 154-155, così citata da Stefano Rodotà, in *La vita e le regole –tra diritto e non diritto*, Feltrinelli 2006, pagg. 79-80.. L'autore evidenzia come la pronuncia in esame operi una distinzione tra le parti del corpo destinate ad una separazione "permanente" da quelle che sono invece destinate a tornare a farvi parte (ad esempio, il sangue nel caso lo si voglia utilizzare per un'autotrasfusione). Lo sperma è destinato ad una "separazione permanente", ma per svolgere una funzione tipica del corpo, ossia quella riproduttiva. Quindi non può essere considerato come una "res", ed il danno sofferto dall'attore andava considerato alla stregua di una lesione biologica ai sensi del §823 BGB. Rodotà sottolinea

Un approccio radicalmente opposto è stato invece assunto dalla *Court of Appeal* inglese. Nel caso *Yearworth v. North Bristol AHA*³⁴⁵ riteneva che, in una fattispecie analoga a quella considerata dalla Corte tedesca, gli spermatozoi fosse di proprietà dei soggetti che lo avevano depositato, e quindi questi potessero ricevere una tutela risarcitoria *in bailment*³⁴⁶ contro la clinica per non aver conservato a dovere il seme.

Alla luce di quanto si è detto, queste due forme di tutela potrebbero apparire antitetiche e necessariamente alternative l'una all'altra. Sembra cioè, che si possa distinguere un modello di tutela personalistico da un modello di tutela proprietario, del tutto antagonisti.

Tuttavia, si vedrà come esse possano coesistere, valorizzando i rispettivi punti di forza: la correlazione con una nozione di persona a tutto tondo, che tenga conto dell'essere umano in tutte le sue sfaccettature, e l'incisività nel risolvere situazioni concrete.

5.a. Fondazione dell'ordine politico sul concetto di persona e rilevanza rispetto alla sovranità sul proprio corpo.

Paolo Zatti osserva come la ricostruzione dello statuto giuridico del corpo umano in termini di "sovranità" implichi una sua "territorializzazione", analoga al concetto usato nel diritto internazionale per il riconoscimento di una entità di natura statutale³⁴⁷. Il corpo è in continua osmosi con la realtà esterna, ed è altresì

come la sentenza in esame adotti una concezione del corpo come entità funzionale "distribuita" nello spazio

³⁴⁵ [2009] EWCA Civ 37.

³⁴⁶ Come noto, tale istituto consiste nella consegna di un bene mobile dal *bailor*, ossia il proprietario, al *bailee*, che ne acquista la *possession* (ossia il possesso o la detenzione) ma non la proprietà (*title*). Il proprietario può naturalmente ottenere la tutela per i danni eventualmente cagionati dal *bailee*.

³⁴⁷ Paolo Zatti, *Maschere del diritto, maschere della vita*, Giuffrè, Milano 2009, pag. 91

l'elemento con cui l'individuo interagisce con gli altri e partecipa alla vita della società. Se si riconosce all'individuo una sovranità originaria, o naturale, sul corpo, essa verrà in contatto (ed anche, potenzialmente, in contrasto) con la sovranità statale, ed il confine con questa potrà essere definito da una norma prodotta dai pubblici poteri.

Il fatto che l'ordinamento riservi un nucleo originario intangibile di sovranità alla persona, deve però essere articolato “...in prerogative adeguate...alla diversa intensità delle relazioni in cui è coinvolta la corporeità. Relazioni personali con i genitori, il figlio, il nascituro, il coniuge, il partner, l'amico, l'insegnante, il terapeuta, le istituzioni della sanità, della ricerca, dell'istruzione, della polizia, [dell'] esercito...e infine chiunque interagisce con il mio corpo”³⁴⁸. Per l'autore, il fatto che vi sia un ancoraggio al potere originario dell'individuo consente di guidare la costruzione di dette prerogative e l'interpretazione delle regole giuridiche che ne discendono secondo due principi.

Il primo è che la violazione del “confine” del corpo debba essere del tutto eccezionale; il secondo è che il governo del corpo include anche la “regolamentazione del governo del processo di isolamento delle sue parti o tessuti, proprio perché l'isolamento è il confine dell'io”³⁴⁹. Questo complesso di relazioni con la sovranità originaria è sintetizzata col concetto di “persona”, termine che significativamente, in origine, si riferiva alla “maschera” teatrale: essendoci necessariamente un divario tra l'uomo nella sua dimensione ontologica e nella rappresentazione che ne dà il diritto³⁵⁰, il concetto di persona astrae, sintetizza la realtà umana, creando “uno schermo, da cui qualche tratto dell'uomo traspare, ma solo in quanto corrisponda a connotati virtualmente identici e costanti”³⁵¹.

³⁴⁸ Paolo Zatti, *op. cit.*, pag. 96

³⁴⁹ Paolo Zatti, *op. cit.*, pagg. 98-99

³⁵⁰ Paolo Zatti, *op. cit.*, pagg. 102-103. Attraverso un fantasioso paragone con le tecnologie informatiche, si riferisce ad un “Avatar giuridico” che rappresenta l'uomo nella “Second Life” del diritto.

³⁵¹ Paolo Zatti, *op. cit.*, pag. 105

Tuttavia, Rodotà individua uno sviluppo “opposto” a quello qui descritto, teso a integrare la nozione giuridica astratta di persona con i multiformi e complessi aspetti della realtà concreta, riavvicinandole, lasciandone trasparire le caratteristiche “ontologiche” quando ciò venga ritenuto utile a valorizzare appieno l’individuo, tracciando così una “*via per il recupero integrale dell’individualità e per l’identificazione dei valori fondativi del sistema*”³⁵².

L’ordinamento giuridico italiano, così come quello di molti Paesi europei continentali (in particolare la Germania), a partire dal secondo dopoguerra sono caratterizzati da una scelta politica di fondo, coerente con la nozione di persona poc’anzi richiamata e fondata sulla intrinseca dignità riconosciuta all’individuo, consacrata nelle rispettive Carte costituzionali³⁵³. La medesima scelta è stata effettuata anche a livello sovranazionale. Ad esempio, la Carta dei Diritti della Unione Europea, all’art. 1, tutela la dignità umana, che definisce inviolabile. La Convenzione di Oviedo, che stabilisce il principio del consenso libero e informato nella sperimentazione umana e stabilisce che le parti del corpo umano non possono di per se stesse essere fonte di lucro; la Dichiarazione dell’UNESCO, che proclama che il DNA umano è patrimonio dell’umanità³⁵⁴ e non può pertanto essere oggetto di diritti di privativa industriale.

Da questi documenti si evince la volontà di fondare l’ordine politico su valori ben determinati, che hanno come punto comune di riferimento la persona. Questa nozione non è statica o monolitica, ma è in grado di coniugare la tutela delle peculiarità dei singoli alle esigenze di stabilire un contenuto minimo della tutela del genere umano, adattandosi di volta in volta, a seconda delle esigenze contingenti.

³⁵² Stefano Rodotà, *op. cit.*, pag. 45

³⁵³ Come è noto, l’art. 1 del Grundgesetz definisce la dignità umana come “inviolabile”.

³⁵⁴ *Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti dell’uomo* della UNESCO del 1997, art. 1.

5.b. La perdurante (ed ineludibile) rilevanza del legame tra persona e proprietà e riflessi sullo statuto giuridico del corpo umano

Nonostante l'affermazione del principio personalista negli ordinamenti di *Civil Law* dell'Europa continentale e del generale scetticismo, esistente anche nei Paesi di *Common Law*, verso una concezione proprietaria della persona e del suo corpo, si vedrà come non sia possibile negare totalmente qualunque forma di tutela proprietaria del corpo umano (specie delle "parti staccate" del corpo).

Paolo Zatti evidenzia come nel linguaggio comune il termine "mio" possa identificare qualcosa che fa parte di me ("che è all'interno" di me, quindi "*mio che è me*"), come un arto, oppure qualcosa che si trova all'esterno, come un oggetto di mia proprietà (quindi "*mio che è non-me*")³⁵⁵. Talvolta, oggetti che sono esterni ai confini del corpo possono entrare a far parte della persona, come nel caso delle protesi; in altri casi, è possibile il contrario, ossia che una parte di me "attraversi il confine" in senso opposto, "uscendo" da me³⁵⁶. Se consideriamo una parte staccata del corpo, è possibile che essa, pur essendo entrata a far parte del mondo delle cose, è ancora un veicolo, un "vaso" della identità del soggetto: "*non più io sono quello, ma resto in quello*"³⁵⁷.

La tendenza è dunque quella di regolamentare, per il tramite dell'istituto del consenso informato, la disposizione di ciò che attiene ancora alla persona, e per il tramite dell'istituto della proprietà ciò che ne è uscito. Sebbene sia possibile modulare il concetto di proprietà a seconda delle esigenze specifiche del corpo umano, evitandone quindi lo sfruttamento commerciale, per Zatti questo approccio non è l'unico possibile, poiché non si utilizza il concetto di proprietà per tutelare altri "prodotti" o attributi della persona (ad esempio nel caso di cessione dell'immagine o della forza lavoro). Secondo l'autore, si tratta di una "*cessione del*

³⁵⁵ Paolo Zatti, *op. cit.*, pagg. 64-67

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ Paolo Zatti, *op. cit.*, pag. 81

*sé, che migra verso il non sé senza mai arrivare alla totale assenza delle tracce del sé. E ciò senza prelevare il modello proprietario se non per aspetti o applicazioni analogiche; prelevando piuttosto il modello possessorio per certe modalità di tutela*³⁵⁸, la quale permetterebbe anche di tutelare l'individuo le cui parti del corpo, staccate, vengano sfruttate economicamente³⁵⁹.

La ricostruzione di Zatti non appare universalmente condiviso, e resta molto forte l'idea di utilizzare la categoria della proprietà, opportunamente adattata alle esigenze della tutela del corpo umano.

Di diverso avviso è ad esempio Jean Pierre Baud, il quale afferma che tutti i tentativi della dottrina francese di evitare di dimostrare che il corpo umano non possa costituire oggetto di proprietà hanno portato a risultati opposti³⁶⁰. In particolare, fa riferimento al rapporto del Consiglio Di Stato sullo Stato del diritto francese in merito alle questioni giuridiche sollevate dalle scienze della vita³⁶¹, nel quale si nega la natura di *res* del corpo facendo riferimento all'articolo 1128 del *code civil*, in cui si disciplinano le *res extra commercium*. Secondo Baud, la dottrina francese si ostina sulla strada della negazione dello *status* di cosa del corpo umano per un nobile scopo, vale a dire evitare la mercificazione del corpo: evitando di ammettere che il corpo è una *res*, se ne esclude anche la

³⁵⁸ Paolo Zatti, *op. cit.*, pag. 84

³⁵⁹ Paolo Zatti, *op. cit.*, pag. 84 nota 60

³⁶⁰ Nel suo libro "Il caso della mano rubata", l'autore francese immagina che una persona si procuri una mutilazione ad una mano, a causa di un incidente domestico. Visti i progressi scientifici, si spera di poter conservare la mano fino a quando non sia possibile un reimpianto; ma un "nemico" della vittima dell'incidente, volendo vendicarsi, ruba la mano e la distrugge. La questione è dunque come sanzionare l'atto illecito, cosa che richiede di definire lo status giuridico della mano, poiché se la si considera una parte della persona si tratterebbe di una mutilazione, se la si considera una "cosa" si tratterebbe di furto. In quest'ultimo caso sorge l'ulteriore problema di individuare il proprietario della mano: essa, infatti, entrando nel mondo delle cose solo al momento del distacco è da considerarsi una *res nullius*, la cui proprietà può essere acquisita dal primo occupante, cosicché il "nemico" impossessatosi della mano, non avrebbe commesso alcun atto illecito penalmente rilevante. Jean Pierre Baud, *Il Caso della mano rubata*, Giuffrè, Torino 2003.

³⁶¹ AA. VV., Conseil d'Etat, Sciences de la vie –de l'éthique au droit, La Documentation française, Paris, 1988.

commerciabilità. Egli osserva che così facendo si corre il rischio di lasciare sprovvisti di tutela individui dagli interessi che possano avere nelle parti staccate del corpo³⁶².

Il caso più celebre è certamente quello di *Moore v. Regents of the University of California*³⁶³. Il Sig. Moore era affetto da una forma di leucemia. I medici della clinica universitaria a cui si era rivolto, effettuati alcuni esami diagnostici, si erano resi conto che alcune delle cellule della sua milza presentavano caratteristiche molto particolari, idonee a sviluppare una cura contro quel tipo di neoplasia. Chiedevano ed ottenevano quindi il consenso del Sig. Moore alla rimozione della sua milza (intervento necessario in caso di leucemia), senza però rendere nota la loro intenzione di utilizzare le cellule per sviluppare e brevettare un medicinale³⁶⁴. Il Sig. Moore, scoperto l'utilizzo che era stato fatto delle proprie cellule, esperisce una richiesta risarcitoria avverso la University of California. Da un lato, egli chiede un risarcimento per *Breach of Confidence*, in relazione al fatto che non era stato informato delle vere ragioni per cui la milza gli veniva asportata. Dall'altro chiede un risarcimento fondato sul *tort of conversion*, ossia per l'aver tratto profitto da una cosa altrui senza il consenso del proprietario.

In primo grado, il giudice californiano aveva respinto la richiesta del Sig. Moore; la *Court of Appeal* dello Stato della California, invece, aveva accolto entrambe le richieste, argomentando che sarebbe stato assurdo riconoscere un diritto di privativa industriale della Università sulle cellule sviluppate a partire da

³⁶² Baud fa riferimento ad una interessante sentenza francese (Tribunal civile d'Avignon, 24 settembre 1985, in *Gazette du Palais*, 15 febbraio 1986, con nota di Philippe Bertin) riguardante un detenuto che si era mutilato volontariamente, recidendosi una falange in segno di protesta. La falange recisa era stata messa in un'ampolla di vetro ed immersa in un liquido dai sanitari che lo avevano soccorso. Il condannato intendeva tenere con sé in cella il dito ed il suo contenitore, ma le autorità carcerarie glielo avevano impedito. Esperito un ricorso presso l'autorità giudiziaria, il detenuto vede respinta la propria richiesta, poiché, ad avviso dell'organo giudicante, la falange staccata dal corpo doveva ormai considerarsi un oggetto, e come tale doveva sottostare alla disciplina prevista dal regolamento carcerario (Jean Pierre Baud, *op. cit.*, pag. 15)

³⁶³ *Moore v. Regents of University of California*, (1990) 51 C3d 120.

³⁶⁴ Lo sviluppo di tale farmaco non era possibile utilizzando semplicemente le cellule del Sig. Moore, ma richiedeva che queste venissero "trattate" in apposite colture, fatte riprodurre e selezionate a seconda delle caratteristiche presentate (si parla di una "linea" di cellule).

quelle del Sig. Moore e non la proprietà di quest'ultimo sulla *propria* milza e sulle *proprie* cellule³⁶⁵.

La Supreme Court dello Stato della California, invece, concedeva il risarcimento per *breach of confidence* (in quanto i medici non avevano rivelato le vere intenzioni riguardo all'utilizzo dell'organo rimosso) ma respingeva la richiesta relativa al *tort of conversion*, rifiutandosi di riconoscere un diritto di proprietà sul corpo. In un certo qual modo, il Sig. Moore voleva partecipare ai profitti che erano stati tratti utilizzando le sue cellule, e la sentenza della Corte suprema negava proprio l'esistenza di questo diritto. Secondo quella che potrebbe essere una prospettiva "lockeiana", la Corte considerava la milza una *res nullius*, alla quale si era commisto il lavoro dei ricercatori che avevano messo a punto e brevettato il farmaco.

E' stato giudicato insoddisfacente il fatto che il Sig. Moore fosse risultato sprovvisto di tutela significativa sul fronte della partecipazione ai guadagni derivanti dal farmaco sviluppato dalle sue cellule: pare evidente che lo scopo politico-economico, sotteso alla decisione, fosse quello di favorire gli investimenti nella ricerca, incoraggiandoli attraverso la possibilità di beneficiare dei profitti, a scapito del donatore del materiale di ricerca. Addirittura, Baud ritiene che ciò comporti una lesione della dignità umana e dell'onorabilità del paziente³⁶⁶. D'altro canto, la partecipazione ai guadagni, magari previamente negoziata potrebbe portare ad un risultato opposto, ossia ad una corsa a donare parti del proprio corpo al fine di trarre profitti, specie da parte di individui disagiati.

Così, si torna al punto di partenza, ossia alla difficoltà di individuare un limite alla disponibilità del corpo.

L'utilità della prospettiva proprietaria viene però sostenuta anche da parte della critica femminista anglo-americana, a tutela dell'invasione del corpo umano

³⁶⁵ Riportata *ibid.*, pagg. 139-140

³⁶⁶ Jean Pierre Baud, *op. cit.*, pag. 27

data dalle biotecnologie. Si sostiene infatti che la proprietà permetta di tutelare il corpo umano dalle invasioni a cui è soggetto a seguito dei progressi scientifici.

A tal proposito, si fa riferimento ad un processo di “femminilizzazione” del corpo umano: analogamente a come il corpo della donna è stato a lungo trattato alla stregua di oggetto, sfruttato e “invaso” dal sesso dominante, tale fenomeno oggi investe anche il corpo maschile, proprio in conseguenza dello sviluppo delle biotecnologie. Come l’affrancamento della donna dalla sua condizione svantaggiata può essere letto in base all’affermazione di un diritto proprietario sul proprio corpo, che permetta di controllarne l’integrità e l’utilizzo, così anche a tutti gli altri esseri umani dovrebbe essere garantito lo stesso tipo di tutela di fronte all’invasione delle biotecnologie³⁶⁷. La rivendicazione del diritto di proprietà sul corpo è paragonato alla chiusura dei “commons”, per il tramite di “enclosures” che ne impediscono la fruizione a chi prima aveva libero accesso a risorse di proprietà altrui^{368 369}.

³⁶⁷ Donna Dickerson, *Property in the Body: Feminist Perspectives*, CUP, Cambridge 2007, pagg. 8-13.

³⁶⁸ L’autrice fa riferimento al DNA umano, oggetto di studi scientifici tesi allo sfruttamento industriale delle scoperte relative alla funzione dei geni nello sviluppo e nella cura di patologie cliniche (Donna Dickerson, *op. cit.*, pag. 114). L’autrice si pone il quesito se il DNA sia un oggetto o sia la persona (visto che contiene tutte le informazioni relative ai suoi caratteri). Inoltre, vede nella vendita dei gameti femminili un modo per “riappropriarsi”, monetizzandolo, del “lavoro” non riconosciuto fatto durante la gravidanza ed il parto (Donna Dickerson, *op. cit.*, pag. 67).

³⁶⁹ E’ stato notato come la nozione di proprietà esistente nella tradizione di *Common Law* permette un approccio più flessibile rispetto al *dominium* di origine romanistica, che tende ad assolutizzare la proprietà (cfr. Margaret Davies, Ngaire Naffine, *op. cit.*, pagg. 27-28). Nella *Common Law* infatti si considera la proprietà come un bundle of rights, secondo l’espressione coniata da Tony Honoré, nella sua collezione di saggi intitolata *Making Law Bind* (OUP, Oxford 1987. Cfr. in particolare pagg. 161-167, in cui evidenzia che i potenziali attributi della proprietà, che non sempre esistono simultaneamente, sono: il diritto alla *physical possession* della *res*, il diritto di usarla, di gestirla e di stabilire che uso possano farne i terzi, il diritto a trarre profitto dall’uso che i terzi ne possano fare, il diritto al prezzo, la tutela dalla sottrazione da parte di terzi il diritto di alienarla, a titolo gratuito od oneroso, per atto tra vivi o *mortis causa*, l’imprescrittibilità di questi diritti, il diritto di impedire che venga utilizzata in modo da arrecare danno a terzi –corollario della responsabilità per i danni cagionati dalla *res* o per mezzo di essa). Come si è infatti già osservato è chiaro che la proprietà sulle parti del corpo dovrebbe comunque essere una proprietà *sui generis*, che non contiene tutte le prerogative del *dominium* classico. Tuttavia, anche nel contesto della civil law si parla ormai delle “proprietà” al plurale, quindi è certo concepibile limitare la proprietà sul corpo a quelle prerogative

Come fare dunque a coniugare l'efficacia, che potrebbe conferire il riconoscimento di un diritto proprietario o quasi proprietario sul proprio corpo, in casi analoghi a quello del Sig. Moore, ed una tutela della persona a tutto tondo? Una tutela cioè che non abbandoni l'individuo alle spinte che potrebbero indurlo a disporre di sé, magari compromettendo la propria integrità fisica in modo permanente per far fronte ad una situazione di bisogno economico.

5.c. La “incomplete commodification” come approccio pragmatico per coniugare libertà e tutela dell'individuo

Interessante, a questo proposito, è la posizione di Margaret Radin. La studiosa fa riferimento alla “*Universal Commodification*” utilizzata dagli esponenti di Law and Economics (in particolare Posner e la Chicago School) i quali spiegano tutte le relazioni sociali in termini economici. In questa prospettiva, anche concetti come amore, matrimonio e nascita possono essere considerate come “transazioni economiche”, dotate di un valore di scambio, che ciascun individuo singolarmente, sulla base delle proprie preferenze, attribuisce a ciascun bene³⁷⁰. Lo scopo di una simile ricostruzione ovviamente non è quello di togliere valore morale ai sentimenti umani, bensì quello di elaborare un modello capace di spiegare e di prevedere l'esito delle relazioni sociali. Si tratta di un sistema definito “caricaturale” e semplificato (almeno nella sua versione “pura”), finalizzato a fornire una chiave di lettura della realtà, che non va considerato come assolutamente valido o indiscutibile³⁷¹.

L'analisi critica che Margaret Radin propone della “*Universal Commodification*” parte dall'idea che nella cultura occidentale, “*the conceptual*

che non determinino la libera commercializzazione delle sue parti (cfr. Paolo Zatti, *op. cit.*, pag. 84 e ss.).

³⁷⁰ Margaret Jane Radin, *Contested Commodities*, Harvard University Press, Cambridge (MS) USA, pag. 2

³⁷¹ *Ibid.*

*structures of (un)freedom, disempowerment, and commodification are linked*³⁷²: il modello risulta essere perciò di estrema utilità pratica nello spiegare i rapporti sociali. Di converso, la ragione per cui esso suscita così tante riserve, secondo l'autrice, risiede nel fatto che risulta difficilmente accettabile dalla morale comune degradare il ruolo della persona a mero "bene" dotato di valore economico più o meno cospicuo. Nella retorica liberale (e liberoscambista), quindi, si sono sempre individuati beni o categorie di beni "inalienabili"³⁷³.

Opposta rispetto alla *Universal Commodification* è invece l'impostazione marxista, secondo cui ovviamente non dovrebbe esistere un'economia di mercato e quindi i beni non dovrebbero essere dotati di valore di scambio, ma allocati secondo altri criteri.

Tra le soluzioni intermedie esiste quella di tipo "kantiano", fondata, come si è visto, sulla partizione tra persone e oggetti, da cui discende che non esistono oggetti inalienabili.

Se però si rifiuta questa rigida partizione, che non spiega soddisfacentemente le dinamiche interindividuali, si può elaborare un modello derivato dalla *Universal Commodification*, in cui il mercato è regolamentato in modo tale da escludere l'alienabilità di alcuni beni. ("compartmentalisation")³⁷⁴. L'autrice identifica quattro indizi per l'esistenza di un processo di *commodification*, la cui simultanea presenza dà luogo ad un contesto di pura *commodification*: a) reificazione (ossia conferimento di status di *res*, nel senso kantiano del termine); b) fungibilità (ossia la possibilità di essere scambiate con altri beni, senza che il patrimonio del proprietario venga intaccato); c) commensurabilità (possibilità di valutare comparativamente il valore delle cose, secondo una gerarchia o una "variabile

³⁷² Margaret Jane Radin, *op. cit.*, pag. 14

³⁷³ *Ibid.*

³⁷⁴ Margaret Jane Radin, *op. cit.*, pag. 116. Il grado di estensione della "commodification" può essere più o meno intenso a seconda della quantità di "beni" esclusi dal mercato: ad esempio, una società in cui la salute, gli alloggi, e la qualità dell'ambiente siano esclusi dal mercato è più distante dal modello della *Universal Commodification* rispetto al caso in cui tali beni ricadano nel dominio del mercato.

continua”; il concetto è l’opposto di “incommensurabilità”, riferito a beni dal valore inestimabile); d) equivalenza pecuniaria (possibilità di valutare comparativamente il valore di una cosa secondo la funzione variabile data dal suo prezzo in denaro³⁷⁵)³⁷⁶.

Margaret Radin propone l’utilizzo di un’altra soluzione alternativa alla “*pure commodification*”, ma diversa dalla “*compartmentalisation*” e dalla concezione kantiana, che definisce *incomplete commodification*. Al cuore di questa soluzione sta l’idea secondo cui esistono due tipi di proprietà. La prima, definita “*personal property*”, include tutto ciò che è essenziale per definire l’identità individuale: essa deve essere indisponibile all’individuo stesso, e si estende anche oltre i confini del corpo. Il secondo tipo, definita “*real property*”, è “esterna” all’individuo e non ha per oggetto alcun elemento essenziale per la definizione della sua “soggettività”; di questa, la persona può disporre liberamente senza inficiare la propria “umanità” (e quindi il proprio *status* di soggetto). La *incomplete commodification* si differenzia dalla “*compartmentalisation*” poiché l’esclusione dei beni dal mercato non si fonda sulla necessità di correggere le c.d. “*market failures*”, attuando politiche redistributive, ma in ragione del loro collegamento alla soggettività³⁷⁷.

³⁷⁵ Sul punto, interessanti sono le notazioni che l’autrice fa riguardo alla Law of Torts. Analizzando il Restatement of Torts 2nd, osserva come esso metta in evidenza come la funzione riparatoria della responsabilità delittuale non possa applicarsi in caso di lesione dell’integrità fisica permanente, poiché non è possibile ripristinare la situazione precedente. Il linguaggio utilizzato sembra avere la chiara finalità di considerare la salute umana, il corpo umano e l’integrità fisica come incommensurabili; tuttavia, successivamente, si ammette la possibilità di un risarcimento pecuniario come ristoro per la sofferenza subita dalla vittima; il che, secondo Margaret Radin, è un chiaro indizio di *commodification* del corpo e del rimedio risarcitorio. Sebbene resti fermo nella retorica della giurisprudenza (statunitense) un linguaggio che rifugge dalla reificazione e dalla monetizzazione del corpo, gli studi dottrinali appaiono accettare sempre di più l’idea che l’“incommensurabilità” della salute non sia poi un valore irrinunciabile. Cfr. Margaret Jane Radin, *op. cit.*, pagg. 191-205.

³⁷⁶ Margaret Jane Radin, *op. cit.*, pag 116

³⁷⁷ Margaret Jane Radin, *op. cit.*, pag. 112. Descrivendo la “*incomplete commodification*” in relazione alle politiche sociali abitative, afferma: “*The appropriateness of regulation does not rest [...] on the fact that housing belongs to the <<sphere>> of security and welfare, where distribution should be based on the principle of need, and not to the <<sphere>> of money and commodities, where distribution is based on the principle of free exchange. Rather, regulation is appropriate because, although we value the efficiency of the market, at the same time housing must be incompletely commodified in recognition of its connection to personhood*”.

Cambia dunque non solo il fondamento ideologico, ma anche la percezione di sé dell'individuo, il quale, specialmente in settori strettamente correlati alla propria soggettività, come la salute, il cibo, il lavoro, l'integrità fisica, la vita familiare, l'abitazione, la sessualità e la vita politica, ha l'impressione di interagire con altre persone per realizzare se stesso nell'ambito della propria comunità piuttosto che trovarsi nell'ambito di relazioni di mercato³⁷⁸. Per questo, l'isolamento di alcune categorie di beni dal mercato, alla stregua di "eccezioni alla regola", risulta insoddisfacente. Sembra più corretto accettare il fatto che gli ideali ed i valori che l'individuo considera come fondativi della propria soggettività, nonché i suoi doveri verso la collettività, influenzino e creino distorsioni al mercato, anche a prescindere da una regolamentazione³⁷⁹.

Secondo Margaret Radin è quindi opportuno e preferibile ridefinire il concetto di persona e di comunità, tenendo conto delle reciproche interazioni tra cultura, percezione di sé, diritto e società, piuttosto che ostinarsi a ritenere che tutte le relazioni umane siano riconducibili a transazioni economiche, superando così il liberalismo classico³⁸⁰.

Questa ricostruzione ha il pragmatico vantaggio di coniugare il legame tra soggettività e proprietà, archetipo della cultura occidentale con le esigenze di protezione integrale della persona. Analogamente a Paolo Zatti, Margaret Radin tenta di ancorare la tutela individuale ad un concetto complesso di persona, che includa l'essere umano in tutte le sue sfaccettature, comprese le sue aspirazioni, la sua realizzazione nella comunità, i suoi orizzonti di senso. La particolarità dell'analisi proposta è che non si cerca affatto di rinnegare il rapporto tra persona e

³⁷⁸ Margaret Jane Radin, *op. cit.*, pagg. 112-114.

³⁷⁹ Margaret Jane Radin, *op. cit.*, pag. 114: "*The values of personhood and community pervasively interact with the market and alter many things from their pure market form*".

³⁸⁰ Margaret Jane Radin, *op. cit.*, pagg. 222-223

proprietà, ma di leggerlo nel contesto (non immutabile, anzi in continua evoluzione) della realtà sociale, economica e culturale di oggi.

In quest'ottica dunque va ripensata la soggettività giuridico-politica, le modalità di partecipazione dell'individuo all'esercizio del potere sovrano³⁸¹ e quindi anche il rapporto tra individuo e corpo ed i limiti alla disponibilità di sé.

In conclusione, si può affermare che nel contesto della società che cambia, muta anche il ruolo dell'individuo ed il suo modo di percepirsi. La frammentazione etica che caratterizza il nostro tempo rende impossibile trovare un sistema di riferimento di valori comuni che definisca con chiarezza il confini tra ciò che è e ciò che non è accettabile.

Per questa ragione, molti giuristi contemporanei si stanno orientando verso l'utilizzo di un concetto "elastico" di persona, che comprenda l'essere umano in tutte le sue sfaccettature e che quindi tenga conto sia delle peculiarità di ciascuno sia della necessità di mantenere un controllo pubblico sulle spinte "eteronome", controllo che tuttavia deve autolimitarsi, riconoscendo l'esistenza di una originaria sfera sovrana ed intangibile di ciascun individuo.

Sulla base del concetto di persona, così inteso, sarà possibile modulare di volta in volta adeguate forme di tutela. In questo modo, è anche possibile evitare di disconoscere l'importanza del concetto di proprietà nella nostra cultura ed il suo potenziale nel permettere l'emancipazione del soggetto, evitandone però le possibili derive.

Nella parte che segue, si darà conto di come nell'ordinamento italiano e nell'ordinamento inglese la sovranità sul proprio corpo venga riconosciuta in modo sempre più incisivo, valorizzando aspetti dell'identità e delle scelte

³⁸¹ Margaret Jane Radin, *op. cit.*, pag. 223

esistenziali dell'individuo alle quali in precedenza il diritto non conferiva rilevanza.

PARTE III

CAPITOLO 4. Affermazione del controllo del corpo: ascesa del principio del consenso informato e declino del paternalismo medico nell'ordinamento inglese

Nel diritto inglese si è assistito, nell'ultimo decennio, ad una evoluzione di notevole rilievo riguardo alla tutela del consenso informato, segnata da alcune pronunce giurisprudenziali accolte dalla dottrina e dagli operatori come indici di uno storico mutamento di prospettiva.

Tali decisioni segnano un passaggio -significativo, sebbene cauto e graduale, conformemente alla tradizione britannica- da una situazione in cui le informazioni inerenti ai rischi di un determinato trattamento sanitario venivano illustrate nella misura e nelle modalità ritenute opportune dal professionista ad una situazione in cui, invece, il paziente deve essere informato in maniera completa di ogni rischio.

In linea generale, qualunque violazione volontaria dell'integrità fisica di un individuo adulto, capace di intendere e di volere, che non abbia prestato preventivamente valido consenso, costituisce, sul piano civilistico, un *tort of battery*. Ciò vale anche nel caso dei trattamenti sanitari, i quali richiedono il previo consenso della persona che vi si sottopone. Ai fini della validità di questo consenso, la persona deve essere informata di tutte le conseguenze che tali cure comportano.

Tuttavia, tradizionalmente, il diritto inglese aveva, nei confronti del paziente, un atteggiamento percepito come "paternalistico" da gran parte dell'opinione pubblica e della dottrina. La giurisprudenza³⁸² aveva stabilito che rivelare tutte le informazioni inerenti alle modalità ed ai rischi dei trattamenti sanitari poteva avere ripercussioni negative sulla maggior parte dei soggetti,

³⁸² Vedi *infra*.

poiché le scarse conoscenze di medicina e la “impressionabilità” della *average layperson* avrebbero cagionato dei fraintendimenti circa l’esatta portata dell’intervento prospettato, spingendo il malato a rifiutarlo, anche laddove i rischi, in realtà, fossero stati minimi e le difficoltà nei limiti dell’ordinario. Come si vedrà, secondo questa impostazione, il giudizio circa la quantità di informazioni da comunicare al paziente era di esclusiva pertinenza del medico: bastava che questi si conformasse agli *standard* ed alle prassi accettate dalla professione affinché fosse esclusa qualunque sua responsabilità³⁸³.

Il fatto che la *House of Lords* abbia modificato questo principio, stabilendo un dovere di rendere noti anche i pericoli più esigui, ha un significato molto profondo, poiché statuisce che il soggetto capace di intendere e di volere, di età adulta, ha il diritto di decidere in piena autonomia e di impedire qualunque intrusione nel proprio corpo. A lui spetta in via esclusiva il compito di valutare secondo il suo personale sentire, se sottoporsi o meno alla terapia prospettata dal medico, ed è compito del professionista porlo nella condizione di effettuare tali scelte fornendo tutte le informazioni necessarie.

Questa evoluzione può essere letta come una progressiva affermazione della sovranità individuale sul proprio corpo, il cui corollario è il riconoscimento della capacità di ciascuno di discernere il proprio interesse³⁸⁴. Il delinearsi di un modello di individuo così definito, che appartiene chiaramente alla tradizione liberale, si accompagna al mutamento del ruolo del medico nella società contemporanea. Si è visto come oggi le aspettative “consumeristiche” del cittadino abbiano trasformato la percezione della classe medica nell’opinione comune, con la conseguenza che sempre più spesso gli operatori sanitari vengono considerati alla stessa stregua di qualunque altro “fornitore di servizi”³⁸⁵. Il paziente, in balia

³⁸³ Riguardo alle conseguenze sul piano probatorio di questa impostazione si veda meglio *infra*.

³⁸⁴ Cfr. quanto si è detto *supra*, capitolo precedente.

³⁸⁵ *Supra*, capitolo precedente.

di una quantità crescente di conoscenze mediche, spesso superficiali, è sempre meno disposto ad accettare l'esito negativo di un intervento, e decide sulla base di informazioni acquisite da fonti non sempre qualificate. Di fronte a quelli che potrebbero apparire "capricci" o reazioni eccessive della persona spaventata e sofferente, si potrebbe supporre che una minima semplificazione o l'omissione di alcuni dettagli su rischi molto remoti potrebbero essere semplicemente finalizzate a tutelare "il paziente da se stesso", e ad orientare le sue scelte terapeutiche verso quelle che avrebbe fatto se avesse avuto gli elementi e le condizioni per scegliere serenamente.

Come si vedrà, il diritto inglese è ben lungi dal negare al medico un ruolo chiave nell'orientare e nel consigliare il malato; tuttavia, il grado di "invasività" della consulenza appare conferire crescente importanza alla scelta dell'individuo.

1. Il caso Bolam ed il tradizionale paternalismo in materia di responsabilità medica e di consenso informato nell'ordinamento inglese

Il *leading case* nella materia del consenso informato è il caso *Bolam v. Friern Hospital Management Committee*³⁸⁶, decisa dalla High Court nel 1957.

L'attore, affetto da una malattia di tipo psichiatrico, che tuttavia non inficiava la sua capacità di intendere e di volere³⁸⁷, era stato sottoposto ad una terapia elettroconvulsiva, che era suscettibile di cagionare fratture (vi era circa una possibilità su 10.000); tuttavia, non veniva informato di questo rischio e riportava fratture all'acetabulo. Convenuti in giudizio i sanitari, il Sig. Bolam chiedeva di essere risarcito del danno *in negligence*, allegando che i sanitari non avevano usato la necessaria diligenza nel prendere misure atte ad evitare il verificarsi di simili infortuni³⁸⁸ e, soprattutto, non lo avevano reso edotto del rischio³⁸⁹.

³⁸⁶ [1957] 1 WLR 582

³⁸⁷ Si trattava dei postumi di una patologia di tipo depressivo.

³⁸⁸ Si fa riferimento a punture miorellassanti e ad un intervento "manuale" finalizzato a ridurre gli effetti delle convulsioni causate dalle scosse elettriche.

Nella fase processuale, dall'esame incrociato dei medici sentiti in qualità di consulenti, emergeva l'esistenza di contrapposte scuole di pensiero proprio in materia di misure atte ad evitare fratture ai pazienti sottoposti a trattamenti elettroconvulsivi. Secondo la prima, era opportuno effettuare iniezioni miorilassanti o cercare di bloccare fisicamente i movimenti della persona sottoposta alla terapia; secondo l'altra, le misure in questione presentavano rischi tali da non compensare gli eventuali vantaggi³⁹⁰.

Inoltre, emergeva l'esistenza, nella professione medica, di opinioni e di prassi difformi sull'opportunità di informare il paziente di tutti i rischi, anche quelli più remoti. Dalle risultanze istruttorie, appariva diffusa l'idea che il malato, a causa della propria condizione, del giudizio "distorto" dalla mancanza di esperienza, in molti casi avrebbe avuto reazioni sconsiderate di fronte ad una descrizione accurata dell'intervento e della sua pericolosità³⁹¹.

Nell'istruire la giuria³⁹², il giudice McNair J. enuncia il seguente principio di diritto, al quale la successiva giurisprudenza farà riferimento come "*Bolam test*":

"[A doctor] is not guilty of negligence if he has acted in accordance with a practice accepted as proper by a responsible body of medical men skilled in that particular art [...]. Putting it the other way round, a doctor is not negligent if he

³⁸⁹ Nel caso di specie, il paziente aveva sottoscritto un modulo in cui consentiva l'intervento. Esso ne descriveva la natura, ma nulla diceva a proposito del rischio di fratture.

³⁹⁰ *Bolam v. Friern Hospital Board of Managers*, cit., §13-16

³⁹¹ *Bolam v. Friern Hospital Board of Managers*, cit., §8-11. Si veda in particolare la deposizione del Dr. Baker: "I have to use my judgment. Giving the full details may drive a patient away. I would not say that a practitioner fell below the proper standard of medical practice in failing to point out all the risks involved." (§9). Inoltre, il Dr. Page chiarisce come, a suo avviso, il paziente non sia in grado di soppesare adeguatamente i benefici ed i rischi di una determinata terapia. Quindi, qualche omissione di informazione sui rischi doveva considerata nel miglior interesse del paziente: "Every patient has to be considered as an individual. I ask them if they know of the treatment. If they are unduly nervous, I don't say too much. If they ask me questions, I tell them the truth. **The risk is small, but a serious thing when it happens; and it would be a great mistake if they refused to benefit from the treatment because of fear.** In the case of a patient who is very depressed and suicidal, it is difficult to tell him of things which you know would make him worse" (§10, grassetto aggiunto).

³⁹² Trattandosi di un caso della fine degli anni Cinquanta, vi era ancora la giuria nel processo civile inglese.

*is acting in accordance with such a practice, merely because there is a body of opinion who would take a contrary view*³⁹³.

E' dunque sufficiente conformarsi ad una prassi, anche minoritaria, ma accettata dai propri pari, affinché venga esclusa ogni forma di responsabilità.

Considerando questo principio di diritto nell'ottica delle caratteristiche del processo inglese, ci si rende conto di come sia sufficiente convincere il giudice dell'esistenza di una "scuola di pensiero", che reputi la condotta del medico convenuto conforme agli *standard* di diligenza propri della professione, perché non possa più essere censurata. In pratica, era spesso sufficiente selezionare dei consulenti di parte che sostenessero l'operato del professionista per scongiurare che la domanda risarcitoria venisse accolta, ed era molto difficile per la vittima di *medical malpractice* (non solo con riferimento ai profili attinenti il consenso informato) ottenere ristoro³⁹⁴. La discrezionalità del professionista di rendere note informazioni era quindi estremamente ampia, e conferiva alla classe medica un'enorme influenza sul processo decisionale del paziente.

Il caso *Bolam* rappresentava dunque il fondamento della disciplina in materia di responsabilità professionale (non solo medica) nel diritto inglese. Tuttavia, la sua interpretazione è stata particolarmente rigida proprio nell'ambito della *medical negligence*³⁹⁵. In realtà, le istruzioni di McNair J. alla giuria lasciavano un margine di discrezionalità per condannare i medici che avessero seguito prassi "minoritarie" qualora la prassi "maggioritaria" fosse risultata

393 *Bolam v. Friern Hospital Board of Managers*, §5.

³⁹⁴ Cfr. Margaret Brazier, José Miola, "Bye Bye Bolam: A Medical Litigation Revolution?", 8 [2000] 1 *Med. Law Review* 85, §3.

³⁹⁵ José Miola, *Medical ethics and Medical Law: A Symbiotic Relationship*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2007, pag. 12

“migliore”. Ciononostante, la giurisprudenza successiva non seguiva questa strada, tralasciando totalmente questo aspetto della sentenza³⁹⁶.

Il culmine si ebbe nel caso *Maynard v. West Midlands RHA*³⁹⁷. Una signora, soffrendo di forti dolori al torace, si era sottoposta ad una visita medica e i professionisti che l’avevano presa in cura avevano ritenuto che i sintomi da cui era affetta potessero essere quelli di una tubercolosi, ma avanzarono anche l’ipotesi che si potesse trattare di un linfoma di Hodgkin. Anziché sottoporla agli esami diagnostici per la tubercolosi, relativamente poco traumatici, decidevano di effettuare un intervento molto invasivo per escludere che si trattasse di un linfoma di Hodgkin. A seguito dell’esame, però, la signora subiva dei danni alle corde vocali, e vedeva compromessa la sua capacità di parlare speditamente.

In prima istanza, il giudice aveva ritenuto che l’intervento fosse superfluo, scorretto e irragionevole tenuto conto delle circostanze. Pur riconoscendo la competenza e la buona fede dei consulenti tecnici di parte convenuta (i quali naturalmente sostenevano che l’operato dei sanitari era stato ineccepibile), asseriva letteralmente di “preferire” la tesi dei periti dell’attrice³⁹⁸. In appello, la sentenza veniva ribaltata, sulla base del fatto che la procedura ed i trattamenti fatti eseguire dai medici non fossero irragionevoli³⁹⁹. La *House of Lords* tuttavia, confermando il giudizio di appello, chiariva in modo netto che la “preferenza” per una certa scuola di pensiero esistente nell’ambito della professione medica non poteva costituire la base per condannare il convenuto, laddove la sua condotta fosse conforme agli *standard* stabiliti da un’altra scuola di pensiero. L’unico requisito era che

³⁹⁶ *Ibidem*. L’autore fa notare come il giudice si rivolga così alla giuria: “...it is not essential for you to decide which of two practices is the better practice, as long as you accept that what Dr. Allfrey did was in accordance with a practice accepted by responsible persons; but if the result of the evidence is that you are satisfied that his practice is better than the practice spoken of on the other side, then it is a stronger case” (cfr. §6, sottolineatura aggiunta).

³⁹⁷ [1984] 1 W.L.R. 634

³⁹⁸ “I have weighed his evidence against that of the distinguished contrary experts. I do not intend or wish to take away from their distinction by holding that in the particular circumstances of this particular case I prefer his opinions and his evidence to theirs” (riportato al §10 della sentenza della House of Lords).

³⁹⁹ *Maynard v. West Midlands RHA*, non pubblicata, 21 settembre 1981, disponibile sulla banca dati LexisNexis.

l'opinione degli *experts* dovesse essere “*honestly expressed, honestly held*”⁴⁰⁰. Si negava quindi qualunque possibilità al giudice di essere *peritus peritorum*, e di “scegliere” l'opinione “migliore” in un campo in cui non era esperto.

Un'ulteriore svolta in senso conservatore si è avuta col caso *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital*⁴⁰¹. Il contenzioso era stato promosso da una donna, la quale si era sottoposta ad un intervento neurochirurgico in zona cervicale per alleviare i dolori cronici di cui soffriva. L'operazione comportava un minimo rischio di paralisi, pari a circa l'1%, di cui però la Sig.ra Sidaway non era stata informata⁴⁰². Purtroppo, l'operazione, pur essendo stata eseguita a regola d'arte, la lasciava inferma.

Nel giudizio di primo grado⁴⁰³, confermato in appello⁴⁰⁴, il giudice aveva applicato il *Bolam test*, respingendo la richiesta risarcitoria. Riteneva infatti che la mancata informazione dovesse essere valutata alla stregua delle prassi esistenti e che, pertanto, essendo il pericolo di paralisi molto improbabile, giustamente il medico si era astenuto dal segnalarlo, altrimenti la paziente non si sarebbe mai sottoposta all'intervento, che pure era necessario^{405 406}.

⁴⁰⁰ Discorso di Lord Scarman, al §12: “*My Lords, even before considering the reasons given by the majority of the Court of Appeal for reversing the findings of negligence, I have to say that a judge's 'preference' for one body of distinguished professional opinion to another also professionally distinguished is not sufficient to establish negligence in a practitioner whose actions have received the seal of approval of those whose opinions, truthfully expressed, honestly held, were not preferred. If this was the real reason for the judge's finding, he erred in law even though elsewhere in his judgment he stated the law correctly. For in the realm of diagnosis and treatment negligence is not established by preferring one respectable body of professional opinion to another. Failure to exercise the ordinary skill of a doctor (in the appropriate speciality, if he be a specialist) is necessary*”

⁴⁰¹ [1985] 1 All ER 635

⁴⁰² Più precisamente, c'erano due tipi di rischio a cui si esponeva la Sig.ra Sidaway sottoponendosi all'intervento. Il primo era un danno di tipo neurologico, che si sarebbe verificato nel caso fosse stata lesa la radice neurale; il secondo era un danno alla colonna vertebrale. Ella era stata informata del primo, ma non del secondo (ossia quello che poi effettivamente si verificava).

⁴⁰³ Sentenza del 19 febbraio 1982, non pubblicata, caso n°1977 S 8348 (Transcript:Barnett Lenton), disponibile sulla banca dati LexisNexis.

⁴⁰⁴ [1984] QB 493

⁴⁰⁵ Il giudice del primo grado spiegava che il diritto inglese divergeva sostanzialmente da quello di oltreoceano, ove il principio del consenso informato era stato affermato con maggiore decisione e

Dopo circa dieci anni dall'intervento, quando il chirurgo era ormai deceduto, il caso veniva preso in considerazione dalla *House of Lords*, che respingeva la richiesta dell'attrice. I cinque giudici che componevano il collegio giudicante portavano argomentazioni diverse a fondamento della propria decisione⁴⁰⁷. Lord Diplock affermava che il “*duty of care*” del medico non potesse

di dover quindi seguire un diverso standard (infatti, i legali dell'attrice avevano citato giurisprudenza canadese e statunitense a sostegno delle proprie tesi). Il giudice riteneva che se la paziente avesse conosciuto il rischio, si sarebbe spaventata e non si sarebbe sottoposta all'operazione, e che forse l'aumento del dolore la avrebbe spinto a farlo più tardi, ma non allora: “*Had I found otherwise, the next question would have been: <<“Would the Plaintiff have consented to the operation if the required disclosure had been made?”>> Again, English and Canadian law diverge... I am quite satisfied that I have to ask myself whether this particular Plaintiff would have consented had she been told (a) that there was a one to two percent risk of damage to the cord or the nerve root; and (b) that this operation was not a necessity. The Plaintiff said, if she had been told this, she would have been very, very frightened and, even if told the pain would get worse, she would have decided to let nature take its course. I appreciate that it is easy to say this with hindsight and I make full allowance for this; but I believe her. I am satisfied that if she had had the nature of the operation fully explained to her, and been told of the small but appreciable risk of spinal cord damage, she would not have consented to undergo the operation when she did. Increasing pain may have driven her to it later, but not in October, 1974”.*

⁴⁰⁶ Nel giudizio di appello, tuttavia, Donaldson LJ aveva segnalato che, pur potendo il medico omettere alcune informazioni, non si dovessero perdere di vista i “veri desideri del paziente”. Pertanto, seguendo il caso canadese *Reibl v. Hughes*, citato dalla attrice, affermava che la definizione dello *standard of care* non dovesse essere definito in via esclusiva dalla professione medica. Quindi, il giudice, anche in presenza di un'affermata prassi clinica, poteva discostarsi se la avesse ritenuta irragionevole o sbagliata. In caso contrario, si sarebbe concesso alla professione di “giocare a fare Dio” e decidere per il paziente. “*The general duty of a doctor to disclose information to his patient, as I would formulate it, is to take such action by way of giving or withholding information as is reasonable in all the circumstances of which the doctor knows or ought to know, including the patient's true wishes, with a view to placing the patient in a position to make a rational choice whether or not to accept the doctor's recommendation. I refer to the withholding of information as well as to giving it, because I recognise that there are cases in which the imparting of too much information may well hinder rather than assist the patient to make a rational choice. I also refer expressly to the patient's true wishes, because while I recognise that the patient has an overriding right to as little or as much information as he wishes and can absorb, it by no means follows that the expression of a wish for full information either generally or specifically represents the reality of the patient's state of mind. One has only to state the duty in this way for it to be apparent that its performance involves professional expertise. It follows that whether or not a particular doctor has or has not fallen below the requisite standard of care must be tested in the first instance by reference to the way in which other doctors discharge their duty - the Bolam test [1975] 1 W.L.R. 582, 586-588. However, I accept the view expressed by Laskin C.J.C. in Reibl v. Hughes, 114 D.L.R. (3d) 1, 12 that the definition of the duty of care is not to be handed over to the medical or any other profession. The definition of the duty of care is a matter for the law and the courts. They cannot stand idly by if the profession, by an excess of paternalism, denies their patients a real choice. In a word, the law will not permit the medical profession to play God” ([1984] QB 493, per Donaldson LJ).*

⁴⁰⁷ José Miola, *Medical Ethics and Medical Law*, op. cit., 57-59

essere “sezionato” in diverse “componenti” (dovere di eseguire correttamente l’operazione, dovere di informare, ecc.), ma che vi fosse un unico “*duty of care*”, il cui punto di riferimento era il *Bolam test*, alla luce del quale andava valutata la prestazione professionale nel suo complesso. Ciò valeva anche per la consulenza resa al paziente circa l’opportunità di una determinata terapia e quindi anche degli eventuali esiti indesiderati. Ovviamente, ciò dava luogo alla possibilità per il medico di non comunicare l’esistenza di rischi che avrebbero spinto il malato a rifiutare di sottoporsi ad un’operazione ritenuta nel suo miglior interesse dal professionista, se non gli fosse stata posta alcuna domanda al riguardo⁴⁰⁸.

Più moderata risultava la posizione di Lord Bridge, Lord Keith e Lord Templeman⁴⁰⁹, per cui si ammetteva che il soggetto doveva essere messo in grado di capire che si stava per sottoporre ad una operazione di un certo rilievo e che vi erano dei rischi⁴¹⁰; di converso, ribadivano il principio per cui al medico spettava la decisione su quali informazioni rivelare, tenendo conto del miglior interesse del malato. Egli non può essere posto a conoscenza di tutto, altrimenti risulterebbe confuso, ma non può neanche essere tenuto all’oscuro di tutto, invece dev’esser posto nelle condizioni di esprimere un “giudizio equilibrato” (“*balanced judgment*”)⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Opinione di Lord Diplock, secondo capoverso: “*There is no evidence in the instant case that the patient asked the neuro-surgeon a single question about whether there were any risks involved in undergoing the operation that he was proposing for her, or, if there were, what were the consequences of those risks or the chances of their occurring. So there are eliminated from our consideration matters of clinical judgment of the neuro-surgeon as to how to conduct a bilateral discussion with the patient in terms best calculated not to scare her off from undergoing an operation which, in the exercise of the paramount duty of care he owed to her individually to exercise his skill and judgment in endeavouring to heal her, he is satisfied that it is in her interests to undergo despite such risks as may be entailed*”.

⁴⁰⁹ José Miola, *op. ult. cit.*, pag. 61

⁴¹⁰ Opinione di Lord Templeman, al secondo capoverso.

⁴¹¹ Opinione di Lord Templeman, decimo capoverso “*I do not subscribe to the theory that the patient is entitled to know everything or to the theory that the doctor is entitled to decide everything. The relationship between doctor and patient is contractual in origin, the doctor performing services in consideration for fees payable by the patient. The doctor, obedient to the high standards set by the medical profession, impliedly contracts to act at all times in the best interests of the patient. No doctor in his senses would impliedly contract at the same time to give to the patient all the information available to the doctor as a result of the doctor's training and experience and as a result of the doctor's diagnosis of the patient. An obligation to give a patient*

Lord Scarman, con una opinione dissenziente nella sostanza, ma concorrente nella forma (si pronunciava per il rigetto della richiesta risarcitoria per motivi legati alle insufficienti risultanze probatorie), facendo riferimento al diritto statunitense e canadese, ove ormai il principio del consenso informato si era consolidato, sosteneva che il diritto di sapere e di autodeterminarsi doveva essere considerato un “diritto umano fondamentale” (“*basic human right*”) tutelato dalla *Common Law*⁴¹². Le opinioni dei professionisti potevano fornire un valido punto di riferimento per il giudice, ma il contenuto del diritto non poteva essere stabilito interamente dai medici⁴¹³.

La sua decisione negava dunque la correttezza di qualunque tipo di dominanza medica.

all the information available to the doctor would often be inconsistent with the doctor's contractual obligation to have regard to the patient's best interests. Some information might confuse, other information might alarm a particular patient... At the same time the doctor is not entitled to make the final decision...Where the patient's health and future are at stake, the patient must make the final decision...The duty of the doctor in these circumstances, subject to his overriding duty to have regard to the best interests of the patient, is to provide the patient with information which will enable the patient to make a balanced judgment if the patient chooses to make a balanced judgment’.

⁴¹² Cfr. §19: “*The right of 'self-determination', the description applied by some to what is no more and no less than the right of a patient to determine for himself whether he will or will not accept the doctor's advice, is vividly illustrated where the treatment recommended is surgery... The existence of the patient's right to make his own decision, which may be seen as a basic human right protected by the common law, is the reason why a doctrine embodying a right of the patient to be informed of the risks of surgical treatment has been developed in some jurisdictions in the United States of America and has found favour with the Supreme Court of Canada. Known as the 'doctrine of informed consent', it amounts to this: where there is a 'real' or a 'material' risk inherent in the proposed operation (however competently and skillfully performed) the question whether and to what extent a patient should be warned before he gives his consent is to be answered not by reference to medical practice but by accepting as a matter of law that, subject to all proper exceptions (of which the court, not the profession, is the judge), a patient has a right to be informed of the risks inherent in the treatment which is proposed’*”

⁴¹³ Cfr. §19: “. *The profession, it is said, should not be judge in its own cause or, less emotively but more correctly, the courts should not allow medical opinion as to what is best for the patient to override the patient's right to decide for himself whether he will submit to the treatment offered him. It will be necessary for the House to consider in this appeal what is involved in the doctrine and whether it, or any modification of it, has any place in English law’.*”

2. Un'inversione di tendenza

Nella sentenza *Bolitho v. City and Hackney AHA*⁴¹⁴ si registrava una inversione di tendenza, poiché finalmente le corti cominciarono ad ammettere la possibilità di rivedere la definizione degli standard professionali. Nel caso di specie, un bambino affetto da problemi respiratori, ricoverato presso un struttura sanitaria, aveva subito gravi danni cerebrali, in quanto non era stato “intubato” in tempo dai medici che lo seguivano, nonostante le ripetute richieste di intervento urgente da parte del personale paramedico.

La *House of Lords*, in particolare Lord Browne-Wilkinson, pur respingendo la richiesta risarcitoria, sulla base del difetto del nesso di causalità tra la condotta dei medici e i danni subiti⁴¹⁵, riteneva che, in circostanze estreme, fosse possibile per il giudice di discostarsi da quei *bodies of professional opinion* non adeguatamente motivati sul piano logico. La sentenza rappresenta dunque una “nuova alba” della responsabilità professionale⁴¹⁶.

Il principio elaborato in *Bolitho* si riferiva alla responsabilità attribuibile ad errori od omissioni dei sanitari nel somministrare le cure; non era tuttavia chiaro se il medesimo principio si applicasse anche alla mancata informazione dei rischi.

La risposta affermativa giungeva con la sentenza *Pearce v. Bristol Healthcare NHS Trust*⁴¹⁷. Si trattava del caso di una donna in stato interessante, la quale, oltrepassata la data prevista per il parto di due settimane, veniva informata da un'ostetrica della possibilità di indurre il travaglio. In questo frangente, veniva anche messa al corrente dei rischi connessi al parto indotto, ma non di quelli

⁴¹⁴ [1997] UKHL 46

⁴¹⁵ Si tratta del cosiddetto “*but for test*”, secondo cui il danno è risarcibile solo se si dimostra che, se non fosse stato per la condotta negligente del convenuto, il danno non si sarebbe verificato. Nel caso di specie, sulla base delle risultanze probatorie, i giudici ritenevano che la crisi respiratoria fosse di livello tale da rendere vano qualunque intervento.

⁴¹⁶ Margaret Brazier, Emma Cave, *Medicine, Patients and the law*, Penguin Books, London 2007, pag. 165.

⁴¹⁷ [1998] 48 BMLR 118, CA.

inerenti al non intervenire, ossia della possibilità di circa lo 0,1-0,2% che il bambino morisse prima della nascita.

I giudici ritenevano insussistente la responsabilità dei sanitari, ma statuivano che il medico, nel valutare quali rischi rendere noti, dovesse tener conto di ciò che sarebbe opportuno comunicare al “*reasonable patient*”: in altre parole, il medico ragionevole avrebbe dovuto fornire quelle informazioni che il paziente ragionevole avrebbe voluto conoscere⁴¹⁸.

3. Il caso *Chester v. Afshar*: verso il riconoscimento di un diritto all'autodeterminazione del paziente

La svolta si ebbe tuttavia col caso *Chester v. Afshar*⁴¹⁹, la maggioranza della *House of Lords* sanciva che l'omessa informazione al paziente relativamente ad un minimo, ma inevitabile, pericolo che l'operazione comportava poteva dar luogo di per sé ad un risarcimento.

Anche qui, analogamente al caso *Sidaway*, la signora Chester era affetta da dolori cronici lombari. L'operazione presentava un rischio di compromettere la deambulazione pari a circa l'1%. Il Dr. Afshar aveva liquidato le domande della donna inerenti ai pericoli dell'intervento rispondendole che non aveva mai “storpiato” nessuno⁴²⁰. La conseguenza negativa, però, si era verificato ed il medico veniva citato in giudizio. Durante l'esame incrociato, l'attrice ammetteva che si sarebbe sottoposta all'intervento anche se fosse stata a conoscenza del rischio, ma con ogni probabilità lo avrebbe fatto in un momento successivo, dopo aver ascoltato una seconda opinione. La maggioranza della *House of Lords* (tre

⁴¹⁸ Margaret Brazier, *idem*, pag. 115

⁴¹⁹ [2005] 1 AC 134.

⁴²⁰ Cfr. *Chester v Afshar*, § 44: “...she told Mr Afshar that she had heard a lot of horror stories about surgery and that she wanted to know about the risks, but that none of this was explained to her. She did not mention paralysis specifically as one of the risks that she wanted to be told about, and this was not mentioned as a risk of surgery by Mr Afshar. The reply which she got from him, as a throw away line, was that he had not crippled anybody yet”.

contro due) accoglieva la domanda della ricorrente, risarcendola per tutte le lesioni subite come se fossero state cagionate dal medico per imperizia. Secondo i giudici, infatti, anche se, nel caso di specie, l'operazione era stata correttamente eseguita, ma con esito sfortunato, era altamente probabile che, in un diverso momento, la lesione non si sarebbe verificata⁴²¹.

La decisione si discosta dai principi normalmente adottati sulla causalità. Più precisamente, il ragionamento seguito rappresenta una eccezione al “*but for principle*” relativo al nesso di causalità⁴²², ed anche un cambio di orientamento rispetto ai precedenti di cui si è detto sopra (in particolare *Sidaway v. Bethlem*). Qui il dovere del medico di rivelare informazioni era subordinato al “*best interest of the patient*”⁴²³, ed egli poteva pertanto decidere quali informazioni fornire ed in che termini.

Significativa è l'affermazione di Lord Steyn, da cui appare che la tutela dell'autodeterminazione individuale sta acquistando un crescente riconoscimento nella *medical law* inglese: “*Individuals have the right to make important decisions affecting their lives for themselves: they have the right to make decisions which doctors regard as ill-advised...In modern law paternalism no longer rules ...*”⁴²⁴.

⁴²¹ Le probabilità che l'operazione non avesse successo erano infatti circa l'1%, a prescindere dalla diligenza del medico. L'intervento che aveva paralizzato la sig.ra Chester era stato “sfortunato”; pertanto, se l'operazione fosse stata fatta in un altro momento, vi erano il 99% delle probabilità che sarebbe andata a buon fine.

⁴²² Il principio prevede che la responsabilità del convenuto possa sussistere solo laddove l'evento non si sarebbe verificato se non fosse stato per la sua condotta (“*but for the defendant's conduct*”). Tali eccezioni sono permesse quando seguire la regola generale porterebbe a risultati iniqui. Cfr. *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services*, [2002] UKHL 22. Si tratta del caso di un lavoratore dipendente, che aveva contratto un grave tumore (mesotelioma) per aver inalato amianto. Due dei suoi datori di lavoro non avevano preso le necessarie misure per evitare il contatto tra il lavoratore e la sostanza nociva. Una rigida applicazione del *but for test* avrebbe impedito che i datori di lavoro di subire una condanna risarcitoria, in quanto non era possibile stabilire con certezza se le rispettive condotte negligenti fossero state determinanti a cagionare la malattia. I giudici ritennero pertanto di mitigare il rigore del *but for test* ogni qualvolta ciò avesse potuto determinare risultati palesemente “*unfair*”. Va da sé, tuttavia, che nel caso *Chester* il discostamento dal *but for principle* è certamente più netto, poiché la paziente aveva affermato che si sarebbe comunque sottoposta all'intervento.

⁴²³ Cfr. paragrafo precedente, nota 411.

⁴²⁴ *Chester v. Afhsar*, § 14-16. A tal proposito, Lord Steyn citava l'opera di Ronald Dworking *Life's Dominion: An Argument about Abortion and Euthanasia*, 1993, pag. 224 in cui si afferma l'importanza del rispetto per l'autodeterminazione del paziente come aspetto fondamentale della sua dignità e della costruzione della sua identità personale.

I giudici dissenzienti, invece, mettevano in risalto il fatto che non sussisteva un nesso di causalità tra condotta del convenuto e danno, proprio in ragione delle affermazioni della signora, ed apparivano estremamente scettici rispetto alla deroga dai principi consolidati del “*but for test*”⁴²⁵. Inoltre, sebbene anche la minoranza della *House of Lords* avesse riconosciuto l’importanza del rispetto dell’autodeterminazione, che nel caso di specie risultava violata, reputava inopportuno risarcire per intero la lesione cagionata dall’intervento, proponendo che al massimo venisse concessa una somma di modesta entità come ristoro della lesione dell’autonomia decisionale della paziente⁴²⁶.

La sentenza è stata accolta con favore dalla dottrina prevalente. Decisioni come *Sidaway*, rendendo estremamente difficile per il malato ottenere ristoro per mancanza di informazione, davano l’impressione che il diritto non assolvesse alla sua funzione principale, ossia di rimediare agli illeciti (“*to right wrongs*”)⁴²⁷. *Chester* appariva come un importante segnale della volontà della *House of Lords* di cambiare completamente prospettiva, al punto da derogare a consolidati principi giuridici (in tema di causalità) pur di affermare il diritto del paziente di decidere⁴²⁸.

La tutela giuridica dell’autodeterminazione acquisisce dunque primaria importanza nelle controversie tra medico e paziente, e viene innalzato a livello di “principio” etico⁴²⁹, la cui violazione è fonte di responsabilità risarcitoria, in modo inusuale per la *Common Law* inglese⁴³⁰.

⁴²⁵ Cfr. Lord Bingham, §9

⁴²⁶ Cfr. Lord Hoffman, §34: “*I can see that there might be a case for a modest solatium in such cases. But the risks which may eventuate will vary greatly in severity and I think there would be great difficulty in fixing a suitable figure. In any case, the cost of litigation over such cases would make the law of torts an unsuitable vehicle for distributing the modest compensation which might be payable*”

⁴²⁷ Sara Devaney, *Autonomy Rules Ok?*, [2005] 13 Med Law Rev 102

⁴²⁸ José Miola, *Medical Law and medical ethics*, *op. cit.*, 79

⁴²⁹ José Miola, *op. cit.*, 72-73

⁴³⁰ A quest’ultimo proposito sembra che il riferimento a Ronald Dworkin enfatizzi l’importanza dei diritti al punto da far pensare che la sentenza in esame vada nella direzione di un rights-based approach piuttosto che da un duty-based approach alla responsabilità risarcitoria, il che costituirebbe un radicale cambiamento per il diritto inglese.

Tuttavia, si registrano anche posizioni più caute. Ad esempio, Mason e McCall-Smith ritengono che in *Chester* si sia trascurata la realtà del rapporto medico-paziente, dello squilibrio delle rispettive posizioni e delle difficoltà del secondo a gestire un eccesso di informazioni⁴³¹. Da qui, deducono che porre troppa enfasi sull'autodeterminazione possa compromettere l'efficacia della consulenza del sanitario. In altre parole, sarebbe desiderabile trovare una via intermedia tra *Bolam* e *Chester*, che favorisca la creazione di una "alleanza terapeutica" tra medico e malato piuttosto che porre il rapporto su un piano antagonista del tutto controproducente. In questo contesto, una equilibrata soluzione potrebbe essere quella proposta dalla minoranza dei giudici di concedere una somma per risarcire il mancato rispetto della libertà di scelta del paziente⁴³².

Del resto, una scelta simile pare sia stata fatta con il *Mental Capacity Act 2005*, che regola i trattamenti sanitari nei confronti di soggetti le cui facoltà mentali siano ridotte o del tutto compromesse. Alla *Section 4* di tale legge, infatti, si dispone l'esistenza di un dovere del medico di accertare se il malato sia in grado di comprendere la natura dei trattamenti proposti⁴³³ e, nei limiti del possibile, di coinvolgerlo nelle relative scelte⁴³⁴.

In sintesi, c'è chi ritiene che sia necessario evitare gli aspetti più degeneri di un atteggiamento "consumistico" -nel senso negativo del termine- del paziente verso il medico, che può spingere anche ad atteggiamenti di medicina difensiva⁴³⁵,

⁴³¹ J.K. Mason, G. T. Laurie, M. Aziz, *Mason and McCall-Smith's Law and Medical Ethics*, OUP, Oxford 2006, pagg. 410-411

⁴³² *Ibid.*

⁴³³ Cfr. §3

⁴³⁴ Cfr. §4

⁴³⁵ Cfr. Harvey Teff, "Medical Models and Legal Categories: an English Perspective", 9 (1993) *Journal of Contemporary Health and Practice* 211, a pagg 231-232. L'autore sostiene che un modello fondato sulla "alleanza terapeutica" e sul dialogo tra medico e paziente offra tutele maggiori rispetto alle mera sottoscrizione di dettagliati moduli.

per cui per evitare risarcimenti e conseguenti citazioni in giudizio, ci si astiene dall'intervenire anche quando sarebbe opportuno.

Il rapporto tra professionista e “utente” non riguarda solo le professioni sanitarie, ma anche altre professioni liberali per eccellenza, *in primis* quella degli avvocati. Infatti, recentemente, è stato ribaltato il principio della “*blanket immunity*” dalle azioni risarcitorie di cui godevano i *barristers*, sancito per ragioni di *policy* dalla *House of Lords* e dalla stessa rivisto nel 2005.

Questi cambiamenti, spesso tesi a rimuovere privilegi di casta ormai ingiustificati, mettono in risalto il nuovo ruolo che il cittadino percepisce come proprio nella società.

4. Autodeterminazione ed affermazione del diritto del paziente adulto e capace di intendere e di volere di rifiutare il trattamento sanitario.

Il mutato atteggiamento veniva rilevato anche da Lord Walker, che dopo aver ricordato l'opinione dissenziente di Lord Scarman in *Sidaway*, per il quale l'autodeterminazione doveva essere considerata alla stregua di un diritto umano fondamentale, osservava che “*during the twenty years which have elapsed since Sidaway the importance of personal autonomy has been more and more widely recognised*”⁴³⁶.

A ben vedere, è probabile che si riferisse non solo ai casi relativi al consenso informato, ma anche ad altre tipologie di decisioni particolarmente delicate e controverse. Sono sempre più diffuse, infatti, nella *Medical Law* inglese, situazioni di tensione tra la volontà del paziente e quella degli operatori sanitari, che con il loro “paternalismo benevolente”⁴³⁷, comprimono l'autonomia individuale e impediscono di compiere scelte percepite come “irrazionali”. Le

⁴³⁶ *Chester v. Afshar*, per Lord Walker, §92

⁴³⁷ *Re B (Adult: Refusal of Medical Treatment)*, [2002] EWHC 429 al § 94.

corti hanno sancito l'illegitimità di questo atteggiamento, affermando la primaria importanza dell'autodeterminazione dell'individuo.

4.a. Rifiuto delle cure del paziente alla fine della vita

Le situazioni sopra menzionate si hanno nei casi di rifiuto di essenziali terapie salvavita, come le scelte compiute da donne in stato di gravidanza da cui possano discendere lesioni permanenti del nascituro o addirittura la sua morte.

Un esempio è rappresentato dal caso *Re B (Adult: Refusal of Medical Treatment)*⁴³⁸, promosso da una donna affetta da una grave sindrome neurologica degenerativa (SLA). La malattia le rendeva progressivamente impossibile qualunque movimento e le cagionava molto dolore, lasciando però inalterate le sue facoltà mentali⁴³⁹. In tale patologia, la morte sopraggiunge per graduale insufficienza respiratoria.

La ricorrente, che prima di essere colpita dalla SLA era un'infermiera professionale, si trovava ormai in fase terminale e chiedeva che il respiratore artificiale che la teneva in vita venisse staccato. Di fronte al diniego da parte dei sanitari che l'assistevano ricorreva in giudizio. La *Court of Appeal* le accordava un piccolo risarcimento (£100), poiché i professionisti, i quali avevano rifiutato di attenersi alla sua volontà l'avevano "trattata illegalmente" ("*treated [her] unlawfully*")⁴⁴⁰. Inoltre, si osservava che l'art. 8 della CEDU imponeva ai medici di rispettare la volontà del paziente anche se ciò si fosse rivelato fatale e moralmente riprovevole. Uno dei giudici aveva addirittura affermato: "*E' certamente una persona splendida e mi perdonerà se dico (...) che se cambiasse la sua decisione, avrebbe ancora molto da offrire alla comunità nel suo complesso*".

⁴³⁸ [2002] EWHC 429.

⁴³⁹ Non esistendo alcuna cura per impedire il decorso della malattia, i pazienti si trovano immobilizzati, e nella fase terminale hanno bisogno del sostegno di un respiratore artificiale, introdotto attraverso una canula apposta alla trachea.

⁴⁴⁰ § 99.

Tuttavia, riconosceva che, essendo la Sig.ra B. capace di intendere e di volere, lei aveva il diritto “..di prendere tutte le decisioni rilevanti riguardo al trattamento medico inclusa la decisione (...) di farsi staccare il respiratore artificiale”⁴⁴¹.

In *R (ex parte Burke) v. General Medical Council*⁴⁴² -un caso sulla legittimità delle disposizioni delle *General Medical Council Guidelines* riguardo ai malati terminali- la *High Court* affermava che il diritto di autodeterminazione ex art. 8 CEDU includeva non solo la libertà di decidere quando e se sottoporsi a trattamenti mirati a prolungare la vita, ma anche a dare direttive su cosa si desidera che sia fatto qualora ci si trovi in stato di incoscienza. Inoltre, la Corte metteva in evidenza il fatto che la dignità del paziente rientra nell’ambito di applicazione dell’art. 3 della CEDU, che vieta di sottoporre altri a trattamenti inumani e degradanti, determina l’esistenza di un diritto a morire con dignità e ad essere protetto dal trattamento non voluto (“*die with dignity and to be protected from treatment*”)^{443 444}.

E’ importante notare come la *Common Law* inglese abbia definito un diritto a rifiutare le cure (anche tramite una direttiva anticipata di trattamento), ma non ad ottenere l’eutanasia attiva⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ Così Dame Elizabeth Butler-Sloss, al § 95 della sentenza. Tuttavia, la CEDU metteva in chiaro che la libertà di scelta e la tutela da “trattamenti inumani e degradanti” non può arrivare al punto di garantire un diritto a ricevere la “dolce morte” (cfr. *Pretty v. UK*, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, App. N. 2346/02).

⁴⁴² [2004] 3 FCR 579.

⁴⁴³ Cfr. § 214. La Corte proseguiva osservando che, qualora il paziente fosse incapace, bisognava basarsi sul criterio del “miglior interesse” di questi e che dunque il trattamento sanitario “salva-vita” dovesse essere interrotto solo al momento in cui era definitivamente entrato in uno stato di coma ed era giunto ad uno stadio per cui il trattamento medesimo non avrebbe fatto altro che prolungarne di poco la vita, apportando scarsi benefici.

⁴⁴⁴ § 80. La Corte definiva altresì i diritti previsti dagli artt. 3 ed 8 come “*fundamental rights*”, asserendo che la loro violazione avrebbe potuto portare a cospicui risarcimenti. Tuttavia, in appello (cfr. *B (on the Application of Burke) v GMC* ([2006] QB 273) la Corte rivedeva parzialmente questo ragionamento. Sosteneva infatti che l’esistenza dei diritti in questione era già stata affermata dalla *Common Law*; non era quindi necessario fare riferimento ai diritti affermati nella CEDU. Il favore verso l’autodeterminazione è stato ribadito anche dal *Mental Capacity Act (2005)*. Cfr. *infra*, paragrafo successivo.

⁴⁴⁵ Il medico non può infatti essere obbligato a somministrare cure che non ritenga siano nel miglior interesse del paziente. Cfr. *B (on the Application of Burke) v GMC* ([2006] QB 273), §55:

4.b. Rifiuto delle cure e stato di gravidanza

L'atteggiamento delle Corti è stato piuttosto cauto quando si è trattato di affermare il diritto di autodeterminazione di donne in stato di gravidanza, le cui decisioni "avventate" rischiavano di compromettere tanto la loro stessa vita quanto quella del feto. Sebbene le Corti abbiano affermato questo diritto, vi sono state alcune oscillazioni ed esitazioni nella giurisprudenza.

Si fa riferimento, in particolare, alle pronunce relative ai "cesarei ordinati dalle Corti" o "cesarei coattivi" ("*enforced caesareans*"), in cui le Corti hanno occasionalmente dichiarato le partorienti "temporaneamente incapaci di intendere e di volere", piuttosto che accettare l'esito di una decisione che avrebbe messo a repentaglio la vita del nascituro o della madre medesima, oppure entrambe.

Ciò è avvenuto, ad esempio, in *Re S (Adult: Refusal of Medical Treatment)*⁴⁴⁶, *Re T (Adult: Refusal of Medical Treatment)*⁴⁴⁷, *Norfolk and Norwich v. W*⁴⁴⁸, *Re MB*⁴⁴⁹ and *Rochdale v. C*⁴⁵⁰, in cui le Corti hanno ordinato di

"...a patient cannot demand that a doctor administer a treatment which the doctor considers it is adverse to his own clinical needs...". Cfr. anche *infra*, nel prossimo paragrafo.

⁴⁴⁶ [1993] Fam 123. In questa sentenza, il giudice ordinava la dichiarazione di incapacità di intendere e di volere nei confronti di una donna, che rifiutava il cesareo per motivi religiosi, in quanto apparteneva al movimento dei c.d. "Born Again Christians", sostenitori del ricorso a metodi naturali nella medicina. Il giudice constatava che il marito era d'accordo con la scelta della donna di rifiutare il cesareo, e che riteneva che i due fossero "*sincere in their beliefs*". Ciononostante, vista la gravità della situazione clinica, il giudice autorizzava l'intervento, rilevando che alcune Corti statunitensi avevano seguito questa impostazione (essendo il movimento religioso in questione molto diffuso negli USA).

⁴⁴⁷ [1992] All ER 649.

⁴⁴⁸ [1996] 2 FLR 613.

⁴⁴⁹ [1997] Fam Law 542. In questo caso, le ragioni del rifiuto erano legate ad una fobia delle flebo e degli aghi, che impedivano alla donna di consentire al trattamento necessario per procedere al cesareo. Tuttavia, la donna si dichiarava felice dell'esito del parto, una volta che il cesareo era stato (coattivamente) eseguito. La Corte concludeva che la fobia aveva determinato una temporanea incapacità della donna, e che giustamente i medici avevano usato la forza per effettuare un intervento che, comunque, era nel "*best interest*" della paziente.

⁴⁵⁰ [1997] 2 FCR 274. In questo caso, il rifiuto era dovuto al fatto che la paziente si era già sottoposta, in passato, ad un cesareo. Il trauma subito durante tale esperienza la aveva indotta a rifiutare di sottoporsi all'intervento.

eseguire un cesareo, o parti con forcipe, contro la volontà della donna⁴⁵¹. Queste decisioni sono state duramente criticate, poiché il paternalismo delle Corti non può arrivare al punto di abusare delle norme in materia di incapacità per aggirare decisioni eticamente discutibili⁴⁵². In altre parole, l'atteggiamento della Corte può essere sintetizzato come segue: “*se rifiuti, devi essere necessariamente incapace*”⁴⁵³.

Tuttavia, in *St George's Healthcare NHS Trust v. S*⁴⁵⁴, le Corti hanno cominciato a cambiare atteggiamento in merito, dando prioritaria importanza all'autonomia delle donne. Perciò, anche quando, da parte di una gestante capace di intendere e di volere, vi sia il rifiuto a sottoporsi ad un trattamento medico, anche se questo rifiuto è “illogico” in quanto pericoloso per lei e per il feto, non può essere aggirato⁴⁵⁵. Se ciò avviene, la paziente ha diritto ad essere risarcita.

Pertanto sembra che, dalla giurisprudenza relativa ai “cesarei coattivi” e al rifiuto di trattamenti necessari a mantenere il paziente in vita, l'autonomia si stia facendo strada nella *Common Law* britannica. Ciononostante, il basso ammontare di alcuni risarcimenti (£100 in *R v General Medical Council* e in *St George NHS Trust v S*) la dice lunga su quale sia, per ora, il vero atteggiamento delle corti rispetto alle decisioni considerate irragionevoli delle pazienti. Si tratta tuttavia di un passo importante per quanto attiene la “ricognizione” del diritto da parte delle corti.

⁴⁵¹ Cfr. note precedenti per alcuni esempi sui motivi del rifiuto.

⁴⁵² Ad esempio, vedi Celia Wells: “*On the outside looking in: perspectives on enforced Caesareans*”, in S. Sheldon and M. Thompson, “*Feminist perspectives on Health Care Law*”, London-Sydney 1998, cap. 13.

⁴⁵³ Celia Wells, *cit*, pag. 243.

⁴⁵⁴ [1998] All ER 673.

⁴⁵⁵ Il principio stabilito in *St. George* veniva anche seguito in *Re B* (vedi *supra*, paragrafo precedente).

5. Considerazioni conclusive: verso un diritto al rifiuto delle cure

In conclusione, la sovranità sul proprio corpo, che si esplica nella facoltà di “escludere” gli altri e di decidere cosa è meglio per se stessi, si sta affermando in modo sempre più netto nel diritto inglese.

Si può sottolineare come l’accettazione di uno spazio individuale intangibile sia finalizzata alla tutela non solo del consenso ad accedere o a non accedere a tale spazio, ma anche alla valorizzazione delle scelte esistenziali della persona.

Il legislatore ha confermato questa impostazione col *Mental Capacity Act (2005)*. Nella *Section 1*, si chiarisce il fatto che esiste una generale presunzione di capacità di intendere e di volere fino a prova contraria, ed il semplice fatto di compiere una scelta irrazionale (“*unwise*”) non può costituire, di per sé, un elemento in senso opposto⁴⁵⁶. Inoltre, è necessario esperire tutti i ragionevoli tentativi per verificare se la persona è in grado di decidere, valutandone il grado di capacità effettiva⁴⁵⁷, coinvolgendola, laddove possibile, nelle decisioni che la riguardano⁴⁵⁸. La legge in esame, inoltre, prevede la possibilità di ricorrere alle c.d. “direttive anticipate”, ossia ad una dichiarazione con la quale un soggetto adulto, nel pieno possesso delle sue capacità mentali, dispone circa i trattamenti sanitari da effettuarsi nei suoi confronti nel caso in cui non sia più in grado di consentire; questa sarà determinante in caso di sopravvenuta incapacità⁴⁵⁹. La legge prevede altresì la possibilità di nominare un rappresentante legale (al quale vengono

⁴⁵⁶ Section 1, §4.

⁴⁵⁷ Section 1, §§ 2 e 3

⁴⁵⁸ La Section 4 §4 dispone che colui che debba prendere una decisione al posto dell’incapace debba, “... *so far as reasonably practicable, permit and encourage the person to participate, or to improve his ability to participate, as fully as possible in any act done for him and any decision affecting him*”.

⁴⁵⁹ Section 24 e 25. Tramite le direttive anticipate è possibile tanto rifiutare il trattamento sanitario quanto richiedere che venga somministrato. Tuttavia, per il rifiuto è sufficiente che la direttiva sia stata espressa oralmente, mentre per la somministrazione/mantenimento del sostegno vitale è necessaria una dichiarazione scritta, firmata dall’interessato alla presenza di testimoni (section 25 §6).

conferiti “*lasting powers of attorney*”) incaricato di prendere eventuali decisioni in luogo dell’incapace⁴⁶⁰. Infine, va notata l’esistenza di una clausola di salvaguardia, che impone di tener conto di tutti gli elementi di fatto indicativi di un mutamento della volontà dell’incapace rispetto a quanto dichiarato nelle direttive anticipate^{461 462}.

Anche nell’ordinamento italiano si registra un’ analoga tendenza. Ciò appare di particolare rilievo nella situazione politica del nostro Paese. Essa è caratterizzata da un forte scontro ideologico tra laici e cattolici sui temi bioetici e da una spinta della maggioranza parlamentare verso una compressione del diritto di autodeterminazione, al di là di quelli che sembrano essere i limiti desumibili dalla Carta costituzionale.

In primo luogo, si ricorda come la Corte Costituzionale abbia a più riprese affermato come il principio del “consenso informato” trovi una collocazione nei diritti fondamentali della persona, ed in particolare negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione.

Nella Sentenza 471/1990, la Consulta statuiva che la sovranità della persona sul proprio corpo, anche nel caso di interventi sanitari, trova fondamento nell’art. 13 della Costituzione, il quale, come noto, subordina ad una procedura estremamente garantista⁴⁶³ ogni restrizione della libertà della persona ed ogni ispezione sulla stessa contraria alla sua volontà⁴⁶⁴. Il primo comma di tale

⁴⁶⁰ Section 9-23. Va notato che l’esistenza di una persona con *lasting powers of attorney* non impedisce di considerare le direttive anticipate difformi dalle indicazioni di quest’ultimo come valide ed efficaci (Section 25 §7).

⁴⁶¹ Section 25(c).

⁴⁶² Sui numerosi dubbi interpretativi riguardo la natura generica delle disposizioni in esame, da cui non risulta chiaro il peso da dare agli elementi da cui si possa desumere un cambiamento della determinazione del paziente incapace rispetto a quanto dichiarato nelle direttive anticipate, si veda Margaret Brazier, Emma Cave, *op. cit.*, pag. 143.

⁴⁶³ Notoriamente si è in presenza di una riserva assoluta di legge e di una riserva assoluta di giurisdizione.

⁴⁶⁴ Sentenza n° 471 del 09/10/1990. Si trattava del caso di una donna la quale, subito un intervento chirurgico negligente, aveva adito il Tribunale di Catania chiedendo di sottoporsi ad un accertamento tecnico preventivo onde verificare le proprie condizioni di salute. I convenuti

disposizione costruisce l'inviolabilità della persona *“come ‘libertà’ nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo”*⁴⁶⁵.

In secondo luogo, il secondo comma dell'art. 32 C., che tutela il diritto alla salute individuale e collettiva, sancisce un diritto a rifiutare il trattamento sanitario non tassativamente previsto dalla Legge ed impone comunque un obbligo di somministrare detto trattamento nei limiti del rispetto della persona umana. La norma rappresenta una specificazione dell'art. 13., in quanto le esigenze pubblicistiche da cui può derivare l'imposizione di un trattamento sanitario devono essere adeguatamente bilanciate con il principio personalistico alla base della Costituzione. Gli interventi sanitari coattivi possono essere quindi disposti solo nel rispetto del principio di tassatività (comunque senza lesioni della dignità della persona⁴⁶⁶) ed anche in modo che chi vi è sottoposto ne tragga beneficio:

“Da ciò si desume che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacchè è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la

avevano eccepito che l'art. 696 c.p.c. non consente la sottoposizione ad A.T.P. di persone, ma solo di beni economici. La Consulta evidenziava tuttavia come nel caso di specie l'accertamento aveva natura volontaria. Era pertanto sufficiente che esso si svolgesse nel contesto del rispetto della persona, conformemente all'art. 32 C. L'art. 696 c.p.c. veniva dunque ritenuto illegittimo nella parte in cui non prevedeva la possibilità di effettuare l' A.T.P. su persona consenziente nell'ambito di un procedimento civile.

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 238 del 27/06/1986 in materia di prelievo ematico coattivo volto ad acquisire prove genetiche nell'ambito di un procedimento penale. La Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 224, comma 2 del Codice Penale del 1930, nella parte in cui *“consente che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, disponga misure che comunque incidano sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato o di terzi, al di fuori di quelle specificamente previste nei "casi" e nei "modi" dalla legge”*

compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale”⁴⁶⁷ ⁴⁶⁸.

Per cui, il trattamento può essere legittimamente imposto contro la volontà del paziente solo qualora esso sia fatto nell'interesse del paziente stesso e sia altresì giustificato dalla necessità di tutelare la salute collettiva.

La concreta applicazione di questi principi si è avuta nei casi Welby ed Englaro.

La vicenda di Piergiorgio Welby è nota: l'uomo era affetto da una malattia neurologica degenerativa, che gli provocava una costante sofferenza fisica. La patologia gli impediva qualunque movimento ma non inficiava le sue facoltà mentali⁴⁶⁹. Giunto alla fase terminale, il dolore era insopportabile ed egli, che comunicava tramite un computer attraverso i movimenti degli occhi, chiedeva che venisse rimosso il respiratore artificiale che lo teneva in vita.

Il caso era giunto all'attenzione dei *media*, suscitando dibattiti e reazioni indignate dei gruppi *pro-life*, i quali sostenevano che l'interruzione delle terapie da parte dei sanitari costituiva l'illecito penale di cui all'art.579 c.p. (omicidio del consenziente)⁴⁷⁰. Allora si premurò di far sì che i medici che lo assistevano non

⁴⁶⁷ Di grande rilievo, a questo proposito, anche la pronuncia n° 307 del 14/06/1990, la quale dichiarava l'incostituzionalità della L. 4 febbraio 1966, n. 51 (Obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica) nella parte in cui non prevedeva, a carico dello Stato, la corresponsione di un'equa indennità (al di là delle ipotesi di responsabilità aquiliana) per il caso di danno derivante dalla somministrazione di vaccinazioni obbligatorie.

⁴⁶⁸ Nello stesso senso, anche la sentenza n°118/1996, in cui dichiarava l'incostituzionalità della L. 210/1992 nella parte in cui escludeva la possibilità di ottenere un indennizzo per le lesioni conseguenti alla somministrazione di vaccinazioni obbligatorie con riferimento al periodo precedente all'entrata in vigore della Legge.

⁴⁶⁹ La progressiva perdita della funzionalità dei muscoli interessava anche l'apparato respiratorio. Per questo, Welby, nell'ultima parte della sua vita, non era in grado di sopravvivere senza l'ausilio di un respiratore artificiale. L'aria veniva convogliata attraverso una incisione praticata nella trachea, che provocava forti dolori nel paziente. Anche la degenerazione muscolare dava luogo a sollecitazioni delle terminazioni nervose da cui derivavano sensazioni acute di dolore.

⁴⁷⁰ Anche alcuni dei sanitari che lo seguivano erano contrari all'interruzione delle cure, per motivi etici e filosofici personali.

subissero conseguenze penali. Formulava quindi le ragioni della propria decisione in un libro, significativamente intitolato “Lasciatemi Morire”, ed in una lettera al capo dello Stato⁴⁷¹, onde fugare ogni dubbio sulle sue reali intenzioni. Ricorreva al Tribunale di Roma, con ricorso ex art. 700 c.p.c., chiedendo che venisse ordinata l’interruzione della respirazione artificiale. La richiesta era fondata sul diritto di rifiutare le cure di cui all’art. 32.2 C. Il giudice la respingeva motivando la sentenza in modo a dir poco contraddittorio⁴⁷². Affermava infatti che, nonostante l’esistenza del diritto a rifiutare le cure, mancava nell’ordinamento una norma di rango legislativo che desse attuazione al precetto costituzionale, che quindi non era direttamente applicabile. La paradossale conclusione era che, malgrado il disposto della carta fondamentale, il diritto in questione non godesse di effettività: esso esisteva nell’ordinamento, ma non era concretamente tutelato⁴⁷³

Welby, nonostante la pronuncia, mise in atto il suo proposito, e, dopo essersi fatto sedare, con l’aiuto di un amico medico, pose fine ai suoi giorni. Come prevedibile, il medico veniva incriminato, ma successivamente prosciolto con decreto di archiviazione del GUP⁴⁷⁴. Nel provvedimento, si sanciva la immediata applicabilità del disposto dell’art. 32.2 C., e la conseguente illegittimità di somministrare un trattamento sanitario contro la volontà del paziente, anche qualora l’esito dell’interruzione fosse fatale.

⁴⁷¹ Piergiorgio Welby, *Lasciatemi Morire*, Rizzoli, Milano 2006.

⁴⁷² Tribunale di Roma, sez. I civile, Ord. 15-16 Dicembre 2006. La sentenza è disponibile al sito <http://www.altalex.com/index.php?idnot=10626> (così come appare in data 10/09/2010)

⁴⁷³ Cfr. *Ibid.*: “Siccome un diritto può dirsi effettivo e tutelato solo se l’ordinamento positivamente per esso prevedeva la possibilità di realizzabilità coattiva della pretesa, in caso di mancato spontaneo adempito alla richiesta del titolare che intenda esercitarlo, va osservato che, nel caso in esame, il diritto del ricorrente di richiedere la interruzione della respirazione assistita e distacco del respiratore artificiale, previa somministrazione della sedazione terminale, deve ritenersi sussistente alla stregua delle osservazioni di cui sopra, ma trattasi di un diritto non concretamente tutelato dall’ordinamento; infatti, non può parlarsi di tutela se poi quanto richiesto al ricorrente deve essere sempre rimesso alla totale discrezionalità di qualsiasi medico al quale la richiestavenga fatta, alla sua coscienza individuale, alle sue interpretazioni soggettive dei fatti e delle situazioni, alle proprie concezioni etiche, religiose e professionali”

⁴⁷⁴ Trib. Penale di Roma, sez. GUP, n. 2049 del 23 luglio – 17 ottobre 2007, in www.dirittoegiustizia.it

I principi in esame sono stati statuiti con estrema efficacia anche dalla Corte di Cassazione nella pronuncia sul caso di Eluana Englaro, una giovane in stato vegetativo permanente⁴⁷⁵ che, prima di perdere conoscenza, aveva espresso il desiderio di non essere mantenuta in vita in caso si fosse trovata in una simile condizione⁴⁷⁶. Dopo una lunga vicenda giudiziaria, la S. C. di Cassazione nel 2007 affermava l'esistenza di un diritto a rifiutare i trattamenti sanitari, anche quando essi fossero essenziali per la vita della persona⁴⁷⁷.

La Corte affermava infatti che il diritto alla salute dovesse essere sempre letto alla luce del principio personalista. Il diritto (sociale) alla salute, da cui discende l'obbligo di prestare assistenza derivante dall'art. 32 (declinazione dell'art. 3.2 C.) non può far discendere un obbligo di sottoporre il paziente alle cure contro la sua volontà, fatta eccezione per i casi di cui al secondo comma dell'art. 32⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ Si tratta di una condizione medica irreversibile, in cui il paziente presenta attività cerebrale e manifesta alcuni "riflessi", ma è del tutto incosciente. La nutrizione avviene per mezzo di un sondino nasogastrico.

⁴⁷⁶ La giovane donna era entrata in coma a seguito di un incidente, all'età di 20 anni, nel 1992. Prima di tale evento, aveva affermato di non voler vivere come un vegetale nel caso in cui un incidente la avesse ridotta in uno stato comatoso permanente. Eluana aveva ribadito la sua posizione in numerose occasioni, in particolare nella circostanza di un incidente automobilistico avvenuto a due suoi amici. Uno di questi era deceduto sul colpo, l'altro si era venuto a trovare in uno stato vegetativo permanente. Eluana confidava alle proprie insegnanti e ad alcune amiche di ritenere che l'amico morto fosse in una condizione migliore di quello in stato vegetativo e, vista la irreversibilità della condizione di quest'ultimo, si era recata in chiesa pregando che morisse.

Eluana veniva descritta da tutti come una persona estremamente vitale ed indipendente, che mal tollerava le costrizioni e che per questo non sopportava l'idea di vivere "attaccata ad una macchina".

⁴⁷⁷ Cassazione Civile, Sez. I Civ., n°21748 del 16/10/2007, in Famiglia, Persone e Successioni, n°6/2008, pag. 508.

⁴⁷⁸ Cfr. § 6.1: "...Lo si ricava dallo stesso testo dell'art. 32 della Costituzione, per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto (...) Soltanto in questi limiti è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute, il quale, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di

Il concetto di salute contenuto nella Costituzione non va inteso “*come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza. Deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita*”⁴⁷⁹. In questo contesto, il rapporto medico-paziente dev’essere considerato alla stregua di una “*alleanza terapeutica*” che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno -per una strategia della persuasione, perché il compito dell’ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza”⁴⁸⁰. Il compito del medico è quindi quello di verificare che l’eventuale rifiuto di un trattamento indispensabile per la vita del paziente sia autentico, genuino ed informato, ma se si accerta che la decisione è consapevole e ponderata, il trattamento va interrotto⁴⁸¹.

Infine, la Corte statuiva che, nel caso di paziente incapace di intendere e di volere, il dissenso poteva essere ricostruito anche attraverso precedenti manifestazioni di volontà, ed andasse desunto tenendo conto di tutti gli elementi a

lasciarsi morire. Il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un’ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale. E d’altra parte occorre ribadire che la responsabilità del medico per omessa cura sussiste in quanto esista per il medesimo l’obbligo giuridico di praticare o continuare la terapia e cessa quando tale obbligo viene meno: e l’obbligo, fondandosi sul consenso del malato, cessa – insorgendo il dovere giuridico del medico di rispettare la volontà del paziente contraria alle cure – quando il consenso viene meno in seguito al rifiuto delle terapie da parte di costui”.

⁴⁷⁹ Sub. §6.1.

⁴⁸⁰ *Ibid.*

⁴⁸¹ *Ibid.* Il principio del consenso informato implica infatti il suo correlativo: quello di lasciare che la malattia segua il suo corso naturale.

disposizione, incluso lo “stile di vita”, i valori e le convinzioni filosofiche personali⁴⁸².

L’invasione del corpo, conseguente all’utilizzo del sondino nasogastrico con cui Eluana veniva tenuta in vita, rappresentava per la Corte una indebita violazione della sua integrità fisica, da ritenersi del tutto illegittima⁴⁸³.

Anche in Italia, dunque, la sovranità sul proprio corpo ed il diritto impedire interferenze altrui da parte delle persone adulte e capaci di intendere e di volere è pressoché assoluto. Da quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità appare in tutta evidenza il nesso inscindibile tra il complesso di valori dell’individuo, le sue convinzioni etiche, ideologiche e religiose, su cui si fondano le sue scelte e la sua corporeità, che si esplicano nella concezione costituzionale di persona.

⁴⁸² *Ibid.*

⁴⁸³ Questo punto è fondamentale, in quanto l’invasione costituita dal sondino nasogastrico, ad avviso della Corte d’Appello (che aveva respinto la richiesta) nonché dell’Avvocatura di Stato (che chiedeva il rigetto del ricorso). Cfr. la sentenza Englaro, *cit.*.

CAPITOLO 5. Autodeterminazione e scelta procreativa: nuove frontiere della 'tort law' inglese.

1. Introduzione

La propensione del diritto inglese a conferire sempre maggior riconoscimento alla libertà di autodeterminazione si estende oltre l'affermazione di un diritto a consentire o rifiutare interventi e cure mediche ed ad escludere interferenze col proprio corpo. Infatti, si è assistito, in tempi recenti, ad alcuni interessanti sviluppi giurisprudenziali in materia di scelte procreative, in cui la tutela giuridica dell'autodeterminazione pareva estendersi anche alla dimensione "esistenziale" dell'individuo, oltre che a quella attinente all'integrità fisica e patrimoniale.

Il *family planning*, che sta alla base di molte politiche di tipo assistenziale, viene quindi riconosciuto come una prerogativa fondamentale della persona, la cui lesione può dar luogo ad una tutela di tipo risarcitorio.

Sono un sintomo di questa tendenza le azioni c.d. di *Wrongful Pregnancy*, o *Wrongful Conception*, in cui si risarcisce un soggetto per il mancato rispetto della sua scelta di non procreare. Il problema rilevante nei casi di specie, (che spesso sorgevano da interventi di sterilizzazione a fini anticoncezionali, o "edonistici" non riusciti), era quali voci di danno risarcire. Ci si chiedeva infatti se la vita del nuovo nato potesse essere considerata alla stregua di danno, o se tali dovessero considerarsi le spese necessarie al mantenimento (sebbene le stesse trovino fondamento nel dovere giuridico dei genitori di provvedere ai bisogni della propria prole). La vita è infatti il bene primario tutelato dagli ordinamenti giuridici occidentali e la sua protezione è il fondamento stesso della comunità politica. Resta quindi difficile considerarla un "disvalore", un "accidente" suscettibile di essere risarcito.

Si anticipa che, dopo molte oscillazioni, lo sviluppo più interessante che si è avuto è quello della creazione di una nuova figura di *tort*, definita come *tort of autonomy*, fonte di un tipo di danno connesso non alle spese di mantenimento, ma alla lesione dell'autodeterminazione dei genitori in sé e per sé considerata. In altre parole, si risarciscono i genitori per il mancato rispetto delle proprie scelte procreative, non per la lesione patrimoniale determinata dalla nascita indesiderata.

2. Evoluzione della Common Law della Gran Bretagna in relazione all'azione di Wrongful Conception: dal caso Emeh fino al caso McFarlane.

Negli ultimi trent'anni, la *Wrongful Conception* ha rivestito una grande importanza nella *Common Law* del Regno Unito⁴⁸⁴. Infatti, è l'unica categoria di illeciti, legata alla procreazione, giunta fino all'attenzione della Camera dei Lord per ben due volte nell'arco di quattro anni⁴⁸⁵.

Prima del 1999, anno in cui il caso *McFarlane* veniva deciso dalla *House of Lords*, lo stato del diritto in Inghilterra, Galles e Scozia non era chiaro. I giudici di primo grado e di appello avevano applicato sia la c.d. “*no recovery rule*”⁴⁸⁶, sia la c.d. “*full recovery rule*”⁴⁸⁷. Entrambe erano state adottate in diverse giurisdizioni statunitensi⁴⁸⁸.

La prima regola consisteva nel bilanciare i vantaggi di avere un figlio con gli svantaggi. Se agli svantaggi, di natura soprattutto economica, doveva in linea di

⁴⁸⁴ Riguardo alla *Wrongful Conception*, è corretto parlare di Regno Unito, poiché la Camera dei Lord, pronunciandosi su casi provenienti dalla Scozia, ha esplicitamente detto che, in questo ambito, non vi è alcuna differenza tra diritto di Inghilterra, Galles, Scozia e Irlanda del Nord.

⁴⁸⁵ Ma l'eco dei due casi relativi alla *Wrongful Conception*, in particolare del caso *MacFarlane*, è arrivata addirittura oltre i confini della *medical law*, soprattutto con riferimento alle considerazioni di giustizia distributiva (*distributive justice*) fatte dalla *House of Lords*.

⁴⁸⁶ Es., *MacFarlane* in primo grado, [1997] SLT 211.

⁴⁸⁷ E.g. *Emeh v. Kensington and Chelsea AHA*, vedi *infra*, in questo paragrafo, oppure *MacFarlane* nel processo di secondo grado di fronte alla *Inner Court* scozzese (l'equivalente della *Court of Appeal* di Inghilterra e Galles), [1998] 44 BMLR 140.

⁴⁸⁸ Es. *Szekeres v. Robinson*, 715 P. 2d 1076 (Nev. 1986) (*no recovery*), e *Lovelace Medical Center v. Mendez*, 805 P. 2d 603, (N.M. 1991) (*full recovery*).

principio corrispondere un risarcimento, esso veniva “compensato” dagli inestimabili vantaggi, in termini di gioia e soddisfazione, che la nascita di un bambino procura. Per cui, l’ammontare del risarcimento dovuto era pari a zero⁴⁸⁹. Si trattava, insomma, di una sorta di *compensatio lucri cum damno*. In alcuni casi, sono state addotte anche ragioni di “policy”⁴⁹⁰ per respingere la domanda degli attori.

La seconda soluzione, invece, è stata motivata da ragioni di “giustizia correttiva”⁴⁹¹. Le Corti inglesi, pertanto, prima di *McFarlane*, avevano adottato gli stessi argomenti di quelle nordamericane.

L’orientamento maggioritario fino a *McFarlane*, tuttavia, sembrava essere quello di ammettere il risarcimento di tutte le spese di mantenimento (quindi della *full recovery rule*).

2.a. Iniziale accoglimento della full recovery rule

Il primo caso di *Wrongful Conception* era stato *Emeh v. Kensington and Chelsea AHA*⁴⁹².

L’attrice era una donna di origine nigeriana, la quale, avendo già diversi figli, si sottoponeva ad un intervento di sterilizzazione. Questo non riusciva, ed ella

⁴⁸⁹ La “no recovery rule” a volte viene in fatti definita anche “benefits rule”. Vedi *Sherlock v. Stillwater Clinic*, 260 NW 2d, 169 (Minn. 1977).

⁴⁹⁰ Cfr. *Supreme Court of Canada*, in *Kealey v. Berezowsky*, (1996) 136 DLR (4th) 708, in cui veniva respinta una domanda risarcitoria per una *wrongful conception* poiché sarebbe stato contro la *public policy* che il bambino scoprisse che i suoi genitori non lo volevano ed avevano ricevuto addirittura un risarcimento per la sua nascita. Anche nel caso inglese *Udale v. Bloomsbury AHA*, [1983] 1 WLR 1098 la *High Court* riteneva che la nascita di un bambino dovesse essere occasione di gioia, e sarebbe stato inopportuno che il bambino apprendesse che la sua nascita o la sua vita fosse stata addirittura “un disastro”, e di essere indesiderato. In tale caso, il giudice concedeva tuttavia £1025 per il mancato guadagno connesso alla gravidanza, nonché £8000 per il “*distress, pain and suffering*” della donna.

⁴⁹¹ Si tratta del principio secondo cui l’attore, il quale abbia subito un danno ingiusto, ha diritto ad essere posto in una situazione identica, o, quando ciò sia impossibile, equivalente a quella precedente all’illecito. Vedi Lord Steyn in *McFarlane*, e Y. Englard, “*The Philosophy of Tort Law*”, Aldershot, Dartmouth, 1993.

⁴⁹² [1984] 3 All ER 1044.

metteva al mondo una bambina gravemente handicappata. In primo grado, la Corte concedeva il risarcimento limitatamente al momento in cui l'attrice, accortasi della gravidanza, decideva di non abortire.

La *Court of Appeal*, invece, disponeva che il diritto non avesse alcuna possibilità di interferire con scelte così personali della donna, precisando che non ci si potesse aspettare che ella abortisse⁴⁹³. Di conseguenza, il convenuto veniva condannato a pagare le spese di mantenimento della bambina. Sicuramente, nella decisione pesavano il grave stato di salute della piccola e le disagiate condizioni economiche della famiglia.

La giurisprudenza aveva comunque dei dubbi riguardo a come le spese di mantenimento andassero calcolate. Secondo alcuni giudici, esse dovevano essere commisurate al reddito della famiglia in cui il bambino “non programmato” veniva al mondo: se la famiglia era povera, il risarcimento doveva essere modesto, poiché il figlio di una famiglia disagiata non poteva aspettarsi che un modesto tenore di vita; se era ricca, doveva essere più cospicuo, poiché doveva includere tutte le spese considerate indispensabili nel suo ambiente, come ad esempio la retta per la scuola privata. Questa impostazione risarciva il danno patrimoniale subito dalla famiglia a titolo di mancato guadagno (“*loss of earnings*”)⁴⁹⁴.

⁴⁹³ La *Court of Appeal* segue così il precedente *McKew v. Holland & Hannen & Cubbitts Ltd*, [1969] All ER 1621. Si trattava di un caso in cui l'attore, venutosi a trovare in una situazione di emergenza a causa della negligente condotta del convenuto, agiva di impulso provocando un danno ancora maggiore. La Corte riteneva che la condotta dell'attore fosse stata “*not so unreasonable as to eclipse the defendant's wrongdoing*”.

⁴⁹⁴ Così era stato deciso, ad esempio, in *Thake v. Maurice*, [1986] QB 644, e *Benarr v. Kettering AHA* (1988) 138 NLJ 179. Nel primo caso, si ometteva di informare un uomo, sottoposto ad una vasectomia, della possibilità che l'intervento non avesse successo. Sua moglie concepiva pertanto il quinto figlio. Questo veniva al mondo in una situazione molto disagiata. Il padre, infatti, aveva solo un lavoro saltuario da operaio, e la madre non aveva un impiego. L'uomo si era sottoposto alla vasectomia, poiché la sua situazione economica non gli avrebbe permesso di avere un'altra persona a carico. La *Court of Appeal* riteneva che le spese di mantenimento andassero calcolate tenendo conto di ciò che si poteva aspettare un figlio da una modesta famiglia, facendo un raffronto con gli altri fratelli. Se si fosse data una cifra più alta, la famiglia si sarebbe ingiustamente arricchita, poiché lo scopo del risarcimento era quello di rendere al soggetto danneggiato la cifra necessaria a ripristinare la sua situazione precedente, e niente più. Veniva pertanto concesso un risarcimento pari a £9.677, aumentate in appello di altre £1500. Nel secondo caso, invece, in un caso di *Wrongful Conception* in cui la bambina non voluta nasceva in una famiglia benestante, tra le voci di danno veniva inclusa anche la retta di un'esclusiva scuola privata, che tutti i suoi fratelli avevano

Altri giudici, tuttavia, ritenevano che il risarcimento dovesse essere lo stesso, a prescindere dallo *status* economico della famiglia⁴⁹⁵.

2.b. Limitazioni delle categorie di soggetti aventi diritto ad essere risarcite

Verso gli anni Novanta, analogamente a quanto avvenuto in tutte le branche della *tort law*, emerse, da parte delle Corti, la preoccupazione di limitare le categorie dei soggetti risarcibili, onde evitare il proliferare dei risarcimenti.

In *Goodwill v. BPAS*⁴⁹⁶, la *Court of Appeal* stabiliva che, in caso di fallita sterilizzazione di un uomo sposato, il medico negligente fosse responsabile verso la moglie del paziente, ma non verso l'amante di lui. Il timore del giudice era infatti che il medico assumesse un *duty of care* verso una quantità troppo ampia di soggetti, nella fattispecie tutte le potenziali amanti del paziente, ossia tutte le donne in età fertile del mondo.

Questo tentativo di circoscrivere i danni risarcibili, o la categoria dei soggetti legittimati ad essere tutelati *in tort* è legato all'irrigidimento della disciplina della responsabilità delittuale inglese avutosi a partire dal caso *Murphy v. Brentwood*⁴⁹⁷

frequentato. Tali spese erano prevedibili dal convenuto, ed erano calcolate in una cifra pari a £200.000 (su un totale di complessive £60.000 di risarcimento).

⁴⁹⁵ Cfr. *Salih v. Enfield AHA*, non pubblicata, 16 Novembre 1989 (Queen's Bench Division), in primo grado. In questa pronuncia il bambino era handicappato. Veniva concesso un risarcimento equivalente alle spese necessarie per i "basic costs" connessi al mantenimento di un bambino normale, ed una cifra aggiuntiva correlata alle specificità delle patologie del piccolo. La decisione veniva poi parzialmente riformata in appello ([1991] 3 All ER 400) proprio in relazione ai "basic costs".

⁴⁹⁶ (1996) All ER 161 (CA).

⁴⁹⁷ (1991) 1 AC 398. Il caso *Murphy* pone fine ad un periodo in cui l'ampiezza dei danni risarcibili in *negligence* era aumentata in maniera considerevole, in conseguenza della decisione della *House of Lords* in *Anns v. Merton London Borough Council* [1978] AC 728. Quest'ultima pronuncia riguardava di un caso molto particolare di *pure economic loss*. L'attore era proprietario di una casa, costruita su fondamenta difettose. L'edificio aveva subito dei danni, ed aveva necessitato dei lavori di ristrutturazione. Era pertanto stato convenuto in giudizio l'ente locale territorialmente competente (ossia il "*Borough Council*" del sobborgo londinese di Merton), il quale, venendo meno ai doveri prescrittigli dalla legge, avrebbe dovuto controllare, tramite i suoi ispettori, la

3. Lo stato del diritto oggi

Dopo venti anni dal primo caso di *Wrongful Conception* registrato nel Regno Unito⁴⁹⁸, lo stato del diritto può sintetizzarsi come segue.

I genitori di un bambino nato **sano** a seguito di una sterilizzazione non riuscita **non** possono recuperare i soldi necessari al suo mantenimento. Possono recuperare una somma relativamente bassa, che non copre le spese economiche che la famiglia del nuovo nato dovrà affrontare⁴⁹⁹. In altre parole, i giudici inglesi hanno evitato di mandare i ricorrenti a casa “a mani vuote”, sebbene non si siano voluti risarcire i costi del mantenimento del bambino nella loro interezza⁵⁰⁰.

solidità delle fondamenta della casa durante i lavori di costruzione. La Corte accoglieva la richiesta, stabilendo che i danni risarcibili includevano, oltre alla somma necessaria alle riparazioni, anche la perdita di valore di mercato dell’abitazione. Data l’enorme quantità di cause per risarcimento, scaturite da tale precedente, la *House of Lords* ritornò sui suoi passi, ribaltando la decisione ai sensi del *Code of Practice* del 1966. Ciò avvenne nel caso *Murphy v. Brentwood DC*, nel quale l’attore aveva acquistato un’abitazione dal costruttore. A causa di un difetto nelle fondamenta, vi era stato un cedimento strutturale. Non avendo denaro sufficiente ad effettuare le riparazioni, l’attore era stato costretto a vendere la casa ad un prezzo assai inferiore a quello di acquisto. I Lord Giudici, discostandosi dal citato precedente *Anns*, stabilivano che, nel caso di specie, l’unico danno risarcibile era rappresentato dalle spese necessarie a rendere la casa nuovamente abitabile, non la perdita di valore di mercato. Quest’ultima era infatti da considerarsi una pura perdita economica, non risarcibile in quanto conseguenza indiretta del danno. Con *Murphy* la possibilità di ottenere risarcimenti per *pure economic loss* è stata considerevolmente ridotta.

⁴⁹⁸ *Emeh v. Kensington*, deciso nel 1982, vedi paragrafo precedente.

⁴⁹⁹ Non è ancora stata consolidata una posizione relativa al titolo di questo modesto risarcimento (danno alla salute della madre dovuto agli effetti della gravidanza, danno alla libertà di “decidere la dimensione della propria famiglia”, oppure le due voci insieme).

⁵⁰⁰ Secondo un orientamento che, al momento, sembra minoritario, il risarcimento dovrebbe essere maggiore qualora la sterilizzazione sia stata fatta perché il paziente non è in grado di prendersi cura del bambino, ad esempio a causa di un handicap. Se si accetta questa impostazione, però, è necessario provare che l’attore si sia effettivamente preso cura del figlio di persona, poiché il risarcimento addizionale non mira a provvedere ai mezzi necessari al sostentamento del bambino, ma solo a quelli per far fronte alle necessità addizionali dovute all’ handicap. Questo è avvenuto, ad esempio, nel caso *AD v East Kent Community NHS Trust*, [2003] 2 FCR 704, la madre del bambino

Secondo la maggioranza della *House of Lords*, le circostanze concrete relative alle condizioni familiari, economiche e di salute del paziente sottoposti alla sterilizzazione non dovrebbero avere alcun rilievo al fine di determinare le poste di danno risarcibili, nonché il *quantum* del risarcimento stesso. In altre parole, non si possono fare distinzioni basate sulla ragione per la quale si era scelto di non procreare (evitare di avere “un’altra bocca da sfamare”, impossibilità di prendersi cura di un bambino perché si è affetti da una malattia invalidante, e così via).

Se il bambino invece nasce **malformato**, sembra che si possa avere un risarcimento più cospicuo. In questo senso, come vedremo, si è espressa la Corte di Appello, secondo la quale dovrebbe essere possibile recuperare la differenza tra i costi necessari per mantenere un bambino handicappato e quelli ordinari per mantenerne uno sano. Tuttavia, la questione non è stata presa in considerazione dalla *House of Lords*. Non tutti i giudici di tale Corte, oltretutto, sembrano condividere la soluzione fornita dalla Corte di Appello⁵⁰¹. Quindi, non è assolutamente possibile azzardare alcuna previsione di ciò che avverrà quando, finalmente, la Camera dei Lord arriverà a pronunciarsi su una simile fattispecie.

Anche se le soluzioni proposte in queste decisioni possono sembrare eque e ragionevoli, non sempre gli argomenti utilizzati per sostenerle sono coerenti. Secondo alcuni autori, i giudici hanno applicato i loro principi morali al caso di

non veniva risarcita poiché sua madre (la nonna del bambino) si sarebbe presa cura del bambino. Nel caso di specie, la madre era una paziente di un ospedale psichiatrico, rimasta incinta perché la struttura dove era ricoverata aveva colposamente ommesso di vigilare affinché la donna non entrasse in contatto con un altro paziente (col quale aveva una relazione), proprio per evitare gravidanze. Il bambino era stato affidato alla nonna, poiché la madre non era in grado di prendersene adeguatamente cura. Vedi anche D. Brahams, “*Damages for ‘Unwanted’, healthy child awarded to physically disabled mother but not to mentally handicapped mother*”, in [2003] 1 MCJ 71 (editorial).

⁵⁰¹ Come si vedrà nel prosieguo del capitolo, alcuni giudici della Camera dei Lord, pur non essendosi mai pronunciati su un caso del genere, hanno lasciato intendere, in alcuni *obiter dicta*, che i genitori di figli, nati a seguito di una sterilizzazione non riuscita, devono ricevere lo stesso risarcimento a prescindere dalle condizioni sociali ed economiche in cui versa la famiglia, nonché delle condizioni di salute dei genitori ed anche del figlio “indesiderato”.

specie, piuttosto che procedere ad una rigorosa applicazione di norme ed istituti giuridici⁵⁰².

3.a. McFarlane. Il bambino sano.

*McFarlane v. Tayside HB*⁵⁰³ è un caso di vasectomia non riuscita. Una coppia di coniugi scozzesi, avendo già quattro figli ed una situazione economica piuttosto precaria, decideva che il marito si sarebbe sottoposto a vasectomia, onde evitare di mettere al mondo altri bambini.

Nella fattispecie, la *breach of duty* consisteva nella mancata comunicazione agli attori del rischio che gli effetti “anticoncezionali” della vasectomia, a causa di una “ricanalizzazione spontanea” dei condotti spermatici recisi, potessero venir meno⁵⁰⁴. Di conseguenza, la coppia concepiva una bambina, la quale nasceva *sana*. Convenuta in giudizio la *Health Authority* responsabile, venivano proposte le seguenti domande risarcitorie:

1) la signora *McFarlane* chiedeva **£10,000** per i danni provocati dalla gravidanza, come “stress, sofferenza e dolore” (“*distress, pain and suffering*”);

2) entrambi i coniugi *McFarlane* chiedevano poi, congiuntamente, che venissero loro risarcite **£100,000** per coprire i costi di mantenimento della bambina fino alla maggiore età.

La decisione della *House of Lords* è stata modellata su un criterio definito “*limited damages rule*”. Esso consisteva nel **rigettare** la domanda relative al mantenimento della bambina, ma nell’**ammettere** quella relativa alle conseguenze

⁵⁰² Cfr. A. Maclean, “*McFarlane v Tayside Health Board: A Wrongful Conception in the House of Lords?*”, [2000] 3 *Web JCLI*.

⁵⁰³ [2000] 2 AC 59 (House of Lords).

⁵⁰⁴ Dopo l’operazione ed i test per verificare che la sterilizzazione fosse effettivamente riuscita, il Sig. *McFarlane* aveva ricevuto una lettera, in cui si diceva “*the sperm count is now negative, and you may dispense with contraceptive precautions*”.

della gravidanza (£10000). Come si vedrà, solo Lord Millet proponeva una impostazione diversa.

i) *Il rifiuto della “no-recovery rule”.*

Riguardo alla prima richiesta, tutti giudici erano d'accordo sul fatto che fosse inaccettabile che i *McFarlane* dovessero tornare a casa a mani vuote, dato che vi era stata la violazione di un dovere di diligenza che aveva causato proprio l'evento (il concepimento di un bambino) che si era cercato di evitare. Pertanto, i giudici avevano rifiutato di far propri gli argomenti utilizzati dalle corti statunitensi che avevano applicato la c.d. “no-recovery rule” (conosciuta anche come “blessing rule”), per negare qualunque risarcimento nei casi di *Wrongful Conception*. Tale “regola” consisteva nell'assumere che la vita è sempre una benedizione e non può mai essere un danno.

La *House of Lords* obiettava non solo che non si poteva sapere in anticipo se un bambino (sano) sarebbe stato una “benedizione” per i genitori oppure no⁵⁰⁵, ma anche che l'esistenza di politiche di “pianificazione familiare” - mirate anche a prevenire gravidanze indesiderate - dimostrerebbe che questo assunto non può più essere sostenuto⁵⁰⁶.

Per cui, quattro giudici su cinque⁵⁰⁷ concedevano il risarcimento richiesto dalla madre per le conseguenze derivanti dalla gravidanza⁵⁰⁸, mentre Lord Millet riteneva dovessero essere risarciti £5000 per ogni genitore (quindi £10000 in tutto)

⁵⁰⁵ Così Lord Slynn, al §41: “*How can it be known whether the baby will grow up strong or weak, clever or stupid, honest or a crook....*”

⁵⁰⁶ Lord. Hope, § 90.

⁵⁰⁷ Cioè tutti tranne Lord Millet.

⁵⁰⁸ Così, la maggioranza della *House of Lords* accoglievano la domanda proposta dalla madre. Tuttavia, Lord Slynn e Lord Clyde (§ 48 e §153) sostenevano che anche le spese necessarie immediatamente dopo la nascita (ad es. il costo della culla o dei primi vestitini, ecc.) dovessero essere inclusi in questa posta di danno.

per la violazione della loro libertà di decidere le dimensioni della propria famiglia⁵⁰⁹.

ii) *I motivi dell'esclusione della risarcibilità delle spese per il mantenimento del bambino indesiderato.*

Riguardo alla seconda domanda giudiziale, relativa al recupero della somma necessaria a mantenere la bambina fino alla maggiore età, i giudici concordavano che essa dovesse essere respinta, senza però fare ricorso ad argomentazioni relative alla “*public policy*”⁵¹⁰. Infatti, si osservava che esse sono troppo vaghe, e possono essere utilizzate per raggiungere qualunque risultato in casi con implicazioni di tipo morale come quello in questione⁵¹¹.

La *House of Lords*⁵¹² ammetteva che, per ogni argomentazione di *public policy* a sostegno del risarcimento, ve ne fosse una in senso contrario. Inoltre, veniva unanimemente osservato che non poteva essere applicata la c.d. “*off-set*” o “*benefits rule*”⁵¹³, adottata in alcuni Stati americani, secondo cui tutti gli svantaggi di avere un bambino non desiderato ma sano, di qualunque natura essi siano, verrebbero compensati dai vantaggi. Secondo tale “*benefits rule*”, i genitori non potrebbero essere risarciti, altrimenti ciò costituirebbe un “ingiusto arricchimento”. Nei discorsi di tutti e cinque i Lord giudici, venivano addotti numerosi esempi per

⁵⁰⁹ Secondo Lord Millet, le domande giudiziali relative ai costi del mantenimento della bambina ed il risarcimento per i danni causati alla madre dalla gravidanza erano inscindibili, pertanto andavano respinte o accolte entrambe: non era dunque coerente respingerne una ed accogliere l'altra (vedi §183). Tuttavia, i coniugi non dovevano tornare a casa “*empty handed*”; pertanto, dovevano essere risarciti per la ragione di cui si è detto.

⁵¹⁰ Lord Steyn, § 73: “...*I would avoid those quicksands.*”

⁵¹¹ La principale preoccupazione di molti giudici e commentatori è che la “sacralità della vita umana”, pietra miliare di tutti i sistemi giuridici occidentali, potrebbe essere messa a repentaglio dal fatto che una nuova vita possa costituire un danno risarcibile.

⁵¹² Lord Clyde, § 135.

⁵¹³ Per esempio *Sherlock v. Stillwater Clinic*, 260 NW 2d, 169 (Minn. 1977).

mettere in evidenza l'inadeguatezza di un tale approccio, che poteva portare a conclusioni illogiche, inaccettabili e addirittura "odiose"⁵¹⁴.

Tuttavia, come già era avvenuto per i costi relativi al risarcimento dei danni connessi alla gravidanza, i giudici pervenivano ad un medesimo risultato (cioè negare il risarcimento relativo alle spese di mantenimento del bambino) utilizzando argomentazioni diverse.

Lord Slynn e Lord Hope applicavano infatti la "*Caparo rule*"⁵¹⁵, la quale impedisce che vi sia risarcimento quando manca la "*proximity*" tra il danneggiante ed il danneggiato.

Per soddisfare questo requisito, è necessario che sia "*equo, giusto e ragionevole*" ("*fair, just and reasonable*") imponere sul convenuto-danneggiante un dovere di diligenza nei confronti del danneggiato-attore. In *McFarlane*, secondo Lord Slynn e Lord Hope, non vi sarebbe stata sufficiente "*proximity*" tra la violazione del dovere di diligenza e i costi di mantenimento del bambino. Tali costi erano infatti una conseguenza "riflessa", e non diretta, della condotta colposa del medico. Si concludeva pertanto che il dovere di diligenza della *Health Authority* convenuta non sarebbe arrivato fino al punto di rispondere anche del mantenimento di un bambino nato a seguito della vasectomia non riuscita, poiché non sarebbe stato "*fair, just and reasonable*" imponere un dovere così gravoso per un danno riflesso. Tali costi andavano dunque considerati "*pure economic losses*"⁵¹⁶ non risarcibili.

⁵¹⁴ Lord Clyde, al §142, affermava: "...nor [...] is the loss sustained by a mineworker who is rendered no longer fit for underground work offset by the pleasure and benefit which he may enjoy in the open air of a public park...". Lord Clyde faceva un altro esempio paradossale: il dolore dei genitori che abbiano perso un figlio in un incidente non può essere compensato dal risparmio sulle spese di mantenimento del bambino deceduto. Inoltre, la "*benefits rule*" viene respinta poiché richiede che si ammetta *in principio* la possibilità di recuperare i costi del mantenimento, anche se poi la regola non ammette il loro risarcimento in concreto poiché essi sono "compensati" dai vantaggi di avere un figlio. Lord Slynn e Lord Clyde mettevano in evidenza (ai 41, 46 e 152) che non si debba ammettere neppure in principio che le spese per il mantenimento del bambino siano recuperabili.

⁵¹⁵ *Caparo Industries Plc. v. Dickman and others*, [1990] 2 WLR 358.

⁵¹⁶ Tale categoria di "danno" è risarcibile solo in rari casi nel diritto inglese. Cfr. *infra* 3.4 1.1.

Invece, Lord Steyn e Lord Clyde applicavano la “*Alcock/Frost rule*”⁵¹⁷ per giustificare la loro decisione. Tale regola mira ad evitare che il numero di soggetti risarcibili sia troppo alto o sproporzionato rispetto alla condotta illecita: per cui, gli svantaggi derivanti dal danno dovrebbero essere ripartiti in modo equo tra i membri della società. Comunque, definire cosa sia “equo” e cosa sia, al contrario, “iniquo”, implica fare delle considerazioni di tipo morale⁵¹⁸.

Lo *standard* morale su cui basarsi in *McFarlane* era, secondo Lord Steyn, il punto di vista di una persona ordinaria, cioè il “pendolare sulla metropolitana” (“*commuter on the underground*”). Lord Steyn era infatti sicuro che il “pendolare medio” della metropolitana di Londra avrebbe considerato “ingiusto” che i professionisti convenuti dovessero provvedere alle spese di mantenimento necessarie per la figlia non voluta dei coniugi *McFarlane*⁵¹⁹.

Questo approccio, conosciuto anche come “giustizia distributiva”, in contrapposizione con la “giustizia correttiva”, è l’approccio più comune alla responsabilità extracontrattuale, e mira a mettere l’attore in una posizione il più vicino possibile a quella che precede il momento del danno cagionato dal convenuto.

Infine, Lord Millet, come già osservato, affermava che i *McFarlane* avevano diritto ad essere risarciti solo in ragione della violazione della loro libertà di autodeterminazione, poiché non erano stati messi in condizione di decidere il numero dei figli della loro famiglia.

iii) *E se il bambino non voluto fosse stato disabile?*

⁵¹⁷ *Alcock and others v Chief Constable of the South Yorkshire Police*, [1992] 1 AC 310, e *Frost v. Chief Constable of the South Yorkshire Police*, [1998] 2 QB 254.

⁵¹⁸ Nel suo discorso, Lord Steyn sosteneva che la House of Lords fosse una “*court of law*”, e non una “*court of morals*”. Tuttavia, egli precisava che una delle maggiori virtù della *Common Law* fosse la sua capacità di adattarsi al senso di giustizia naturale dei giudici (cfr. § 72 della decisione).

⁵¹⁹ Cfr il §71 della sentenza.

La *House of Lords* rifiutava di considerare se la decisione sarebbe stata differente qualora il bambino fosse nato malformato⁵²⁰.

Alcuni autori⁵²¹ ritenevano infatti che l'approccio della Camera dei Lord alle azioni di *Wrongful Conception* portasse alla conclusione che i genitori di bambini handicappati debbano essere trattati come quelli dei bambini sani, nonostante la differenza sostanziale delle loro situazioni.

Il criterio della "proximity" della "Caparo rule" non prende assolutamente in considerazione il fatto che il bambino sia sano o meno. Neppure se si fonda il risarcimento sulla lesione del diritto all'autodeterminazione dei genitori, si tiene conto dello stato di salute del bambino, o almeno così pare da come Lord Millet poneva la questione⁵²².

Come si vedrà⁵²³, maggiore spazio per ponderare gli svantaggi addizionali che i genitori di bambini *non desiderati e handicappati* debbono affrontare, potrebbe essere trovato nella "giustizia distributiva", perché sarebbe possibile che il "pendolare sulla metropolitana" avesse un'opinione diversa nel caso in cui il bambino nascesse malformato⁵²⁴. Per contro, questo approccio non sembra essere poi così diverso, né meno arbitrario, delle argomentazioni basate sulla *public policy*, o sulla compensazione dei vantaggi e svantaggi di avere un figlio utilizzati da alcune Corti nordamericane⁵²⁵, e così duramente criticate dalla *House of Lords*⁵²⁶. I citati autori ritengono, infatti, che la decisione presa nel caso

⁵²⁰ A parte forse Lord Slynn, (cfr. "United Kingdom-Parkinson v. St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust", (2002) 10 Med. Law Review 76 [autore anonimo]).

⁵²¹ Cfr. MacLean, *cit.*

⁵²² Infatti questo è proprio l'approccio che la maggioranza della *House of Lords* avrà in *Rees* (vedi sotto).

⁵²³ Cfr. *infra*

⁵²⁴ Cfr. Alasdair Maclean, *op. cit.*

⁵²⁵ Ad esempio *Sherlock v. Stillwater Clinic*, 260 NW 2d, 169 (Minn. 1977).

⁵²⁶ Vedi J.K. Mason, *cit.*, il quale sostiene che i passeggeri scozzesi degli autobus di Strathclyde [sobborgo della periferia di Glasgow, n.d.r.], i quali sono meno avvezzi agli "slings and arrows of outrageous fortune" rispetto ai pendolari di Londra, sarebbero maggiormente inclini a concedere il risarcimento per un figlio non voluto. Cfr. anche Alasdair Maclean, *op. cit.*

McFarlane riflettesse le opinioni morali dei giudici, piuttosto che essere fondata sulla coerente applicazione di norme e principi giuridici⁵²⁷.

3.b. Parkinson. Il bambino handicappato.

In *Parkinson v. St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust*⁵²⁸, la *Court of Appeal* si trovava a giudicare un caso di *Wrongful Conception* a seguito di cui era nato un bambino handicappato. Lord Brooke e Lady Hale concessero il risarcimento per le spese straordinarie necessarie al mantenimento del bambino disabile, ma non le spese ordinarie (cioè quelle necessarie per mantenere qualsiasi bambino sano). Sir Martin Nourse LJ concordava con la decisione degli altri due giudici senza aggiungere altro.

Nelle loro argomentazioni, i giudici tentavano di giustificare tale risarcimento senza discostarsi dai principi enunciati nel caso *McFarlane*⁵²⁹ e senza concludere che le vite di bambini disabili hanno meno valore, o peggio costituiscono un danno maggiore (quindi vadano risarcite con somme più alte) rispetto a quelle dei bambini sani. Tuttavia, come era successo in *McFarlane*, le argomentazioni dei giudici erano diverse⁵³⁰.

i) La complessa argomentazione di Brooke LJ: la Wrongful Conception ricondotta alle categorie della Law of Torts.

Brooke LJ analizzava la recente evoluzione della *tort law* inglese, includendovi tutte e cinque le argomentazioni dei giudici in *McFarlane*. Egli concludeva⁵³¹ che vi sono diversi criteri, o “*test*”, per stabilire se la responsabilità extracontrattuale

⁵²⁷ Cfr. Alasdair Maclean, *op. cit.*

⁵²⁸ [2002] QB 266.

⁵²⁹ A parte Lord Hope, vedi *supra*.

⁵³⁰ Vedi *supra*

⁵³¹ Citando “*Clerk and Lindsell on Torts*”, 18th edition, Oxford 2000.

sorge oppure no. Il primo è il cosiddetto “*threefold test*”, il quale richiede che le seguenti condizioni siano soddisfatte:

- a) in primo luogo, il danno causato dall’offensore deve essere da questi “prevedibile” al momento in cui tiene la condotta negligente;
- b) in secondo luogo, vi deve essere “*proximity*” tra il danneggiante ed il danneggiato;
- c) infine, deve essere “equo, giusto e ragionevole” (“*fair, just and reasonable*”) di imporre un dovere di diligenza nelle circostanze particolari del caso di specie.

Oltre a questa “*battery of tests*”, Brooke LJ osservava che i recenti sviluppi della *Common Law* inglese avevano aggiunto nuovi criteri per stabilire (o più precisamente per limitare) i casi in cui sorge responsabilità extracontrattuale. Questi sono 1) la “giustizia distributiva”, e 2) lo “*assumption of responsibility test*”, che consiste nel verificare qual è lo scopo della prestazione negligenzemente compiuta, e di concludere per la sussistenza della responsabilità qualora non sia stato raggiunto.

Nessuno di questi criteri è da ritenersi “quello giusto”⁵³², poiché, *‘if the facts are properly analysed and the policy considerations are correctly evaluated the several approaches will yield the same result’*⁵³³. Infatti, li considerava come criteri concorrenti, piuttosto che come alternativi. Per cui, era necessario analizzare il caso da tutte queste prospettive, al fine di raggiungere una conclusione “corretta”⁵³⁴.

Inoltre, faceva riferimento ad un caso statunitense di *Wrongful Conception* (*Fassoulas v. Ramey*⁵³⁵), in cui le spese straordinarie per mantenere un bambino handicappato erano state risarcite. Tale decisione partiva dall’assunto che le spese non fossero dovute qualora il bambino fosse nato sano (per ragioni simili a quelli

⁵³² Egli citava il discorso di Sir Brian Neill in *Bank of Credit and Commerce International (overseas) Ltd. (in liquidation) v. Price Waterhouse and Another*, [1998] BCC 617.

⁵³³ Citato da Brooke LJ al §. 27.

⁵³⁴ Vedi §17.

⁵³⁵ 450 So.2d 822 (Fla.1984).

della *House of Lords*); tuttavia, era necessario fare un'eccezione nel caso del bambino nato disabile, poiché "...the financial and emotional drain associated with raising such a child is often overwhelming to the affected parents", e perché "there is no valid policy argument against parents being recompensed for these costs of extraordinary care in raising a deformed child to majority".

Dopo aver preso atto delle diverse argomentazioni usate dai giudici della *House of Lords* in *McFarlane*, concludeva, riferendosi ai citati casi *Emeh* e *Fassoulas*, che:

a) la nascita di un bambino handicappato era una conseguenza prevedibile della sterilizzazione non riuscita;

b) un numero limitato di persone avrebbero subito le eventuali conseguenze negative del fallito intervento;

c) il chirurgo si era assunto la responsabilità per le prevedibili conseguenze economiche che una negligente esecuzione della prestazione avrebbe cagionato;

d) l'operazione aveva lo scopo di evitare il concepimento (sia di bambini sani che malati);

e) questo tipo di azioni era stato ammissibile per 15 anni, quindi un risarcimento nel caso di specie non avrebbe comportato alcun "salto nel buio";

f) secondo quanto specificato sub i) e ii), i criteri della "foreseeability" (prevedibilità) del danno e della "proximity" tra danneggiante e danneggiato⁵³⁶, venivano soddisfatti; per cui, come specificato dalla Supreme Court of Florida nel caso *Fassoulas*, il risarcimento per le spese derivanti dall'handicap erano "giuste, eque e ragionevoli";

g) dal punto di vista della giustizia distributiva, la gente comune avrebbe considerato un tale risarcimento come "equo".

⁵³⁶ Tali criteri erano stati stabiliti da Lord Bridge in *Caparo Industries Plc. v. Dickman and others*, [1990] 2 WLR 358.

ii) L' "opinion" di Hale LJ: il 'Deemed Equilibrium' e la *Wrongful Conception* come invasione della sfera di autonomia della madre.

Hale LJ basava la sua decisione su un criterio da lei definito "deemed equilibrium". Nel suo discorso, metteva in risalto l'impossibilità del calcolare gli immensi benefici dell'essere genitore⁵³⁷. Perciò, condivideva il ragionamento del giudice di primo grado, secondo il quale tali benefici dovevano essere ignorati del tutto, oppure bisognava assumere che "they cancel the claim out". Tuttavia, ciò avviene coi genitori di bambini sani; se fossero handicappati, questo "equilibrio" tra vantaggi e svantaggi non esisterebbe. Per cui, tale equilibrio è ristabilito solo se l'attore può recuperare la differenza tra i costi di tirar su un bambino malato e quelli di tirar su un bambino sano. Hale LJ specificava anche che una tale soluzione non implicava affatto assumere che un bambino handicappato abbia "meno valore", oppure "sia un maggior peso", rispetto ad uno sano: la sola differenza è che il primo "semplicemente costa di più" del secondo⁵³⁸.

Nella sua sentenza, Hale LJ enfatizzava le notevoli conseguenze che la gravidanza aveva su una donna, che perdurano ben al di là del parto. Per questa ragione, riteneva che la condotta colposa nei casi di *Wrongful Conception* fosse una "fundamental invasion of [the mother's] rights"⁵³⁹.

iii) Considerazioni conclusive sulle argomentazioni usate in *Parkinson* e sul raggiungimento di una soluzione 'equa'.

Anche se questi due ragionamenti portano all'ammissibilità del risarcimento nel caso dei bambini handicappati, senza concludere che le vite di costoro valgono meno di quelle dei bambini sani, sono stati considerati incoerenti. In particolare, la

⁵³⁷ Vedi § 89 della sentenza.

⁵³⁸ Vedi il discorso di Hale LJ, § 88.

⁵³⁹ § 73.

House of Lords nel caso *Rees* (che verrà analizzato nel prossimo paragrafo) criticava il ragionamento di Lady Hale, ritenendolo in contrasto con *McFarlane*⁵⁴⁰.

Infatti, i giudici in quest'ultimo caso avevano espressamente escluso che si potesse fare un bilanciamento tra vantaggi e svantaggi della gravidanza, mentre ciò costituisce proprio la base del ragionamento di Lady Hale e del suo "principio" del "*deemed equilibrium*". In particolare, Lady Hale aveva messo in evidenza la perdita di autonomia della madre nei casi di *Wrongful Conception*, ma non aveva optato (come sarebbe parso naturale) per concedere una somma "forfettaria" su questa base (come Lord Millet aveva fatto in *McFarlane*)⁵⁴¹. Invece decideva, piuttosto sorprendentemente, di applicare la regola del "*deemed equilibrium*".

In questo modo si garantiva un risarcimento ai genitori dei bambini handicappati, riconoscendo le loro difficoltà finanziarie, cosa impossibile se si fosse adottato l'approccio della "lesione della libertà di decidere la dimensione della propria famiglia", in cui tali difficoltà non possono essere contemplate (altrimenti si rischierebbe di ammettere che la vita di un bambino handicappato è un danno maggiore di quella di uno sano).

I ragionamenti di entrambi i giudici hanno anche un altro vantaggio, cioè quello di aggirare le difficoltà relative al nesso di causalità. Concedere il risarcimento **solo** per le spese derivanti dall'handicap **malgrado il fatto che il medico non le abbia causate direttamente** con un *novus actus interveniens* comporta infatti un discostamento dalle regole ordinarie che disciplinano la causalità. L'errore del professionista, infatti, cagiona la nascita del bambino, poi l'handicap è determinato da altre cause non riferibili alla condotta negligente.

Anche se la *public policy* non veniva usata in *Parkinson* per non contraddire quanto stabilito in *McFarlane*, in tale sentenza emerge come sia invece stata alla base delle decisioni di Lady Hale e Brooke LJ.

⁵⁴⁰ Ad es. Lord Slynn, al § 41 e Lord Clyde, § 142.

⁵⁴¹ Cfr. caso *MacFarlane*, § 184.

3.c. Il caso Rees: una semplice glossa⁵⁴² a McFarlane?

i) Descrizione del caso.

In *Rees v. Darlington*⁵⁴³ una donna affetta da retinite pigmentosa - una malattia che porta gradualmente alla cecità - si sottoponeva ad un intervento di sterilizzazione. Riteneva infatti che il suo handicap le rendesse impossibile di prendersi adeguata cura di un eventuale figlio. L'operazione veniva fatta in modo erroneo e la donna concepiva, mettendo al mondo un bambino sano. Nella domanda giudiziale avanzata dalla sig.ra *Rees*, ella chiedeva non solo di recuperare le spese straordinarie che avrebbe dovuto sostenere per prendersi cura del bambino in ragione del suo handicap (analogamente a quanto era successo in *Parkinson*), ma chiedeva anche alla *House of Lords* di discostarsi dal caso *McFarlane*, invitandola a rivedere il suo orientamento.

ii) La decisione della Corte.

Anche se i lord giudici erano restii a discostarsi da un precedente recente come *McFarlane*, giungevano ad una conclusione leggermente diversa. Con una maggioranza di quattro contro tre, la Corte concedeva, oltre ai danni per “*stress, pain and suffering*” conseguenti alla gravidanza, una “somma convenzionale” per la “perdita di autonomia” della madre, in quanto le era stato impedito di “vivere la propria vita come aveva deciso”,⁵⁴⁴.

Tale impostazione era basata sul discorso di Lord Millet in *McFarlane*⁵⁴⁵, e non teneva conto del fatto che il bambino fosse sano oppure malato.

⁵⁴² Espressione usata da Lord Nicholls al § 17 e Lord Steyn al § 43.

⁵⁴³ *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust*, [2003] UKHL 52.

⁵⁴⁴ Così Lord Bingham, §8.

⁵⁴⁵ Lord Millet medesimo era presente anche nel caso *Rees*, e acconsentiva con la maggioranza circa questa “glossa” al suo ragionamento nel caso *McFarlane*. In tale precedente, infatti, si era pronunciato a favore solo di un risarcimento limitato ad una “somma convenzionale” per la perdita

Anche se la maggioranza della Corte si asteneva dall'abrogare esplicitamente il principio espresso dalla *Court of Appeal* nel caso *Parkinson*⁵⁴⁶, non è chiaro se tale precedente rappresenti ancora il diritto vigente⁵⁴⁷.

Il bambino in *Rees* era infatti sano, ma l'impostazione, adottata dalla maggioranza dei giudici, nonché la loro determinazione nel non distinguere il caso *Rees* da *McFarlane* e nel trattare diversamente bambini sani e malati mette a repentaglio il principio seguito in *Parkinson*. Inoltre, la maggioranza era d'accordo con l'osservazione fatta nella opinione dissenziente di Waller LJ in *Rees v. Darlington* (nel grado di appello), che sarebbe ingiusto fare distinzioni tra genitori disabili di figli sani o genitori sani di figli handicappati. Infine, alcuni giudici della maggioranza⁵⁴⁸ estendevano questo argomento alle incombenze finanziarie cui devono far fronte i genitori di bambini disabili⁵⁴⁹.

D'altro canto, i giudici della minoranza dissenziente consideravano che tale "somma convenzionale" non potesse essere considerata una semplice "glossa" a *McFarlane*, ma uno "sviluppo radicale ed estremamente importante"⁵⁵⁰, quasi un "salto nel buio"⁵⁵¹ o in "territorio proibito"⁵⁵². Inoltre, come si è visto, i giudici della minoranza consideravano la distinzione adottata in *Parkinson* come perfettamente in linea con *McFarlane*, poiché la base di quest'ultima decisione era

del diritto a decidere la dimensione della propria famiglia, ma non per lo stress, dolore e sofferenza della madre". In *McFarlane*, aveva concluso che quest'ultima posta di danno andasse necessariamente decisa conformemente a quella relativa alle spese per il mantenimento del bambino: pertanto, esse andavano entrambe respinte o accolte.

⁵⁴⁶ Lord Millet lasciava aperta la questione (§112), mentre Lord Bingham, Scott e Nicholls propendevano per assegnare una somma standard in tutte le circostanze. Lord Scott affermava esplicitamente che "*Parkinson was not consistent with McFarlane*" (§ 147).

⁵⁴⁷ Cfr. G.Douglas, "*Case Report: Negligence*", (2004) 34 Fam. LJ 22, e C.Dixon, "*An Unconventional Gloss on Unintended Children*", (2003) NLJ 153.7105(1732).

⁵⁴⁸ Ad es. Lord Bingham e Lord Millet.

⁵⁴⁹ Lord Bingham, al § 9, affermava che considerava ingiusto che ai medici venisse imposto un diverso dovere di diligenza nel caso dei bambini sani rispetto a quello dei bambini malformati, poiché i medici non avevano cagionato tali malformazioni.

⁵⁵⁰ Così Lord Steyn, §43.

⁵⁵¹ Tale soluzione non aveva precedenti in altri ordinamenti (§45).

⁵⁵² § 46.

che il bambino fosse nato sano. I giudici della minoranza dissentivano anche dal citato ragionamento di Waller LJ in primo grado, facendo proprie invece le argomentazioni di Walker LJ e Hale LJ. Tali argomentazioni riconoscevano semplicemente che il diritto deve rivolgere maggiore attenzione a chi si sottopone a sterilizzazione, come la sig.ra Rees, per motivi particolari. Ciò doveva essere ritenuto sufficiente al fine di superare le obiezioni appena ricordate, sollevate in appello da Waller LJ⁵⁵³.

ii) Conclusioni sul caso Rees.

Alcuni autori⁵⁵⁴ sono piuttosto scettici in relazione ai criteri usati dalla maggioranza, a causa delle sue conseguenze nei casi di *Wrongful Conception* in cui vi siano portatori di handicap, siano essi i figli o i genitori. D'altro canto, le argomentazioni della minoranza sembrano operare una discutibile distinzione relativa alle ragioni per cui il paziente si è sottoposto a sterilizzazione⁵⁵⁵. Così, nel caso della madre disabile, un parziale risarcimento delle spese necessarie al mantenimento del figlio sarebbe possibile, ma non lo è qualora la sterilizzazione venga operata per il semplice scopo anticoncezionale⁵⁵⁶.

In ogni caso, la decisione in *Rees* riapre la questione relativa alla possibilità dei genitori di figli disabili di essere risarciti. Ciò non è chiaro a causa, da un lato, delle critiche (esplicite ed implicite) che la maggioranza dei Lord giudici avevano operato nei confronti di *Parkinson*, e dall'altro a causa delle molte opinioni dissenzienti e delle diverse argomentazioni usate dai Lord giudici, che potrebbero rendere più agevole un cambiamento di orientamento della Corte.

⁵⁵³ Così Lord Steyn, § 39. “*I am persuaded that the injustice of denying to such a seriously disabled mother the limited remedy of the extra costs caused by her disability outweighs the considerations emphasised by Waller LJ [i.e. that it would be unfair to distinguish between the different social and economical situations of the parents when assessing the award]*”.

⁵⁵⁴ Ad es. R.L. Denyer, “*Failed Sterilisation and Child Costs Revisited*”, [2004] 34 Fam. LJ 123, e Alasdair Maclean, *op. cit.*

⁵⁵⁵ Così Lord Steyn, § 39, vedi citazioni sopra, e Lord Scott, §§ 145-147.

⁵⁵⁶ Questo orientamento è in linea con l'orientamento del *Bundesgerichtshof* tedesco.

4. La Wrongful Conception ed i principi della tortious liability.

L'incertezza che permane sulla risarcibilità delle spese nel caso di bambino handicappato, soprattutto dopo *Rees*, ha dato luogo ad un dibattito che non si è ancora sopito, viste anche le numerose contraddizioni ed il disaccordo tra gli stessi giudici della *House of Lords*. Da tale dibattito, tuttavia, pare che possano emergere alcune significative innovazioni per il diritto inglese, specie se l'impostazione accolta in *Rees* della *loss of autonomy* verrà suffragata da successive decisioni. Questa soluzione però potrebbe portare a risultati iniqui nel caso in cui il bambino nasca disabile.

4.a. Il problema delle 'pure economic losses' e delle spese di mantenimento

La questione principale nei casi di *Wrongful Conception* è quella relativa al diritto dei genitori di recuperare le spese di mantenimento del figlio. Come stabilito in *McFarlane*, *Parkinson* e *Rees*, non è controverso che la madre abbia titolo ad essere risarcita per il *pain and suffering* correlati alla gravidanza ed al parto. Sembra inoltre, che i genitori abbiano diritto ad un risarcimento anche per la perdita di autonomia ("*loss of autonomy*")

Le spese di mantenimento del bambino non voluto sono generalmente considerate come "*pure economic losses*"⁵⁵⁷. Infatti, gli attori non chiedono di essere risarciti per lesioni fisiche o per danni alla proprietà o per danni

⁵⁵⁷ Si tratta di una categoria di danni che non ha un equivalente nel nostro ordinamento. Essa comprende le perdite finanziarie "indirette" (o "riflesse") conseguenti ad un danno. Normalmente, tali "perdite economiche" non vengono considerate risarcibili, ma vi sono svariate eccezioni che vedremo più in dettaglio nel prosieguo del paragrafo. Risarcibile in ogni caso è, sicuramente, il mancato guadagno nel caso di lesioni ("*physical injuries*") (cfr. B.Markesinis, S.Deakin, *op. cit.*, p. 112).

direttamente connessi con questi ultimi. L'oggetto delle richieste risarcitorie verte, invece, sulle perdite finanziarie indirettamente correlate all'illecito⁵⁵⁸, cioè sui costi di mantenimento del bambino.

In generale, quando si ha a che fare con le “*pure economic losses*”, la regola è quella di escludere la responsabilità del convenuto, mentre l'eccezione è concedere il risarcimento. Il diritto deve infatti determinare il limite massimo della catena causale fino a cui si può estendere la responsabilità. Se così non fosse, i danneggianti sarebbero responsabili per una quantità potenzialmente infinita di danni. Tuttavia, vi sono circostanze in cui le “*pure economic losses*” sono risarcibili e, come riportato sopra, è incerto se, *rebus sic stantibus*, il diritto inglese consenta di recuperare, almeno parzialmente, le spese necessarie al mantenimento di un bambino non desiderato.

In primo luogo, va detto che le “*pure economic losses*” sono generalmente trattate in modo diverso a seconda di ciò che le causa. Infatti, esse possono derivare da: 1) erronee informazioni; 2) negligenza nella erogazione di un servizio; 3) prodotti o edifici difettosi; 4) *economic losses* “relazionali” derivanti dal danno alla proprietà di un terzo; 5) responsabilità della pubblica amministrazione.

La *Wrongful Conception* ricade sotto le categorie dei punti 1) o 4), poiché può dipendere da una consulenza errata o dalla negligente “erogazione di un servizio”. Tuttavia, in *McFarlane*, Lord Hope osservava che non faceva differenza analizzare il caso dal punto di vista della erronea informazione fornita al paziente (che l'operazione era riuscita), oppure dal punto di vista di un intervento chirurgico non correttamente eseguito, oppure ancora dal punto di vista di una mancata informazione ai pazienti del rischio di una “ricanalizzazione naturale”⁵⁵⁹.

Inoltre, va notato che sia le “*economic losses*” causate da informazioni erronee sia quelle causate dalla negligente erogazione di un servizio possono normalmente essere recuperate⁵⁶⁰. Per questa ragione, se il risarcimento per le

⁵⁵⁸ B.Markesinis, S.Deakin, *ibid.*

⁵⁵⁹ Al § 90. Tuttavia, qualunque fosse la causa, la struttura sanitaria convenuta ammetteva la colpa.

⁵⁶⁰ Vedi Markesinis e Deakin, *op. cit.*, ed i casi *Hedley Byrne* e *Henderson* (vedi oltre).

spese di mantenimento del bambino indesiderato non è dovuto, è necessario discostarsi dai principi enunciati per le due fattispecie di *economic loss* appena ricordate, e sarà necessario trovare elementi che giustificano questa differenza di trattamento.

4.b. Limitazioni all'ampiezza del duty of care: la giustizia distributiva.

La dottrina inglese distingue due tipi di approccio alla responsabilità extracontrattuale: quello basato sulla “giustizia correttiva” e quello basato sulla “giustizia distributiva”.

Il primo, che è anche quello “tradizionale”, consiste nel porre il soggetto danneggiato in una posizione il più possibile simile a quella in cui si trovava prima di aver subito le conseguenze dell'illecito.

Il secondo, invece, si basa sulla possibilità di distribuire il peso delle perdite conseguenti al danno nel modo più “equo” possibile tra i membri della società. In genere, nella *Common Law* inglese, la giustizia distributiva viene utilizzata per limitare la categoria dei soggetti risarcibili, onde evitare che sul danneggiante gravino oneri sproporzionatamente alti rispetto all'illecito posto in essere. Si teme, infatti, che l'aumento dei danni risarcibili paralizzerebbe lo svolgimento di determinate attività, a causa dell'incremento dei premi di assicurazione o del timore di essere obbligati a risarcire somme enormi⁵⁶¹.

Pertanto, i giudici inglesi hanno talvolta derogato al tradizionale criterio basato sulla “giustizia correttiva”, utilizzando argomenti di “giustizia distributiva” come valvola di sfogo del sistema restringendo i casi in cui è possibile ottenere un risarcimento.

⁵⁶¹ Nel caso delle professioni mediche, l'eccessivo dilatarsi dei danni risarcibili farebbe aumentare i costi della sanità, e spingerebbe altresì il personale del settore a tenere comportamenti “difensivi”, finalizzati cioè a tutelarsi da azioni risarcitorie piuttosto che a curare i pazienti.

Per dirla con Lord Steyn, la giustizia correttiva e la giustizia distributiva sono “inestricabilmente intrecciate”⁵⁶², così è possibile analizzare il caso da prospettive diverse⁵⁶³.

Vi sono però due problemi. Innanzitutto, il ricorso agli argomenti di giustizia distributiva comporta il rischio di rendere le decisioni arbitrarie, se non è possibile determinare *a priori* i criteri sulla cui base si opera la “equa distribuzione dei pesi e delle perdite”.

In secondo luogo, se si rende possibile alternare il ricorso a criteri di giustizia distributiva e di giustizia correttiva, è necessario sapere quando si devono utilizzare gli uni e quando gli altri, al fine di preservare la coerenza del sistema e la certezza del diritto.

i) La palese arbitrarietà delle decisioni basate su argomenti di giustizia distributiva nei casi di Wrongful Conception.

Come alcuni autori hanno messo in evidenza, il “*threefold Caparo test*” (consistente, come si è visto nell’imporre un *duty of care* solo se ciò risulta essere “*equo, giusto e ragionevole*”) altro non sarebbe che “*giustizia distributiva sotto un altro nome*”⁵⁶⁴. Infatti, sia le argomentazioni basate sul “*threefold Caparo test*”, sia quelle basate sulla giustizia distributiva, mirano a limitare la categoria dei soggetti risarcibili. L’ applicazione concreta di entrambi questi approcci dipende dal criterio usato per delimitare il confine tra ciò che è giusto e ciò che non lo è, per cui essi risulterebbero, nella pratica, identici.

Il maggiore problema che si ha quando le Corti fanno ricorso a “ciò che è giusto” è la possibilità che le decisioni divengano arbitrarie. Con riferimento alla *Wrongful Conception*, ciò risulta particolarmente evidente.

⁵⁶² Lord Steyn in *McFarlane* § 72.

⁵⁶³ Vedi Lord Steyn in *McFarlane*, §71.

⁵⁶⁴ A. Maclean, *cit.*

Si prenda ad esempio il caso *McFarlane*, in cui Lord Steyn aveva stabilito che i genitori di un bambino indesiderato e sano non potevano recuperare le spese per il suo mantenimento, poiché, a suo avviso, il pendolare medio della metropolitana di Londra non lo avrebbe ritenuto giusto. Come è stato ironicamente sottolineato dall'autore scozzese J.K. Mason, i pendolari sui bus di Strathclyde, vicino Glasgow, avrebbero avuto un'opinione completamente diversa. Tale criterio risulta pertanto arbitrario⁵⁶⁵.

Riguardo invece al caso *Parkinson*, Alastair Maclean⁵⁶⁶ suggerisce che sia possibile desumere dal discorso di Lady Hale⁵⁶⁷ alcuni argomenti basati su un'idea di "giustizia distributiva" fondata sul "bisogno", nel senso dello stato di un bambino disabile (il quale sarebbe appunto "bisogno"), così come definito nel *Children Act 1989*. Tale impostazione è stata definita come arbitraria (anche dal medesimo autore), poiché verrebbe operato un trattamento ingiustamente diverso tra genitori di un bambino disabile e i genitori non abbienti di un bambino sano⁵⁶⁸. Per contro, altri autori⁵⁶⁹ sostengono che questo sia il prezzo da pagare per raggiungere una situazione equa, che tenga adeguatamente conto della peculiare situazione dei genitori di bambini disabili.

ii) *La commistione tra giustizia distributiva e giustizia correttiva nella Common Law.*

Secondo alcuni filosofi del diritto, la soluzione "migliore" alla complessa questione di identificare i danni risarcibili è quello aristotelico. Esso considera la "giustizia" (intesa come la conservazione del patrimonio aggregato) come il fine

⁵⁶⁵ Vedi J.K. Mason, *Unwanted pregnancy: a case of retroversion?*, (2000) 4 *Edinburgh Law Review* 191, in S. McLean(ed), *Medical Law and Ethics*, Adelrshot, Dartmouth, 2002.

⁵⁶⁶ A. Maclean, *An Alexandrian approach to the knotty problem of wrongful pregnancy: Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust in the House of Lords*, [2004] 3 *Web JCLI*.

⁵⁶⁷ § 91 della sentenza.

⁵⁶⁸ Questa era anche l'opinione (dissenziente) di Waller LJ nel caso *Rees* in grado di appello, le cui osservazioni erano state fatte proprie dalla maggioranza dei giudici della Camera dei Lord quando il caso *Rees* veniva sottoposto alla loro giurisdizione.

⁵⁶⁹ Lord Steyn in *Rees*, § 39.

ultimo della responsabilità delittuale, ma assume anche che la giustizia distributiva dovesse essere chiamata in aiuto ogni qualvolta la giustizia correttiva porti a risultati inopportuni⁵⁷⁰.

Altri autori, invece, basandosi sulle teorie di Kant, sostengono che la giustizia correttiva debba essere la sola base della responsabilità extracontrattuale, poiché stabilisce un chiaro nesso tra la morale e la responsabilità personale, mentre gli elementi di giustizia distributiva “*inficiano la coerenza della disciplina della responsabilità extracontrattuale*”⁵⁷¹.

La giustizia distributiva è spesso invocata quando vi siano problemi legati alla incommensurabilità del danno, ed è quindi necessario limitare la responsabilità⁵⁷².

Nonostante che la *Common law* utilizzi entrambi i criteri, è stato fatto notare⁵⁷³ che essa non è sempre trasparente riguardo a come e quando essi debbano essere combinati, poiché le Corti sono restie ad essere esplicite sul punto⁵⁷⁴. Sarebbe invece opportuno che vi fosse chiarezza, poiché gli scopi della giustizia distributiva possono essere i più diversi: “*Virtue, talent, social status, substantive equality, are possible candidates as standards of distribution*”⁵⁷⁵.

Inoltre, va notato che i diversi approcci hanno diverse conseguenze sulla società⁵⁷⁶. Gravare eccessivamente sui danneggiati, applicando rigidamente i principi di giustizia correttiva, potrebbe infatti aumentare i costi dei premi assicurativi oppure, in ambito medico, causare problemi ai bilanci dei servizi sanitari nazionali. Di contro, l'esclusione di responsabilità fondata sulla

⁵⁷⁰ Questo è l' "approccio utilitarista" di Posner, descritto da Y. Englard, *cit. (vedi supra)*.

⁵⁷¹ Questo è l' "approccio non utilitarista" di Weinrib, descritto da Y. Englard (*op. cit.*).

⁵⁷² R. Mullender in “*Corrective Justice, Distributive Justice and the Law of Negligence*”, in *Professional Negligence, 2001*.

⁵⁷³ Ancora Richard Mullender, *op. cit.*, nella parte in cui descrive le argomentazioni dei critici della giustizia distributiva.

⁵⁷⁴ Tuttavia, l'autore fa notare che in anni recenti si è registrata una tendenza delle Corti a rendere più esplicite le ragioni delle loro decisioni.

⁵⁷⁵ Izhak Englard, *op.cit.*

⁵⁷⁶ Jane Stapleton, Tort, “*Insurance and Ideology*”, [1995] MLR 58:6, November, p. 820

remoteness (“distanza”) di danneggiante e danneggiato, oppure su considerazioni concernenti la “equa” distribuzione delle perdite in una società, potrebbe portare ad una mancanza di deterrenza a tenere condotte illecite nei confronti di potenziali danneggianti.

Gli sforzi dei giudici sono concentrati nel creare discipline giuridiche che siano percepite come eque (nel senso di non arbitrarie), e che allo stesso tempo preservino la razionalità e la coerenza del diritto⁵⁷⁷. E’ pertanto opportuno preservare la razionalità del sistema.

iii) La giustizia correttiva come caso particolare della giustizia distributiva.

Secondo una interessante teoria, sostenuta da Alastair Maclean ed altri autori, la giustizia correttiva altro non sarebbe che un particolare tipo di giustizia distributiva, in cui il criterio utilizzato per operare la “distribuzione” delle perdite è quello consistente nel far gravare su chi intraprende un’azione le eventuali conseguenze dannose da essa cagionate⁵⁷⁸.

Tuttavia, questo criterio è solo uno di quelli possibili. Questo potrebbe portare a concludere che, qualora le Corti decidano di uscire dalla logica della giustizia correttiva, mutando il criterio di distribuzione, compiano un’operazione rientrando nella loro discrezionalità, in quanto giustizia distributiva e correttiva sono due facce della stessa medaglia (ossia della responsabilità risarcitoria). Come già detto, però, è stato fatto notare che le esigenze di coerenza, certezza e di “prevedibilità” del diritto rendono necessario che le corti siano esplicite, riguardo al modo in cui ricorrono alla giustizia distributiva⁵⁷⁹. Ciò non avviene quando si fa

⁵⁷⁷ Richard Mullender, *op. cit.*

⁵⁷⁸ In altre parole, chi agisce imprudentemente deve riparare i danni che la sua imprudenza ha prodotto. Tale criterio si basa sull’ideale liberale secondo cui gli individui agiscono sempre per ottenere dei vantaggi, e devono pertanto sopportare anche gli svantaggi che la loro azione comporta. Cfr. A. Maclean, *Distributing the Burden of a Blessing*, (2004) JOR 23.

⁵⁷⁹ Cfr. A. Maclean, *Distributing the Burden of a Blessing*, (2004) JOR 23.

riferimento a figure quali il “pendolare sulla metropolitana”, come Lord Steyn in *McFarlane*⁵⁸⁰.

iv) Giustizia distributiva, giustizia correttiva e Wrongful Conception: il rapporto tra politiche sociali e responsabilità extracontrattuale.

In relazione alla *Wrongful Conception*, la giustizia distributiva è stata utilizzata, da un lato, per escludere le spese di mantenimento nel caso del bambino nato sano, dall’altro, per giustificare l’ammissibilità del risarcimento per le spese straordinarie nel caso del bambino handicappato. Il criterio di distribuzione sembra dunque essere stato quello del “bisogno” connesso alla condizione di disabile.

Ci si domanda allora su quale base si può assumere che il criterio di distribuzione sia quello di “bisogno connesso all’handicap” e non quello di “bisogno economico”. In *Rees*, la maggioranza della Camera dei Lord, optando per concedere una “somma convenzionale” prefissata, a prescindere dalle circostanze in cui il bambino disabile veniva al mondo e dal suo stato di salute, aggirava il problema di compiere tutte queste valutazioni, probabilmente per tre ragioni.

In primo luogo, in un moderno “*Welfare State*”, è compito del governo attuare adeguate politiche sociali per sopperire allo stato di bisogno (economico o di altro tipo) degli individui più deboli⁵⁸¹.

In secondo luogo, le Corti non hanno gli strumenti per valutare tutti i bisogni delle parti in causa, per poi operare un’equa distribuzione, tra i membri della società, del peso delle perdite⁵⁸².

Infine, le Corti hanno avuto riguardo per il peso economico sopportato dalla *NHS* se si ammettono risarcimenti molto cospicui: essendo il suo *budget* limitato

⁵⁸⁰ Cfr. A. Maclean, *ibid.*

⁵⁸¹ Le Corti non possono dunque “invadere il campo” del Governo e del Parlamento nell’attuare dette politiche sociali. Cfr. A. Maclean, *ibid.*

⁵⁸² Incluse quelle delle risorse “dirottate” dalla sanità pubblica alle spese del risarcimento, con un onere della società nel suo complesso. Cfr. A. Maclean, *ibid.*

per legge, il denaro necessario per i risarcimenti viene sottratto da quello utilizzato per curare i pazienti⁵⁸³.

Riguardo a quest'ultimo aspetto, è interessante notare come la *Supreme Court of Australia*, nel caso *Cattanach v. Melchior*⁵⁸⁴, prendendo le distanze dalla decisione resa dalla *House of Lords* in *Macfarlane*, si soffermava anche sulla differenza del sistema di finanziamento della sanità pubblica australiana rispetto a quella britannica⁵⁸⁵. La maggioranza dei giudici della *Supreme Court of Australia* ritenevano pertanto di non dover essere vincolati dagli stessi timori dei loro colleghi inglesi in relazione al peso economico addossato alla sanità pubblica⁵⁸⁶, concedendo risarcimenti più generosi⁵⁸⁷.

In conclusione, la Camera dei Lord in *Rees* ha evitato di interferire con le scelte relative alle politiche sociali del Governo, per non sostituirsi a questo nel calcolare le risorse da allocare alle vittime di errori medici. Con l'*escamotage* della somma convenzionale, si è dunque "distribuito" il peso dello svantaggio arrecato ai genitori di figli nati in seguito a sterilizzazioni fallite, senza riguardo alle circostanze del caso di specie, trattando in modo uguale le diverse situazioni.

Tuttavia, la decisione non è condivisa neanche da tutti i giudici della *House of Lords*, e non sembra risultare convincente neppure nei confronti dei giudici delle Corti inferiori, a cominciare dalla *Court of Appeal* (come si è visto nel caso *Parkinson*).

Per cui, il diritto è ancora lontano dal consolidarsi.

⁵⁸³ Cfr. A. Maclean, *Ibid.*

⁵⁸⁴ [2003] HCA 38. Si tratta di un caso di *Wrongful Conception*, cagionato da un erroneo intervento di sterilizzazione su una donna. La *Supreme Court of Australia* confermava il risarcimento di oltre AU\$200,000 stabilito dalle Corti inferiori.

⁵⁸⁵ In Australia, in caso di lesioni cagionati da un medico di una struttura pubblica, si convengono in giudizio direttamente il medico o la struttura responsabili; in Inghilterra, invece, si conviene in giudizio la struttura pubblica in quanto rappresentante della *NHS* nel suo complesso. Cfr. *Cattanach v. Melchior*, §178.

⁵⁸⁶ A. Maclean, *op. cit.* Cfr. anche *Cattanach v. Melchior*, *cit.*, §128.

⁵⁸⁷ Non sorprende tuttavia che il primo ministro Howards abbia intimato agli Stati australiani di legiferare per negare i risarcimenti nei casi di *Wrongful Conception*. Il Queensland, lo Stato in cui si era avuto il caso *Cattanach v. Melchior*, ha dichiarato che intende procedere in questo senso.

Nesso di causalità e 'remoteness'.

Le questioni relative al nesso di causalità sono generalmente analizzate da due diverse prospettive: la “causazione dell’evento” e la “remoteness”. Questo doppio approccio prende il nome di “two-stage test of causation”⁵⁸⁸.

Il primo “test” consiste nel determinare se l’attore avrebbe subito il danno, qualora non vi fosse stata la negligenza del convenuto. Tale condizione è soddisfatta se nessun “novus actus interveniens” ha interrotto la catena degli eventi che hanno cagionato il danno.

La *Common Law* inglese, a partire dal caso *Emeh*⁵⁸⁹ ha escluso che nei casi di *Wrongful Conception* il rifiuto di sottoporsi ad un aborto sia da considerarsi un *novus actus interveniens*. In tale decisione la *Court of Appeal* affermava che non ci si potesse aspettare che la donna-attrice prendesse una tale decisione, poiché essa implica scelte personali con cui il diritto non può assolutamente interferire. La *House of Lords* in *McFarlane* applicava lo stesso ragionamento della *Court of Appeal*⁵⁹⁰. La maggioranza degli autori è d’accordo con questo approccio, anche se alcuni ritengono che gli argomenti usati in *Emeh* e *McFarlane* non siano sempre soddisfacenti⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ “*Clerk and Lindsell on Torts*”, cit.

⁵⁸⁹ Tuttavia, il giudice di primo grado in tale caso respingeva la domanda risarcitoria poiché riteneva tale comportamento come un “*novus actus interveniens*”. A suo avviso, esisteva infatti una possibilità legale e concreta di evitare la prosecuzione della gravidanza, per cui i danni dovevano essere limitati al momento in cui la madre aveva preso la decisione di non abortire.

⁵⁹⁰ Ad es., vedi Lord Steyn, § 69.

⁵⁹¹ Ad es. vedi J.K. Mason, “*Unwanted pregnancy, a case of Retroversion?*”, in *Edinburgh Law Review*, 4 (2000) 191. L’autore ritiene che considerare l’aborto un “*novus actus interveniens*” significherebbe che l’aborto sia possibile a semplice “richiesta” della gestante, quando, ai sensi dello *Abortion Act 1967*, non è così. Abbiamo infatti visto (Parte I, cap. 4) che è necessario che siano integrati diversi requisiti, certificati da due medici. Per cui, l’autore osserva che “*The moral implications of abortion are of such intensity and variety that it could scarcely be right to lay down a rule as to the legal implications of the decision reached*”. Inoltre, l’autore sostiene anche che “le circostanze siano tali” da fare sì che la decisione di abortire sia sempre sofferta e controversa, per cui non la si può accettare come una regola generale. Infine, l’autore concorda con Lord Steyn sul fatto che il diritto non possa interferire con decisioni così intimamente connesse alle “*libertà fondamentali ed all’autonomia personale*”.

Concludendo sul punto, bisogna ricordare che, come Lord Millet ha sottolineato⁵⁹², quella sterilizzazione era mirata proprio ad evitare di prendere la decisione di abortire o di dare il bambino in adozione. Per questi motivi, non può essere considerata un “*novus actus interveniens*”.

Riguardo alla “*remoteness*”, il problema è stabilire il limite massimo sulla catena causale oltre al quale non si risponde più dei danni cagionati dalla propria condotta. Infatti, è necessario “*limitare la responsabilità del convenuto a quelle conseguenze della sua condotta colposa delle quali è appropriato che egli risponda*”⁵⁹³. Si ritiene generalmente che si debba essere considerati responsabili *in tort* per i danni colposamente cagionati quando una persona ragionevole (“*reasonable man*”) potrebbe aver “ragionevolmente previsto” le conseguenze della sua condotta. Nella *Wrongful Conception*, il medico incaricato di eseguire la sterilizzazione può ragionevolmente prevedere che, in caso di un suo errore, potrebbe aversi una gravidanza non desiderata. Questo assunto è condiviso da tutti i giudici in tutti e tre i *leading cases* concernenti questo tipo di azione.

In *Parkinson*, si sosteneva che l’handicap del bambino, che era sorto in seguito ad una infezione contratta alcune settimane dopo la sua nascita, era una conseguenza prevedibile della condotta del medico convenuto⁵⁹⁴. Per tale ragione, potrebbe essere osservato che anche la nascita stessa del bambino era, a maggior ragione, prevedibile. Secondo le statistiche, infatti, i bambini che nascono malformati sono un numero compreso tra uno ogni 200 ed uno ogni 400 nascite⁵⁹⁵. Inoltre, deve essere notato che, qualora vi sia un dovere di informare qualcuno, la colpa del soggetto tenuto a fornire le informazioni lo espone alla responsabilità extracontrattuale per tutte le conseguenze dannose derivanti dalla erronea consulenza⁵⁹⁶.

⁵⁹² Pag 161, cui fa riferimento J.K. Mason, *cit.*

⁵⁹³ *Liesbosh Dresder v. S.S. Edison*, (1993) A.C. 449 at 460, citato in “*Clerk and Lindsell on Torts*”, *cit.*, pag. 78.

⁵⁹⁴ Così Lady Hale, § 92.

⁵⁹⁵ Cfr. *Emeh*, pag. 1019F-G, citato in *Parkinson* al § 15.

⁵⁹⁶ “*Clerk and Lindsell on Torts*”, *cit.*

In conclusione, se è vero che decidere di non abortire o di dare il bambino in adozione non sia da considerarsi un *novus actus interveniens*, le azioni di *Wrongful Conception* non sollevano problemi di particolare difficoltà in relazione al nesso di causalità. Per quanto non vi siano dubbi circa il fatto che la condotta colposa abbia per conseguenza una gravidanza indesiderata (e i danni da essa derivanti), risulta invece più difficile escludere dal novero dei danni risarcibili le spese di mantenimento del bambino sulla base di considerazioni relative al nesso di causalità o della “distanza” tra danneggiante e danneggiato⁵⁹⁷. Se invece si accogliesse la posizione di coloro che escludono la possibilità di risarcire le spese di mantenimento del bambino proprio per motivi connessi al nesso di causalità, allora sembrerebbe più coerente escludere anche la possibilità di risarcire le spese straordinarie connesse all’handicap del bambino.

Tuttavia, come si è visto, le Corti hanno usato altri argomenti per giustificare le proprie decisioni, discostandosi dalle tradizionali regole sul nesso di causalità.

4.c. Il danno.

Si è visto che la maggioranza dei giudici nel caso *Rees* concedeva un risarcimento di £15.000, oltre alle £10.000 relative ai danni ed alle spese cagionati direttamente dalla gravidanza e dalla nascita “non programmate”⁵⁹⁸. La somma convenzionale, ad avviso della maggioranza dei giudici del caso *Rees*, dovrebbe essere concessa in tutti i casi di *Wrongful Conception*, indipendentemente dallo stato di salute del bambino e dei genitori. Tale somma non ha una funzione soddisfattiva dei bisogni effettivi della famiglia, ma costituisce solo un riconoscimento che gli attori sono stati vittime di un illecito giuridico.

⁵⁹⁷ J.K. Mason, *cit.*, al § 197, affermava che i bambini sani e disabili nati a seguito di “*Wrongful Conception*” dovessero essere visti come “*variations in a continuum, rather than as distinct entities*”, e che “*only the quantum of damages should be in doubt*”.

⁵⁹⁸ In *McFarlane*, tale risarcimento ammontava a £10,000.

In altre parole, la *House of Lords* identificava due “danni” sofferti dai genitori di bambini “non programmati” nei casi di *Wrongful Conception*:

- 1) “*general damages*” per il dolore e la sofferenza connessi alla nascita ed i costi derivanti dalla gravidanza della madre⁵⁹⁹;
- 2) la violazione del loro diritto a decidere la dimensione della propria famiglia.

Riguardo alla prima posta di danno, in *McFarlane* veniva deciso che essa dovesse essere risarcita e nessuna Corte ritornava su tale posizione nei successivi casi di *Wrongful Conception* che vi sono stati finora⁶⁰⁰.

Secondo la *House of Lords* in *McFarlane*, la gravidanza era una prevedibile conseguenza della condotta colposa del convenuto, ed era pertanto giusto, equo e ragionevole configurare in capo a costui un dovere di diligenza per prevenire questa evenienza⁶⁰¹. Perciò, i danni relativi alla gravidanza dovrebbero essere concessi.

In ogni caso, se tale dovere esiste, si potrebbe sostenere che dovrebbe essere esteso ad un'altra conseguenza della condotta colposa, tanto prevedibile quanto la gravidanza, e cioè la nascita di un bambino, il quale necessita di essere mantenuto fino alla maggiore età.

Nei discorsi di Lord Millet in *McFarlane*, di Lord Nicholls in *Rees*⁶⁰², ed in quello di Lady Hale in *Parkinson*⁶⁰³, vi potrebbero essere argomenti in questa direzione, sebbene tutti concludano che tali costi non debbano essere risarcibili. In particolare, Lady Hale affermava che le conseguenze fisiche, psicologiche ed

⁵⁹⁹ In *McFarlane*, Lord Millet sosteneva che se tale posta di danno viene risarcita, si dovrebbero anche risarcire i costi per mantenere il bambino (cfr § 183). In *Rees*, tuttavia, rivedeva il suo ragionamento, e aderiva alla decisione della maggioranza (cfr §§ 124-125).

⁶⁰⁰ Tuttavia, si veda anche quanto osservato nella nota precedente.

⁶⁰¹ Nelle sentenze *Parkinson* e *Groom v. Selby* (vedi *infra*), Hale LJ sottolineava che la negligenza del convenuto era risultata in una “*invasione dell'integrità fisica della madre contro la sua volontà*”.

⁶⁰² Vedi i §§ 187 (vedi sopra) e 12.

⁶⁰³ Vedi §§ 63-73.

emozionali della gravidanza continuano ben oltre il parto, e la maternità richiede un impegno che dura “ventiquattro ore al giorno, sette giorni la settimana”⁶⁰⁴. In *Groom v. Selby*⁶⁰⁵, ella affermava anche che i costi per mantenere il bambino non dovrebbero essere considerati una “*pure economic loss*”, ma una conseguenza della “*invasione dell’integrità fisica della madre cagionata dalla gravidanza indesiderata*”⁶⁰⁶. D’altro canto, va detto che il dovere di mantenere il bambino è uno dei molti obblighi che sorgono dalla potestà genitoriale, e che quindi potrebbe sembrare ingiusto farlo gravare sul professionista⁶⁰⁷.

Gli obblighi dei genitori verso i figli non comprendono solo gli aspetti finanziari relativi al mantenimento, ma anche i doveri di curarne la salute e l’istruzione, di guidarli e sostenerli fino alla maturità, ecc. Tali obblighi sembrano difficilmente scindibili gli uni dagli altri, per cui potrebbe sembrare discutibile che il professionista negligente sia costretto a farsi carico di uno di essi (il mantenimento) al posto dei genitori⁶⁰⁸. Tuttavia, alcuni autori hanno fatto notare che un tale esito sarebbe accettabile dal punto di vista della *public policy*⁶⁰⁹, poiché imporre di pagare le spese di mantenimento del bambino non comprometterebbe in alcun modo la sacralità della vita umana, né implica che il bambino venga considerato solo un peso economico, un danno o addirittura una “lesione” al pari di una ferita. Del resto, i padri convenuti in giudizio per non aver provveduto a versare la somma necessaria al mantenimento dei propri figli non possono eccepire in giudizio di aver dato alla madre una benedizione inestimabile, tale da compensare qualunque incombenza economica!⁶¹⁰

⁶⁰⁴ Vedi il § 71.

⁶⁰⁵ [2001] ECWA Civ. 1522.

⁶⁰⁶ § 31.

⁶⁰⁷ Cfr. *Children Act 1989*, o il *Protection of Children Act 2003*, in vigore in Scozia, e *Parkinson*, al § 69.

⁶⁰⁸ Caso *McFarlane*, § 123.

⁶⁰⁹ *Doiron v. Orr*, (1978) 86 DLR 3d 719 (Ont. HC).

⁶¹⁰ Cfr. J.E. Bickenbach, “*Damages for Wrongful Conception: Doiron v. Orr*”, (1979-80) U.W.Ontario L. Review 493, relativo al diritto canadese in materia di *Wrongful Conception*. Commentando il caso *Doiron c. Orr*, in cui una Corte aveva negato il risarcimento per le spese di

4.d. La somma convenzionale.

Riguardo alla questione della “somma convenzionale”, va notato che tale soluzione è adottata quando il diritto non è in grado di stabilire l’ammontare dei danni, poiché sono necessari calcoli o “compensazioni” impossibili⁶¹¹.

I danni sono stati concessi sulla base del fatto che i genitori non possono vivere la propria vita come avevano deciso, e che era stato loro negato di decidere la dimensione della propria famiglia. Anche se la “*privacy*” in quanto tale non è un “diritto” tutelato dal diritto inglese, tuttavia la “limitazione dell’autonomia” risultante da una gravidanza non voluta potrebbe dar luogo a danni derivanti dalla violazione di altri diritti tutelati *per se*⁶¹².

Per quanto concerne la tutela dell’integrità fisica degli individui, va detto che la *Common law* prevede molti rimedi per i soggetti lesi, e la gravidanza, con tutto ciò che ne consegue, implica sia delle vere e proprie lesioni sia delle limitazioni dell’autonomia della madre, come Lady Hale aveva già messo in evidenza⁶¹³.

mantenimento di un bambino nato a seguito di una sterilizzazione non riuscita. A pag. 498 si legge: “*No one has suggested that a child should be viewed on analogy with some sort of physical injury. But the Doirons were not asking for compensation for the child. They sought compensation for the cost of raising it [...]. Nor could it be seriously suggested that it is repugnant to public sentiment for a Court to award damages to a parent for the birth of a child. No court would be moved by the argument coming from a putative father that he should not provide financial support [...] on the grounds that he has bestowed on the mother a priceless blessing. Public policy has expressed itself in statutes which allow the Courts to provide compensation for the children born as a result of rape*”. A questo proposito, l’autore cita, a sostegno della sua tesi, il *Compensation for Victims of Crime Act, S.O. 1971, c. 51, s. 7 (1) (e)*, ed il caso *Dunn v. Gibson*, (1912) 4 O.W.N., 329 (C.A.). Sia la legge sia il caso stabiliscono che le vittime di violenza carnale possano ottenere il risarcimento delle spese di mantenimento del bambino eventualmente concepito.

⁶¹¹ Cfr. Lady Hale in *Parkinson*, § 89.

⁶¹² “*Clerk and Lindsell on Torts*”, *cit.*, cap. 1.

⁶¹³ Cfr. il citato passo del caso *Parkinson*, ai §§ 63-73. Comunque, ella prendeva anche in considerazione la situazione dei padri al § 93.

Inoltre, l'art. 8 della CEDU, direttamente efficace nel Regno Unito grazie allo *Human Rights Act 1998*, tutela da interferenze dello Stato e dei privati la "vita privata e familiare", la quale potrebbe certamente ricomprendere anche la "pianificazione familiare"⁶¹⁴.

L'adeguatezza della soluzione, consistente nel concedere il risarcimento di una "somma convenzionale" nei casi di *Wrongful Conception*, ha dato luogo a numerose discussioni nella giurisprudenza e nella dottrina inglesi. Infatti, assegnare una somma convenzionale a prescindere dallo stato di salute di genitori e figli ha il vantaggio di prendere atto dell'esistenza di un illecito giuridico che ha causato un danno, anche se la quantità di denaro concessa non è sufficiente per far fronte alle sue conseguenze economiche⁶¹⁵.

Se si segue il ragionamento della maggioranza della *House of Lords* in *Rees*, viene evitato il problema di distinguere - trattando diversamente - le situazioni dei genitori di bambini disabili e quelle di genitori di bambini sani in una difficile situazione socio-economica, nonché il rischio di dar luogo a potenziali "ingiustizie"⁶¹⁶. Tutte queste circostanze vengono considerate come eventi con lo stesso impatto negativo nella famiglia in cui sussistono, senza distinzioni. Potrebbe infatti sembrare ingiusto accogliere le richieste risarcitorie di famiglie con un certo tipo di disagio e di rigettare quelle che ne hanno uno diverso. Inoltre, nessun tipo di indagine, relativa alla ragione per cui la sterilizzazione è stata fatta, è necessaria⁶¹⁷.

Se venissero operate distinzioni, potrebbe seguirne che il risarcimento debba essere proporzionale al fallimento dello scopo per cui la sterilizzazione era stata fatta. Ad esempio, nel caso di genitori portatori di handicap, lo scopo della sterilizzazione è chiaramente quello di impedire che il paziente si trovi a doversi

⁶¹⁴ Si veda il ragionamento della maggioranza dei giudici nel caso *Rees* dinanzi alla *House of Lords* (ad es. Lord Bingham al § 8, anche se nessun riferimento specifico veniva fatto allo *Human Rights Act 1998*).

⁶¹⁵ *Rees*, per Lord Bingham, § 8.

⁶¹⁶ Waller LJ in *Rees* in grado di Appello.

⁶¹⁷ Lady Hale in *Parkinson* operava invece una tale "indagine", § 92.

prendere cura di un figlio, poiché non è in grado di svolgere adeguatamente tale compito.

Nel caso di una famiglia in precarie condizioni economiche, lo scopo potrebbe essere quello di evitare di avere “un'altra bocca da sfamare”.

In altre circostanze lo scopo della sterilizzazione potrebbe essere, al limite, anche quello di non correre il rischio di avere figli handicappati.

Una simile indagine sulle ragioni e i fini della sterilizzazione potrebbe essere difficile, invece trattare tutti i casi in modo uguale, garantendo a tutti la stessa cifra, risparmia alle Corti l'incombenza di fare distinzioni “oltraggiose” e compiere difficili bilanciamenti di interessi, oltre che di calcolare l'ammontare dei danni. Quest'ultima operazione, in particolare, potrebbe portare a ulteriori problemi, poiché ne potrebbe derivare che, a seconda delle situazioni, l'attore vada risarcito con somme diverse. Ne conseguirebbe la creazione di una sorta di “graduatoria” delle diverse “circostanze” in cui si ha una *Wrongful Conception*, desumibile dal *quantum* dei risarcimenti. In altre parole si arriverebbe a stabilire che certe “situazioni” sono peggiori di altre, senza basarsi su criteri oggettivi. Ad esempio, potrebbe avvenire che i genitori sani di un figlio handicappato ricevano un risarcimento maggiore di quelli economicamente disagiati di un figlio sano, cosa che potrebbe essere vista come un'ingiustizia da questi ultimi.

D'altra parte però, alcuni giudici ed autori⁶¹⁸ ritengono che vi debba perlomeno essere una distinzione tra il caso in cui il bambino sia sano e quello in cui, invece, nasca malato, perché vi sono evidenti ed incontestabili differenze in queste due situazioni. Come ha affermato Alastair Maclean, tutte queste peculiarità vengono trascurate se si adotta l'impostazione della maggioranza della *House of Lords* nel caso *Rees*, per cui il complicato “nodo gordiano” della *Wrongful Conception* viene “tagliato” dall'approccio “alessandrino” consistente nel concedere la stessa somma convenzionale in tutti questi diversi casi⁶¹⁹.

⁶¹⁸ Cfr. Lord Steyn, la minoranza in *Rees*, Lady Hale in *Parkinson*, R.D. Denyer, *op. cit.*, e J.K. Mason, *op. cit.*

⁶¹⁹ *Ibid.*

In conclusione, va osservato che dottrina e giurisprudenza hanno sempre evitato accuratamente di assumere che la vita sia un danno (anche se è stato detto con chiarezza che non è sempre una benedizione), oppure che la vita di un disabile valga meno di una sana. Anche se i costi di mantenimento di un bambino fossero considerati recuperabili, vi sono argomenti per sostenere che ciò non contrasta necessariamente con il principio della sacralità della vita umana. Per cui, se non si vuole concedere il risarcimento, tale scelta andrebbe basata su motivi strettamente giuridici, piuttosto che di politica del diritto⁶²⁰.

5. Verso l'affermazione di un tort of autonomy?

Le Corti hanno identificato tre diverse poste di danno nei casi di *Wrongful Conception*:

- 1) “*general damages*” per lo “stress, dolore e sofferenza” della madre⁶²¹;
- 2) nel caso in cui il bambino “non programmato” sia handicappato, i costi correlati alle spese straordinarie derivanti dall’handicap sembrano essere recuperabili sulla base della “giustizia distributiva”⁶²²;
- 3) la violazione del diritto di decidere la dimensione della propria famiglia⁶²³.

La terza categoria sembra che permetta la risarcibilità della lesione del diritto all’autodeterminazione che, come si è visto, pare farsi strada nella *Common Law* inglese⁶²⁴. L’affermazione di questo diritto appare ancora di incerta portata ed

⁶²⁰ J.E. Bickenbach, *op.cit.*

⁶²¹ *Mcfarlane, Parkinson e Rees.*

⁶²² Cfr. *Parkinson*. Tuttavia, non è chiaro se la *House of Lords* in *Rees* abbia abrogato *Parkinson*. Infatti, tale Corte non ha mai preso in considerazione il caso di un bambino indesiderato ma sano. Gli argomenti della maggioranza in *Rees* escludevano qualsiasi risarcimento soddisfacente di tali spese, anche se i dibattiti suscitati da questa decisione sono destinati a proseguire in futuro.

⁶²³ Così la maggioranza in *Rees*. Tuttavia, per le ragioni descritte nella nota precedente, è possibile che la *House of Lords* in una diversa composizione riveda questa decisione.

⁶²⁴ Ad es. *Chester v. Afshar*, vedi sotto.

incoerente, e non sembra sia stata ancora definita una sua sistematica collocazione nella *law of torts*. L'art. 8 della CEDU pare stia svolgendo un ruolo chiave sviluppo di questo “nuovo” diritto⁶²⁵, anche se le Corti vi fanno riferimento solo sporadicamente.

Preme però sottolineare l'importanza del fatto che le sentenze in materia di consenso informato, rifiuto dei trattamenti sanitari e di *wrongful conception* riconoscono l'esistenza di un diritto all'autodeterminazione, a prescindere dal *quantum* del risarcimento, spesso solo simbolico. L'aspetto incoerente risiede nel fatto che talora il soggetto leso ha ricevuto ristoro per tutti i danni conseguenti alla lesione del diritto; in altri casi, al contrario, si sono ricevuti solo risarcimenti simbolici.

Ad esempio, nel caso *Chester v. Afshar*, che si è visto nel capitolo che precede, la paziente non debitamente avvertita dell'esistenza di un remotissimo rischio di paralisi comportato da un intervento chirurgico, al quale si sarebbe sottoposta anche se fosse stata informata correttamente, è stata risarcita di tutti i danni conseguenti dalla lesione della sua autonomia. Viceversa, nel caso di rifiuto di cure da parte del paziente terminale o da parte della partoriente sono stati concessi risarcimenti solo simbolici. Lo stesso pare avvenga anche nel caso di *Wrongful Conception*, in quanto il risarcimento consiste in una somma forfettaria, anche se permangono incertezze nel caso in cui il bambino “non programmato” sia disabile.

Comunque si orienterà la giurisprudenza, appare sempre più importante la scelta individuale, che ciascuno effettuerà sulla base dei propri valori e della propria personalità e su cui i giudici non dovranno esprimere valutazioni. Oggi sta ricevendo una crescente tutela tutto ciò che attiene a quanto di più intimo esista: le decisioni circa gli interventi sul proprio il corpo, sulla sessualità, sulle scelte esistenziali e sulla procreazione.

⁶²⁵ Tuttavia, non vi si fa sempre esplicito riferimento nelle motivazioni delle sentenze. Cfr. Lord Millet in *Rees*, al § 123: “*an important aspect of personal autonomy, viz the right to decide the size of their family*”.

CAPITOLO 6. La disciplina della fecondazione assistita nell'ordinamento italiano: verso una graduale affermazione giurisprudenziale di un diritto della donna alla sovranità sul proprio corpo?

1. Introduzione

La Legge del 18 febbraio 2004, n°40, intitolata “*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*”, ha colmato un’annosa lacuna normativa del nostro ordinamento. L’utilizzo delle tecniche di fecondazione assistita solleva infatti questioni etiche e giuridiche di notevole rilevanza in quanto, grazie ai progressi della medicina, è divenuto possibile controllare ed intervenire sui processi biologici da cui dipende l’inizio della vita umana, determinando uno sconvolgimento dei paradigmi naturali fino ad oggi considerati immutabili.

Ad esempio, allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, è possibile creare un embrione *in vitro* ed impiantarli nell’utero di una donna diversa dalla madre genetica, nonché conoscerne alcune caratteristiche del DNA prima dell’impianto, in particolare il sesso e la presenza di determinate patologie congenite; è altresì possibile crioconservarlo per un periodo che, ad oggi, può arrivare fino a dieci anni dalla sua formazione e successivamente procedere al suo trasferimento *in utero* (magari dopo la morte di uno o di entrambi i genitori). Infine, gli embrioni creati *in vitro*, che non abbiano superato il quattordicesimo giorno di sviluppo, sono fonti di cellule staminali, considerate una preziosissima risorsa per la ricerca scientifica, il cui prelievo implica però la distruzione dell’embrione stesso. Nei prossimi decenni, sarà forse possibile intervenire anche sul genoma dei gameti o dell’embrione, in modo da modificarlo, oppure creare individui il cui patrimonio genetico sia identico a quello di altri, deceduti o viventi (c.d. clonazione “riproduttiva”), o produrre dei veri e propri organi “di ricambio” per chi abbia la

necessità di effettuare un trapianto, evitando così il rischio del rigetto (c.d. clonazione “terapeutica”).

Attualmente la fecondazione assistita viene utilizzata soprattutto per risolvere i problemi legati alle difficoltà di concepire. Si distinguono le tecniche “omologhe”, che si servono dei gameti provenienti dalla coppia che poi allevierà il bambino, dalle tecniche “eterologhe”, che presuppongono il ricorso a gameti provenienti da donatori. Inoltre, qualora una coppia sia in grado di fornire i gameti, ma non di portare avanti una gravidanza (come avviene, ad esempio, in caso di presenza di patologie del *partner* femminile, oppure nel caso di omosessuali o transessuali) è possibile ricorrere ad una “madre surrogata” che si “sostituisca” a quella biologica per tutta la gestazione, per poi “restituire” il neonato ai committenti.

Si ricorre alla fecondazione assistita anche per evitare la trasmissione di patologie congenite al nascituro, attraverso la c.d. “diagnosi pre-impianto delle anomalie genetiche” ed il conseguente trasferimento *in utero* dei soli embrioni sani, con la “soppressione” di quelli malati. Nella maggior parte dei casi, le scarse probabilità di dare inizio ad una gravidanza al primo tentativo, unitamente all’invasività ed alla pericolosità per la salute della donna delle tecniche di fecondazione assistita, soprattutto a causa degli alti dosaggi ormonali che le vengono somministrati per produrre più ovuli, portano alla creazione di un numero di embrioni molto superiore a quelli destinati all’impianto, cosicché quelli “soprannumerari” finiscono per non essere mai impiantati.

Le categorie giuridiche esistenti si rivelano inadeguate ad affrontare le problematiche, spesso inedite, determinate dal progresso della medicina e della biologia, rendendo indispensabile l’intervento del legislatore.⁶²⁶.

⁶²⁶ Tale esigenza è particolarmente sentita in riferimento ad almeno tre ordini di questioni. *In primis*, si avverte il bisogno di definire con chiarezza il quadro normativo relativo allo *status* giuridico del nascituro ed alla tutela della vita nascente, analogamente a quanto avviene in materia di aborto, soprattutto laddove le tecniche di fecondazione assistita comportino la distruzione dell’embrione oppure il suo utilizzo a scopi di ricerca scientifica. In secondo luogo, il venir meno della “casualità” del patrimonio genetico del nascituro (dovuta oggi alla selezione degli embrioni

Negli altri Paesi dell'Europa occidentale si era provveduto a regolamentare la fecondazione assistita in via legislativa già dalla fine degli anni Ottanta⁶²⁷.

In Italia, invece, le divergenze ideologiche tra le forze politiche rappresentate in Parlamento avevano ostacolato l'approvazione di una Legge. Per questa ragione, molti aspetti della fecondazione assistita restavano nell'area dell'irrilevante giuridico e non era infrequente che coloro i quali volessero aggirare i divieti previsti nella legislazione dei loro Paesi venissero nel nostro, grazie alla totale assenza di disposizioni positive in materia.

La giurisprudenza si era trovata talvolta ad intervenire su singole questioni e aveva sancito, fra l'altro, la nullità del contratto di maternità surrogata ed il divieto di disconoscimento della paternità nel caso di fecondazione eterologa⁶²⁸. Si sentiva però l'esigenza di una disciplina coerente ed esaustiva in questo ambito.

L'approvazione di una legge era resa ancor più pressante dal fatto che, a livello internazionale, fossero già presenti delle norme al riguardo, sia pure molto generali, e che fosse pertanto necessario darvi attuazione nell'ordinamento interno⁶²⁹.

aventi determinate caratteristiche e, in un futuro prossimo, anche alle manipolazioni del genoma umano) solleva interrogativi etici assai complessi riguardo alla possibilità di perseguire finalità "eugenetiche" creando bambini "su misura", da cui la necessità di stabilire se il diritto debba porre dei limiti alla libertà di intervento. Infine, la tradizionale disciplina della filiazione risulta insufficiente di fronte alle nuove forme di genitorialità che l'utilizzo delle tecniche di fecondazione assistita rendono possibile: si pensi alla maternità surrogata o alla fecondazione eterologa.

⁶²⁷ Risalgono al 1990 lo *Human Fertilisation and Embriology Act* inglese e lo *Embryonenschutzgesetz* tedesco, al 1997 la disciplina danese, al 1988 la prima legge spagnola (Ley 35/1988) ed al 1994 la legge francese (Loi 29 juillet 1994).

⁶²⁸ Cfr. in tema di nullità del contratto di maternità surrogata, Tribunale di Monza, 27/10/1989, in NGCC, I, 1990, pag. 337; Tribunale di Roma, Ordinanza del 17 Febbraio del 2000, in *Famiglia e Diritto*, n°2/2000, pag. 151 (sulla nullità del contratto di maternità surrogata). Sul tema della paternità del figlio bambino nato a seguito di fecondazione eterologa, cfr. Corte Costituzionale, sentenza n°347 del 26/09/1998 e Cassazione, Sezione I civile, 16 marzo 1999 n. 2315

⁶²⁹ Le principali fonti internazionali in materia sono la Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo del 1950, la Convenzione europea sui Diritti dell'Uomo e la Biomedicina, c.d. convenzione di Oviedo, promossa dal Consiglio di Europa firmata nel 1997 ed entrata in vigore nel 1999 e la Dichiarazione sul Genoma Umano dell'UNESCO del 1997

Risulta quindi evidente che l'intervento del legislatore in materia era diventato ormai ineludibile.

Dopo un lungo ed aspro dibattito è stata approvata la L. 40/2004, frutto di una scelta ideologica ben precisa operata dal legislatore, molto restrittiva nei confronti della Procreazione Medicalmente Assistita (la cosiddetta PMA), che ha suscitato numerose critiche da parte di tutti coloro che non si riconoscono nei valori ad essa sottesi.

La Legge 40/2004 riflette l'ideologia cattolica dei suoi promotori ed ha come obiettivo primario la tutela del diritto alla vita. Gli aspetti più controversi della nuova disciplina riguardano le questioni legate alla grande tutela garantita agli embrioni con la conseguente compressione dell'autodeterminazione della donna. Gli oppositori della Legge hanno evidenziato come essa presenti numerosi profili di dubbia costituzionalità e che sia altresì foriera di intrinseche ed insanabili contraddizioni.

Come si vedrà, tali criticità sono state rilevate anche da una grossa parte della giurisprudenza di merito, la quale è spesso ricorsa a interpretazioni "costituzionalmente orientate" della legge, tentando di risolverne le aporie nonché le incongruenze coi principi costituzionali in materia di interruzione di gravidanza elaborati dalla Consulta. Inoltre, recentemente, anche il Giudice delle Leggi è intervenuto in materia, confermando la fondatezza delle riserve avanzate da più parti circa la conformità di alcune delle disposizioni della Legge alla Carta fondamentale e dichiarandola perciò parzialmente incostituzionale. Sebbene la Corte abbia motivato la propria decisione in materia piuttosto "ermetica", lasciando aperte alcune questioni⁶³⁰, probabilmente per non esporsi a eccessive critiche in un momento di scontro politico-ideologico particolarmente violento⁶³¹, si deve tuttavia sottolineare come essa abbia confermato l'esistenza di un diritto alla salute psico-fisica della donna, inteso in senso molto ampio, che prevale

⁶³⁰ Cfr. *infra*, in questo capitolo

⁶³¹ La sentenza n° 151/2009 risale infatti al 1 aprile, ossia circa due mesi dopo le polemiche relative al "caso Englaro". A questo proposito, si ricorda che Eluana Englaro è deceduta il giorno 9 febbraio 2009.

rispetto al diritto alla vita dell’embrione. **La tutela di tale diritto è il veicolo attraverso il quale si consente alla donna di mantenere la sovranità sul proprio corpo. Il fatto che La Consulta abbia ribadito il proprio orientamento, nonostante la delicatezza del momento politico, è senza dubbio di estrema rilevanza.**

2. Presentazione della legge

Dal punto di vista politico-ideologico, la disposizione normativa più significativa della Legge 40 è sicuramente l’art. 1 che recita: “[la legge]...assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito”. Sebbene la Consulta abbia affermato che tale disposizione ha una valenza programmatica, essa è senza dubbio emblematica di quella che è l’intenzione del legislatore: tutelare ad ogni costo il concepito, considerato “soggetto” di diritto⁶³².

Tale tutela appare fondata sul principio secondo cui non ci si debba discostare da ciò che avviene in natura (c.d. “*imitatio naturae*”), perciò vengono proibiti non solo gli interventi medici sugli embrioni volti alla predeterminazione delle loro caratteristiche genetiche (ad esempio, non è ammessa la selezione degli embrioni sulla base delle caratteristiche genetiche, la modifica di tali caratteristiche – salvo quando vengano perseguite finalità terapeutiche - oppure la clonazione), ma anche quelli mirati a creare gravidanze che non rispondano ai paradigmi naturali legati alla riproduzione (come, ad esempio, il fatto che la donna che porta in grembo il bambino ne sia anche la madre biologica e il divieto di fecondazione *post-mortem*, o il fatto che i genitori debbano essere una coppia eterosessuale in età fertile)⁶³³.

⁶³² Corte Costituzionale, Sentenza n° 48 del 28/01/2005

⁶³³ La presunzione che ciò che avviene in natura sia di per se stesso preferibile a ciò che è stato creato “artificialmente” sembra pervadere l’intero spirito della Legge 40, tanto che essa esprime un disvalore nei confronti della pratica della fecondazione medicalmente assistita in sé, incoraggiando

In secondo luogo, il legislatore tenta di promuovere un ben preciso modello di famiglia, proprio per garantire al minore la possibilità di nascere in un contesto “ideale” al suo sviluppo psico-fisico (ossia in un nucleo familiare bi-parentale ed eterosessuale in cui esista anche un legame biologico tra genitori e figli) ⁶³⁴. In altre parole, si vuole evitare la creazione di modelli di filiazione o di famiglia diversi da quelli “naturali” e, al contempo, si vuole impedire che le tecniche di fecondazione assistita vengano utilizzate per compiere operazioni di tipo “eugenetico”, sia attraverso la limitazione della possibilità di ricorrere alla diagnosi pre-impianto di eventuali patologie (e la conseguente distruzione degli embrioni “malformati”), sia attraverso la sostituzione dei geni che presentino delle alterazioni con geni “sani”.

La scelta di campo compiuta dal legislatore è, dunque, quella di limitare il potenziale della scienza, evitando che essa si discosti eccessivamente da ciò che viene considerato “naturale”, in nome della tutela della vita e della dignità umana, perché si ritiene che solo così la persona sia sempre un fine e non un mezzo.

Il concetto di dignità umana, però, è piuttosto sfuggente e spesso non viene adeguatamente definito ⁶³⁵.

piuttosto il ricorso all'adozione. Cfr Roberto Bin, *Sussidiarietà Privacy e Libertà della Scienza: Profili costituzionali della procreazione assistita*, in Emilia Camassa, Carlo Casonato (a cura di), *La Procreazione Medicalmente Assistita: ombre e luci*, Università degli Studi di Trento, Trento 2005, pag. 41, a pag. 50.

⁶³⁴ Al fine di raggiungere questo obiettivo, l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita viene sottoposto a notevoli limitazioni e consentito solo ai soggetti (*rectius* alle **coppie**) che costituiscono un nucleo familiare corrispondente ai canoni sui quali il legislatore ha forgiato la legge in esame. Tale modello è rappresentato da una coppia eterosessuale in età potenzialmente fertile, coniugata o convivente, in cui entrambi i genitori siano vivi e maggiorenni (art. 5). Il divieto di fecondazione eterologa (art. 4.3) impone anche un legame biologico.

⁶³⁵ L'impostazione seguita dal legislatore italiano rientra nella tipologia definita dal giurista e bioeticista inglese Roger Brownsword come “dignitarista”. Esso è caratterizzato dalla volontà di limitare il campo degli interventi consentiti sull'embrione, in nome della tutela della dignità della persona umana (intendendo la dignità come un valore intrinseco a tutti gli esseri umani, inviolabile ed indisponibile anche ai singoli individui che ne sono “titolari”). Tale approccio, i cui sostenitori muovono spesso da premesse filosofiche e morali di stampo kantiano o cattolico, si contrappone a

Nella maggior parte dei Paesi in cui è consentita la fecondazione medicalmente assistita, (cosa che avveniva anche in Italia prima dell'approvazione della L. 40/2004), al fine di aumentare le probabilità che la FIVET avesse successo ed evitare di sottoporre la donna ad eccessivi cicli di stimolazione ovarica, era prassi frequente creare il numero più alto possibile di embrioni, di cui solo uno veniva effettivamente impiantato nell'utero. Gli altri, congelati, potevano essere utilizzati successivamente: infatti, la fase dell'impianto richiede in molti casi più di un tentativo, poiché le probabilità di riuscita sono piuttosto basse. Gli embrioni non utilizzati sono spesso destinati alla ricerca, oppure distrutti.

Con la L. 40 in Italia questo non è più possibile; essa vieta, all'art. 14, comma 2, che vengano creati più di tre embrioni ed impone di impiantarli tutti, perché non vadano distrutti oppure se ne facciano usi illeciti⁶³⁶.⁶³⁷

quello "utilitarista", secondo cui tutto è ammesso per far sì che i nuovi nati abbiano caratteristiche genetiche il più possibile "favorevoli", e a quello "fondato sui diritti umani", secondo cui la scienza dovrebbe subire solo quelle limitazioni necessarie ad evitare che vengano lesi i diritti fondamentali dell'individuo. Cfr. Roger Brownsword, "Stem Cells and cloning: Where the regulatory consensus fails", 39 *New England Law Review*, 535 pag. 540.

⁶³⁶ E' interessante confrontarla con la Convenzione di Oviedo, che, sebbene proibisca la creazione di un embrione al solo fine di compiere ricerche ed esperimenti, nulla dispone relativamente agli embrioni soprannumerari, consentendo, di fatto, di utilizzarli a scopi scientifici. E' evidente che la normativa internazionale cerca un compromesso tra la possibilità di effettuare ricerche biomediche e la tutela della dignità umana, per evitare, almeno in linea di principio, che l'essere umano sia un mezzo e non un fine. La Legge 40 risulta chiaramente più restrittiva ed esprime una presa di posizione molto più netta e decisa a favore della tutela dell'embrione.

⁶³⁷ La Legge sancisce anche il divieto di modificare il patrimonio genetico dell'embrione, evitando pratiche eugenetiche, nonché l'alterazione o la predeterminazione delle sue caratteristiche (art. 13.3, lettera b)), salvo quelle previsti al comma 2 (su cui si tornerà *infra*), la clonazione nonché la creazione di embrioni in cui vengano usati gameti umani e gameti di altre specie, nonché la creazione di "ibridi o chimere". La violazione dei divieti di cui al comma 1 è punita con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro, ed è aumentata per gli illeciti di cui al comma 3; in tal caso, il giudice non può ritenere le eventuali circostanze attenuanti come "equivalenti o prevalenti" (art. 13.4). Infine, il comma 5 dispone la sospensione da uno a tre anni "dell'esercente una professione sanitaria condannato per gli illeciti di cui al presente articolo".

3. Il problema della diagnosi pre-impianto nella L. 40/2004: le contraddizioni tra disposizioni normative, principi costituzionali e ratio legis della Legge 40

E' necessario precisare che, prima dell'entrata in vigore della L. 40/2004, la PMA veniva spesso utilizzata dai portatori di malattie genetiche (in particolare la talassemia mediterranea, diagnosticabile già nell'embrione) per evitare di trasmetterle alla prole. Si produceva perciò un numero piuttosto alto di embrioni, dei quali solo uno, selezionato tra quelli sani, veniva impiantato.

La Legge 40 vieta quest'uso delle tecniche di fecondazione assistita perché le consente solamente ai soggetti sterili⁶³⁸, escludendo coloro che sono fertili ma affetti da malattie genetiche e ricorrono alla PMA solo al fine di selezionare embrioni "sani". Nella sua formulazione originale⁶³⁹, la L. 40/2004 non consentiva di produrre più di tre embrioni, i quali dovevano essere impiantati tutti contemporaneamente⁶⁴⁰. E' prevista, tuttavia, la possibilità di effettuare interventi ed analisi sull'embrione a fini di "ricerca clinica e sperimentale", ma solo quando persegua "*finalità diagnostiche o terapeutiche*" a vantaggio dell'embrione medesimo, e "*qualora non siano disponibili metodologie alternative*"⁶⁴¹.

Tale affermazione è senza dubbio ambigua, in quanto non è chiaro cosa significhi "*ricerca clinica e sperimentale*". In particolare, non si capisce se sia lecita la c.d. "diagnosi pre-impianto", che consiste nella effettuazione di *test* volti a rilevare malattie genetiche dell'embrione e, nella prassi, viene spesso utilizzata per evitare di impiantare quelli il cui DNA presenti anomalie oppure non abbia le caratteristiche desiderate. Questa pratica è stata tacciata di finalità eugenetiche dai

⁶³⁸ Art. 4.1

⁶³⁹ La disposizione in esame, come anticipato, è stata censurata dalla Consulta

⁶⁴⁰ Art. 14.3

⁶⁴¹ Art. 13.2

sostenitori della Legge, che ne auspicano un radicale divieto e propongono quindi un' interpretazione in tal senso della disposizione in esame⁶⁴².

Per chiarire quali siano i punti critici della Legge, sarà necessario riflettere su alcune disposizioni previste a tutela dell'embrione.

3.a. Norme che vietano o prevencono la soppressione degli embrioni

L'art. 14, significativamente rubricato "*Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni*", prevede, nei primi cinque commi, una serie di obblighi e divieti, la cui violazione dà luogo a responsabilità penale ed è sanzionata con la reclusione fino a tre anni, la multa da 50.000 a 150.000 euro nonché la sospensione dalla professione per gli esercenti professioni sanitarie.

Al comma 1, esiste un divieto di crioconservare e sopprimere gli embrioni, "*fermo restando da quanto previsto dalla Legge 22 maggio 1978, n. 194*".

Secondo alcuni autori⁶⁴³, senza l'esplicito riferimento alla Legge sull'interruzione della gravidanza, sarebbe stato vietato ricorrere all'aborto nelle gravidanze ottenute tramite fecondazione assistita, poiché esse sarebbero state il frutto di una decisione ponderata, alla quale consegue un'assunzione di responsabilità che non ammetterebbe ripensamenti.

Parte della giurisprudenza⁶⁴⁴, invece, tenendo conto dei principi elaborati dalla Corte costituzionale in materia di aborto, ha interpretato in maniera diversa tale disposizione, ritenendo che, comunque, al ricorrere dei presupposti

⁶⁴² Come si vedrà, la dottrina e la giurisprudenza hanno proposto interpretazioni contrastanti di tale norma, che è una delle più controverse, la cui portata deve comunque essere letta anche alla luce delle norme contenute nel resto della legge, in particolare dell'art. 14 (soprattutto con riferimento al comma 5), oltre che alla luce delle Linee Guida ministeriali.

⁶⁴³ Antonino Scalisi, "*Lo statuto giuridico dell'embrione umana alla luce della L. 40/2004 in tema di procreazione medicalmente assistita*", in *Famiglia e Diritto*, n.2/2005, p. 203 e ss., alle pagg. 216-217

⁶⁴⁴ Cfr. *infra*, Tribunale di Cagliari, Sent. 24 Settembre 2007, e Tribunale di Firenze, 17 Dicembre 2007

dell'interruzione volontaria della gravidanza, sia possibile non procedere all'impianto degli embrioni.

Nella versione originaria del secondo comma dell'art. 14, oggi modificato per effetto della sentenza della Corte costituzionale n° 151/2009⁶⁴⁵, si faceva divieto di produrre un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un "unico e contemporaneo impianto", e comunque non superiore a tre; inoltre, prima della predetta sentenza della Consulta, il terzo comma, prevedeva che la crioconservazione degli embrioni fosse ammessa solo in presenza di cause di forza maggiore relative allo stato di salute della donna non prevedibili al momento della fecondazione, fermo restando che essi dovessero essere comunque impiantati "non appena possibile"⁶⁴⁶.

La L. 40, in altre parole, imponeva che gli embrioni, una volta formati, venissero tutti impiantati o, se ciò non era consentito dallo stato di salute della donna, dovessero essere crioconservati fino al momento in cui l'impianto diventava possibile. Si cerca quindi di evitare la creazione di embrioni soprannumerari.

Le Linee Guida emanate ai sensi dell'art. 7 della Legge⁶⁴⁷ dispongono che, l'embrione non impiantato deve essere coltivato "*fino al suo estinguersi*". Non può essere soppresso né, tantomeno, destinato alla ricerca. Va tuttavia precisato che l'impianto degli embrioni non può essere coattivamente imposto per quanto, una volta formati, il consenso al loro impianto (almeno in teoria) non può più essere revocato⁶⁴⁸. Si tratta, quindi, di un obbligo incoercibile, paradosso logico prima ancora che giuridico.

⁶⁴⁵ Cfr. *infra*

⁶⁴⁶ Il comma quarto vieta altresì la riduzione embrionaria di gravidanze plurime, salvo nei casi previsti dalla Legge 194/1978.

⁶⁴⁷ DM 21 Luglio 2004, modificato con DM del 9 Aprile 2008, pubblicato in GU il 30 Aprile 2008.

⁶⁴⁸ Art. 6, comma 3

3.b. Diagnosi pre-impianto: le ambiguità della Legge.

Come accennato, al comma 5 dell'art. 14 vi è una disposizione piuttosto ambigua, se letta congiuntamente all'art. 13, poiché, di fatto, ammetterebbe la possibilità di ricorrere alla diagnosi pre-impianto. La coppia, se lo richiede, ha diritto infatti di essere informata “*sul numero e sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero*”. Sembrerebbe che, per volontà dei futuri genitori, fossero consentiti quegli esami volti a individuare eventuali anomalie negli embrioni. Questa disposizione appare in contrasto, però, con quella dell'art. 13.2, in cui gli interventi di tipo diagnostico o terapeutico sull'embrione medesimo vengono permessi solo quando siano finalizzati “*alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso...*”. La Legge pone dunque dei limiti all'effettuazione di *test* diagnostici, e questo ha dato adito a interpretazioni divergenti.

Alcuni studiosi intendono la “diagnosi pre-impianto” come la possibilità di effettuare esami sull'embrione al fine di eliminare quelli malati ed impiantare solo quelli sani; altri definiscono invece “diagnosi preconcezionale” (che può consentire anche il prelevamento di cellule embrionali) o “osservazione non invasiva dell'embrione” (consistente nella mera osservazione al microscopio) quei *test* diagnostici volti semplicemente a scoprire le tare genetiche, senza però sopprimere l'embrione, anche se difettoso. Secondo tale impostazione, la L. 40 consentirebbe solo questi ultimi due tipi di esami, ma non il primo⁶⁴⁹. Sarebbe altresì lecito intervenire per la “correzione di anomalie genetiche di sviluppo dell'embrione in vitro”⁶⁵⁰.

Al di là delle definizioni terminologiche, bisogna capire che cosa succede in realtà nel caso in cui gli esami “preconcezionali” rivelino l'esistenza di gravi patologie.

⁶⁴⁹ Carlo Casini, Marina Casini, Maria Luisa Di Pietro, *La legge 19 febbraio 2004 n°40. Commentario*, Giappichelli, Torino 2004, pagg. 205-206

⁶⁵⁰ Carlo Casini, Marina Casini, Maria Luisa Di Pietro, *op. cit.*, pag. 210

L'intento del legislatore è stato quello di impedire che si abusasse della possibilità di effettuare esami diagnostici al fine di porre in essere pratiche eugenetiche, evitando l'impianto degli embrioni non rispondenti a determinate caratteristiche. Del resto, che questa sia la *ratio* della legge appare evidente anche dal fatto che alla PMA possono accedere solamente coppie sterili, e non coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche (art. 4.1). In quest'ottica, la rilevanza della disciplina relativa alla diagnosi sull'embrione risulta chiara, poiché, come si è visto al precedente paragrafo, l'obbligo di impianto non può essere coattivamente imposto: così, la conoscenza di un'eventuale anomalia dell'embrione da parte della coppia potrebbe spingerla a rifiutarne il trasferimento *in utero*⁶⁵¹. Ci si è chiesti se la Legge limitasse la possibilità di effettuare *test* diagnostici, onde evitare che gli embrioni malati venissero scartati, ma il disposto degli art. 13.2 e 14.5, come già evidenziato, permette esami finalizzati all'individuazione di patologie. Addirittura, secondo alcuni autori, la disposizione di cui all'art. 6.4, secondo cui anche il medico a cui la coppia si rivolge per ottenere la PMA può rifiutarsi di procedere all'impianto "*per ragioni di ordine medico-sanitario*", motivando la propria decisione per iscritto, potrebbe essere interpretata nel senso di permettere al medico di non trasferire in utero embrioni affetti da patologie⁶⁵².

Altri studiosi, però, ritengono che tale norma non sia applicabile al caso di malformazioni dell'embrione, poiché l'art. 6 disciplina la procedura di "consenso informato", che precede la PMA, ed in cui la coppia viene informata di tutte le sue implicazioni, per poter scegliere, con cognizione di causa, se sottoporvisi o meno. In questa fase, la fecondazione non è ancora avvenuta ed il rifiuto del medico di procedere alla PMA deve essere motivato da ragioni attinenti alla salute della donna. In altre parole, il medico non potrebbe rifiutare l'impianto, ma solo rifiutare

⁶⁵¹ Riccardo Villani, *La legge sulla procreazione assistita*, Giappichelli, Torino 2005, pag., 201

⁶⁵² *Ibid.*

di iniziare la PMA *tout-court*⁶⁵³. La giurisprudenza più recente ha seguito la prima ricostruzione (vedi *infra*).

Come conciliare, dunque, il divieto di porre in essere pratiche eugenetiche, desumibile sia dall'art. 13.3, sia dallo spirito dell'intera Legge 40, con la possibilità di effettuare i *test* diagnostici di cui agli art. 13.2 e 14.5, che permettono di aggirare in modo relativamente facile (e soprattutto, legale) tale divieto?

Rifiutare l'impianto di un embrione malato è sicuramente un "disvalore" nell'ottica della Legge, ma tale condotta non è sanzionabile. Invece l'operatività del limite alla diagnosi pre-impianto ed alla selezione eugenetica si esplica pienamente con riferimento alle altre caratteristiche dell'individuo. Sono da considerarsi certamente illeciti gli esami volti a determinare i caratteri del nascituro diversi da quelli relativi alla salute (ad esempio il sesso, il colore dei capelli, la statura, la predisposizione alla calvizie o quant'altro) così si evita che la selezione, effettuata attraverso il rifiuto dell'impianto, si fondi anche su altri fattori.

Per ora la contraddizione non si può certo dire risolta, poiché è necessario notare come l'aggettivo "eugenetico" non sia da considerarsi riferito solo a caratteristiche diverse dalla salute. Una simile interpretazione confliggerebbe con la *ratio* della Legge 40 e con la definizione del termine dato dalla Cassazione, pronunciandosi in materia di aborto. La Suprema Corte ha infatti chiarito come, nel nostro ordinamento, qualunque pratica eugenetica sia assolutamente vietata, e tra esse ha esplicitamente incluso l' "aborto eugenetico", ossia l'interruzione di gravidanza mirata all'eliminazione dei feti malformati. A questo riguardo, la Corte ha precisato che la ragione per cui il ricorso all'interruzione volontaria di gravidanza è sottoposta a restrizioni meno rigide nel caso di feto malformato rispetto al caso di feto sano risiede nel maggior pregiudizio che comporterebbe, per la salute della donna, la nascita di un figlio malato; la *ratio* della disciplina, pertanto, non consiste, e non può consistere, alla luce dei principi fondamentali del

⁶⁵³ Carlo Casini, Marina Casini, Maria Luisa Di Pietro, *op. cit.*, pag. 211

nostro ordinamento, nell'eliminazione del nascituro malato in ragione della sua patologia. L'aborto è consentito solo quando il diritto alla salute ed all'integrità psico-fisica della donna siano considerati prevalenti rispetto a quelli del nascituro⁶⁵⁴. La Cassazione ha sottolineato che l'eliminazione di chi è portatore di malattie congenite si deve considerare una pratica "eugenetica", per lo meno se il sacrificio della vita nascente non è giustificato dalla tutela di un interesse considerato di maggior rilievo.

Resta allora irrisolto l'*impasse* ermeneutico relativo alla possibilità, per le coppie che si sottopongono alla PMA, di compiere pratiche eugenetiche rifiutando l'impianto di embrioni malformati.

A tal fine, alcuni autori, nonché il Tribunale di Cagliari, il Tribunale di Firenze ed il TAR del Lazio hanno tentato di raccordare la Legge 40/2004 alla disciplina in materia di interruzione volontaria della gravidanza e dei principi consolidatisi, in oltre un trentennio, in questo secondo ambito, e tale strada è stata scelta anche dalla Corte costituzionale⁶⁵⁵.

Tuttavia, la Consulta, intervenendo sul punto, ha lasciato diverse questioni aperte. Come si vedrà, la pronuncia di incostituzionalità riguarda il limite del numero massimo di embrioni producibili nonché il fatto che il loro impianto non può mai essere effettuato se reca pregiudizio per la salute della donna.

3.c. Il coordinamento tra la L.40/2004 e la L. 194/1978 con riferimento alla possibilità di non impiantare gli embrioni malformati.

La L.40/2004 fa riferimento, a più riprese, alla L. 194/1978, facendone salva la disciplina. I richiami alla L. 194 sono presenti ai commi 1 e 4 dell'art. 14. Il

⁶⁵⁴Cassazione, sez. III Civ., Sentenza n° 14488 del 29/07/2004, disponibile in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=2391> (in data 21/11/2009)

⁶⁵⁵ Cfr. *Infra*, Cap. 3

primo vieta la crioconservazione e la soppressione degli embrioni, “*fermo restando quanto previsto dalla L. 22 maggio 1978, n°194*”; il secondo, invece, vieta che si possa porre in essere una riduzione embrionaria di gravidanze plurime, “*salvo quanto previsto dalla L. 22 maggio 1978, n°194*”.

Il coordinamento tra le due leggi, però, non è stato regolato in maniera puntuale dal legislatore. Non è chiaro se le disposizioni relative alla possibilità di interrompere la gravidanza in determinate circostanze possano essere interpretate estensivamente ed applicate anche alla fecondazione assistita, permettendo quindi di non iniziare una gravidanza se il benessere psico-fisico della donna ne venisse compromesso, anche alla luce dello stato di salute del feto. Se così fosse, nel caso in cui la diagnosi rivelasse delle anomalie genetiche e sussistessero i requisiti di cui agli artt. 4 e 6 della L. 194/1978, sarebbe legittimo rifiutare l’impianto dell’embrione.

Tale ricostruzione sembra aggirare le problematiche relative all’eugenetica, poiché il rifiuto di impiantare gli embrioni verrebbe consentito in quanto esistono interessi legati alla salute “*di chi è già persona*”, prevalenti su quelli del nascituro che persona “*deve ancora diventare*”⁶⁵⁶. Come si vedrà nei paragrafi successivi, in tal senso si è pronunciata una parte della giurisprudenza di merito⁶⁵⁷.

Altri, invece, ritengono che la Legge 194 si riferisca unicamente all’interruzione di gravidanza e non possa essere applicata prima che la gestazione inizi⁶⁵⁸. Seguendo quest’ultima impostazione, però, si arriva all’assurdità di rendere obbligatorio l’impianto dell’embrione, il quale potrà essere successivamente abortito, incrementando il rischio per la salute della donna. L’illogicità di una simile scelta è tale che l’obbligo risulta essere, come detto più

⁶⁵⁶ Corte Costituzionale, Sentenza n° 27 del 18 febbraio 1975, disponibile al sito cfr. <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html> (reperita in data 10/02/2010)

⁶⁵⁷ Tribunale di Cagliari Sentenza 24 settembre 2007; il Tribunale di Firenze Ordinanza 17 dicembre 2007; ed il TAR del Lazio sez. III-quater, sent. 398/2008. Tutte le sentenze sono disponibili al sito <http://www.altalex.com/index.php?idnot=35>

⁶⁵⁸ Carlo Casini, Marina Casini, Maria Luisa Di Pietro, *op. cit.*, pag. 235

volte, incoercibile⁶⁵⁹. La forte enfasi della disciplina sul diritto alla vita dell'embrione ha indotto però alcuni autori ad interpretare anche questa disposizione in senso restrittivo, ritenendo che si debba comunque effettuare l'impianto, fatta salva poi la possibilità di ricorrere al c.d. "aborto selettivo"⁶⁶⁰.

Come si vedrà nei paragrafi che seguono, la giurisprudenza di merito, dopo un iniziale favore verso la soluzione più restrittiva, ha radicalmente mutato orientamento, proponendo interpretazioni "costituzionalmente orientate", fino all'intervento della Consulta.

3.d. Divieto di selezionare l'embrione sulla base del patrimonio genetico e giurisprudenza. L'iniziale deferenza verso le scelte legislative: sentenza del Tribunale di Catania e del TAR Lazio

Successivamente all'approvazione della Legge 40, la giurisprudenza ha affrontato numerosi casi di richiesta di diagnosi pre-impianto, rifiutata dai medici o dalle strutture sanitarie ai sensi della Legge in esame.

Il primo caso giurisprudenziale relativo alla Legge 40 è stato sollevato di fronte al Tribunale di Catania.

⁶⁵⁹ Minori problemi ha invece sollevato il divieto di ricorrere alla riduzione embrionaria per gravidanze plurime di cui al comma 4, poiché esso non si limita a far salve le disposizioni della L. 194, ma sembra estenderne l'applicabilità ("...salvo nei casi previsti dalla L. 22 maggio 1978, n°194"). Del resto, in quel caso la *ratio* della L. 40 consiste nella tutela della salute della donna, per cui la riduzione embrionaria è consentita qualora essa venga messa in pericolo. Cfr. Carlo Casini, Marina Casini, Maria Luisa Di Pietro, *op. cit.*, pag. 246, Riccardo Villani, *op. cit.*, pagg. 210-212

⁶⁶⁰ Cfr. Antonio Musio, *Misure di tutela dell'embrione*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, (2004), pag. 205, alle pagg. 219-221

Si trattava di un ricorso ex art. 700 c.p.c, sollevato da una coppia affetta sia da problemi di sterilità sia da una tara genetica (nella specie, si trattava di portatori sani di beta-talassemia)⁶⁶¹.

I ricorrenti evidenziavano il fatto che la L. 194/1978, a loro avviso, dovesse essere interpretata estensivamente, poiché l'impianto di un embrione malato avrebbe potuto determinare un pregiudizio al benessere psico-fisico della donna, dando luogo ad una fattispecie identica a quella prevista dall'art. 4, L. 194/1978⁶⁶². La L. 40/2004 richiama peraltro la L. 194/1978 contestualmente al divieto di sopprimere o crioconservare gli embrioni, nonché a quello di procedere a riduzioni embrionarie⁶⁶³.

La Corte, con Ordinanza del 3 Maggio 2004, dichiarava il ricorso inammissibile. Secondo il giudice (dr. Felice Lima) la possibilità di selezionare per l'impianto solo gli embrioni sani avrebbe costituito una pratica eugenetica, che non rispondeva ad alcun interesse del nascituro ma solo a quello dei genitori di

⁶⁶¹ Prima dell'entrata in vigore della Legge 40, la coppia aveva ripetutamente tentato di avere un figlio sano ricorrendo alla fecondazione in vitro ed alla selezione degli embrioni non affetti da anomalie, senza tuttavia riuscirvi (la donna aveva avuto un aborto spontaneo dell'unico embrione non portatore di beta-talassemia di cui era riuscito il trasferimento *in utero*). Una volta ottenuta la certificazione di infertilità richiesta dall'art. 4, L. 40/2004 per accedere all'utilizzo delle tecniche, la coppia, prima di sottoporsi alle procedure di PMA, modificava il consenso prestato, manifestando la propria intenzione di non accettare l'impianto degli embrioni affetti da malattie genetiche. Il medico rifiutava di procedere e la coppia ricorreva in giudizio per ottenere la fecondazione assistita, limitando l'impianto ai soli embrioni sani.

⁶⁶² Tale norma permette l'interruzione volontaria di gravidanza nei primi novanta giorni in determinate circostanze, fra cui il caso di probabili malformazioni del feto e, secondo l'interpretazione proposta dalla coppia ricorrente, consentirebbe anche di non iniziare una gravidanza impiantando embrioni sui quali è stata diagnosticata una malattia.

⁶⁶³ Si riteneva che la Legge, diversamente interpretata, avrebbe potuto presentare profili di incostituzionalità relativamente agli art. 2, 3 e 32 della Costituzione, in quanto avrebbe messo a repentaglio il diritto alla salute ed alla libertà personale della donna. Del resto, nel caso di specie, la donna era già fisicamente e psicologicamente provata, a causa dei numerosi tentativi falliti di concepire e di portare a termine una gravidanza, ed aveva altresì chiarito di essere intenzionata comunque ad abortire nel caso in cui il feto presentasse anomalie genetiche non precedentemente rilevate. Impiantare un embrione sicuramente malato le avrebbe arrecato ulteriori traumi psicologici, che potevano essere alleviati da un intervento di interruzione di gravidanza (comunque fonte di stress) a sua volta foriero di rischi per la sua salute psico-fisica e per la sua vita. Sembrava dunque irragionevole che la legge imponesse l'impianto per poi consentire l'aborto, laddove la salute della donna e dell'embrione integrassero i requisiti di cui all'art. 4, L. 194/1978 già prima del trasferimento in utero.

avere un figlio conforme alle proprie aspettative. Tale interesse non può essere tutelato nel nostro ordinamento, perché, come sappiamo, la Legge sull'interruzione di gravidanza non permette di ricorrere liberamente all'aborto per il semplice fatto che il nascituro è malformato, ma solo per salvaguardare la salute della gestante. I richiami alla L. 194 hanno per obbiettivo quello di rendere possibile il ricorso alla pratica abortiva anche laddove la gravidanza sia il frutto di una fecondazione assistita, non quello di "anticiparne" l'applicabilità al momento precedente il trasferimento dell'embrione in utero. In assenza di espliciti riferimenti, si dovevano considerare le gravidanze ottenute tramite PMA come frutto di decisioni ponderate, e quindi soggette ad una disciplina più restrittiva dell'aborto volontario rispetto a quelle "naturali". La richiesta dei ricorrenti veniva respinta.

Successivamente alla pronuncia del Tribunale di Catania, la giurisprudenza si è trovata a confrontarsi nuovamente con gli aspetti maggiormente controversi della Legge 40/2004 in occasione di due ricorsi, entrambi intesi all'annullamento delle Linee Guida di cui al D.M. del 21/7/2004, nella formulazione allora vigente⁶⁶⁴.

I ricorsi erano stati promossi da una serie di strutture mediche e di associazioni le quali, in sostanza, ritenevano che la possibilità di avvalersi della fecondazione medicalmente assistita fosse stata sottoposta a restrizioni eccessive da parte della Legge e delle relative Linee Guida. La disciplina venutasi così a creare avrebbe presentato non solo numerose antinomie tra fonti di diverso livello (si lamentava cioè che alcune disposizioni della legge fossero incompatibili con la Costituzione o con la Convenzione di Oviedo e che le Linee Guida fossero indebitamente restrittive rispetto alla Legge stessa), ma anche che la Legge 40 medesima fosse intrinsecamente contraddittoria ed incompleta, dando luogo a notevoli difficoltà ermeneutiche.

⁶⁶⁴ Si ricorda che il testo è stato oggi modificato dal D.M. 9 Aprile 2008. V. *infra*, in questo capitolo

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio⁶⁶⁵ disattendeva i rilievi mossi da parte dei ricorrenti, ritenendo che la nuova disciplina non presentasse né aspetti di illegittimità (costituzionale o di altro tipo) né di coerenza rispetto alla *ratio* alla quale era ispirata.

Andando ad analizzare le argomentazioni della Corte si nota, innanzitutto, come essa abbia ritenuto che l'art. 1, L. 40/2004, tutelando i diritti di tutti i soggetti coinvolti, "...*compreso il concepito*", ed attribuendo dunque a quest'ultimo soggettività giuridica, lo equipari, in realtà, alla persona già nata⁶⁶⁶.

Muovendo da tale assunto il collegio riteneva opportuno interpretare il complesso delle disposizioni della Legge, nonché delle Linee Guida, alla luce della necessità di operare un bilanciamento tra gli interessi del nascituro e quelli dei genitori, e concludeva che la disciplina vigente rappresentasse un ragionevole punto di equilibrio⁶⁶⁷.

Il TAR riteneva, inoltre, che fosse infondata la doglianza relativa alla illegittimità della limitazione delle modalità per effettuare la diagnosi pre-impianto alle sole tecniche "osservazionali", operata dalle Linee Guida, che i ricorrenti ritenevano confliggere col diritto a ricevere informazioni sullo stato di salute dell'embrione di cui all'art. 13 della Legge 40, oltre che con la libertà di ricerca scientifica (la Legge non preclude quelle forme di ricerca che non comportino la soppressione dell'embrione).

⁶⁶⁵ Sez. III-ter, Sentenze 3452/2005 e 4047/2005, *cit.* (le cui motivazioni sono pressoché identiche)

⁶⁶⁶ TAR Lazio, sez. III-ter, 3542/2005: "*L'art. 13 di tale legge, in coerenza con la previsione dell'art. 1 secondo cui il concepito (melius: l'embrione) è un soggetto di diritto al pari delle persone nate...*"

⁶⁶⁷ A questo proposito, la Corte reputava infondata la censura dei ricorrenti secondo cui la mancata definizione del concetto di embrione da parte della Linee Guida, assente anche nella Legge, avrebbe dato luogo ad una violazione del principio di tassatività (i ricorrenti sostenevano che, siccome numerose fattispecie di illecito - anche penale - contenute nella L. 40/2004 si riferiscono proprio al divieto di operare determinati interventi sull'embrione, era necessaria una chiara delimitazione del concetto). Ad avviso del TAR, invece, non compete alla biologia definire quando l'embrione diventa persona (anche perché il processo che dal concepimento porta alla nascita rappresenta un *continuum* ininterrotto privo di qualsivoglia "salto di qualità"), né, tantomeno, ad un provvedimento amministrativo come le Linee Guida, ma al legislatore, il quale può, attraverso l'esercizio della propria discrezionalità, stabilire il momento a partire dal quale il nascituro sia un soggetto di diritto.

Secondo la Corte, invece, la Legge, accogliendo una nozione estremamente ampia di eugenetica, e limitando alla sola osservazione al microscopio la diagnosi pre-impianto, **vieta inequivocabilmente** di compiere indagini mediche “invasive” sugli embrioni, anche se finalizzate alla diagnosi di malattie a scopo terapeutico. Il TAR osservava che, in realtà, ad oggi non esistono terapie in grado di guarire l’embrione da malattie congenite, con la conseguenza inesorabile che la diagnosi pre-impianto non può che avere come unico scopo quello di non far sviluppare l’embrione malato (rifiutandone l’obbligatorio, ma incoercibile, impianto). La restrizione delle modalità di indagine sarebbe dunque risultata perfettamente in linea con la *ratio* della Legge, che consente l’indagine genetica solo nell’interesse del concepito e mira ad impedire l’attuazione di pratiche eugenetiche (non a caso, l’art. 7 prevede che le Linee Guida debbano essere periodicamente aggiornate, tenendo conto delle innovazioni medico-scientifiche, quindi anche delle eventuali nuove terapie capaci di impedire lo sviluppo di una malattia congenita)⁶⁶⁸.

Perciò, in questo contesto, sarebbero risultate legittime sia la circoscrizione degli esami diagnostici consentiti sia il divieto di effettuare sugli embrioni ricerche che ne implicano la soppressione (principio quest’ultimo esplicitamente affermato nella legge, all’art. 13, I e II comma, lett. a e b). La Legge individuerebbe dunque un punto di equilibrio (a dire del Tribunale, “*forse l’unico possibile*”) tra libertà di ricerca, diritto alla salute e dignità umana tutelati dalla Costituzione⁶⁶⁹.

Il TAR riteneva altresì manifestamente infondata la questione di costituzionalità, sollevata dai ricorrenti, riguardo alla discriminazione tra soggetti sterili e non sterili.⁶⁷⁰

⁶⁶⁸ “E’ infatti chiaro che, a livello ermeneutico, non è consentito estrapolare una norma dal contesto in cui la medesima è inserita; non può di conseguenza postularsi un diritto dei ‘genitori’ alla conoscenza dello stato di salute degli embrioni che prescindano dalla tutela dell’embrione stesso, riconosciuto come soggetto di diritto” (TAR Lazio, sez. III-ter, 4048/2005).

⁶⁶⁹ “...la scienza medica proietta la sua luce in un contesto al crocevia tra due diritti fondamentali: quello di essere curato efficacemente, e quello dell’essere rispettato nella propria dignità ed integrità di essere umano” (TAR Lazio, sez. III-ter, 3452/2005).

⁶⁷⁰ Secondo la loro tesi, infatti, solo chi è affetto da sterilità, potendo accedere alle tecniche di PMA, sarebbe in grado di “scegliere figli sani”. Il Collegio, sottolineando l’inesistenza

Infine, il TAR respingeva anche la censura relativa alla mancata elencazione, nelle linee Guida, delle circostanze in cui il trasferimento in utero dell'embrione possa eccezionalmente essere procrastinato e si possa dunque procedere alla sua crioconservazione⁶⁷¹.

Circa il pericolo che comportano, per la salute della donna, i numerosi cicli di stimolazioni ovariche, il Tribunale osservava che, per quanto fosse *“innegabile l'afflittività di tali pratiche mediche”*, il diritto della madre doveva essere, appunto, *“compatibile, con il riconoscimento anche all'embrione della soggettività giuridica”*⁶⁷². Proprio l'incoercibilità dell'obbligo di impianto, assieme al dovere

nell'ordinamento italiano di un diritto a scegliere un figlio sano ed accogliendo una nozione di eugenetica ampia (comprensiva cioè della c.d. “eugenetica passiva”, volta, cioè, ad impedire la nascita di persone portatrici di malattie ereditarie, “e non già a perseguire scopi di miglioramento della razza”) faceva notare che lo scopo della Legge è solo quello di aiutare a risolvere i problemi della sterilità, non *“quello di fornire maggiori opportunità del metodo naturale”* (TAR Lazio, sez. III-ter, 3452/2005): *“Non sfugge al Collegio il rigore della soluzione normativa, tanto più perché inserita in un contesto ordinamentale distonico, che riconosce una tutela forte dell'embrione, ma al contempo consente, ad esempio, metodi di controllo delle nascite, come la c.d. pillola del giorno dopo, che agiscono proprio nel senso di evitare l'annidamento in utero dell'ovulo fecondato. Ciò nonostante, gli argomenti esegetici di dubbio non riescono a superare, sul piano (s'intende) strettamente giuridico, l'inesistenza di un fondamento alla pretesa di avere un figlio sano”*.

⁶⁷¹ Tale censura aveva per oggetto non tanto la mancata elencazione delle circostanze in sé considerata, quanto le norme che impongono di produrre non più di tre embrioni, di cui è obbligatorio il contestuale impianto. I ricorrenti, infatti, sostenevano che non venisse adeguatamente tutelata la salute della donna, posta a repentaglio sia dall'obbligo di procedere all'impianto di tutti e tre gli embrioni (**non essendo chiaro quali patologie consentissero la crioconservazione**) sia dalla necessità di doversi verosimilmente sottoporre a numerosi cicli di stimolazioni ovariche (estremamente dannose per la salute) a causa della scarsa probabilità di successo della fecondazione assistita con soli tre embrioni alla volta. Il TAR riteneva infondato anche questo motivo di ricorso, reputando ancora una volta ragionevole il bilanciamento tra i vari interessi in gioco operato dalla Legge e dalle Linee Guida. L'obbligo di impianto veniva infatti espressamente definito come incoercibile da parte di queste ultime, coerentemente col principio secondo cui un atto medico non può essere effettuato senza il consenso del paziente; inoltre, il limite del numero massimo di embrioni producibili e l'obbligo del loro contestuale impianto altro non sarebbero che corollario del più generale divieto di soppressione dell'embrione (TAR Lazio, sez. III-ter, 4048/2005) *“Ciò che appare chiaro è la ratio legis: la limitazione a tre degli embrioni prodotti è direttamente consequenziale al divieto della crioconservazione; pertanto, dopo la fecondazione in vitro, gli embrioni devono essere trasferiti nell'utero materno. Siccome peraltro ciò avviene dopo un certo lasso temporale, nel quale potrebbe verificarsi qualche causa impeditiva del trasferimento, la legge prevede, in modo ragionevole, a tutela della vita dell'embrione, il suo congelamento, in attesa del possibile trasferimento”*

⁶⁷² TAR Lazio, sez. III-ter, 3452/2005

di proseguire la “*coltura in vitro dell’embrione fino al suo estinguersi*” rappresenterebbero il punto di equilibrio tra tutti gli interessi coinvolti⁶⁷³

Il Collegio riteneva dunque che non sussistessero profili di illegittimità delle Linee Guida, e giudicava manifestamente infondata la questione di costituzionalità della Legge.

La sentenza n° 3452/2005 è stata impugnata dinanzi al Consiglio di Stato il quale, rilevato un vizio nel contraddittorio, rinviava la causa alla sez. III-quater del TAR del Lazio, che a sua volta si pronunciava con sentenza 398/2008, su cui si dirà *infra*.

3.f. Il mutamento della giurisprudenza e l’affermazione della prevalenza del diritto alla salute della gestante sul diritto alla vita del nascituro. Il caso del Tribunale di Cagliari.

Un’altra vicenda giudiziaria che ha affrontato questo aspetto della Legge 40 è quella sollevata dinanzi al Tribunale di Cagliari, che ha investito anche la Corte costituzionale.

Nel caso di specie, una donna con problemi di sterilità si era sottoposta a inseminazione artificiale. Ella decideva di interrompere la gravidanza alla undicesima settimana poiché, secondo i *test* prenatali, il feto era affetto da beta-talassemia. L’aborto le aveva causato una sindrome ansioso-depressiva piuttosto seria, durata un anno. Successivamente, decideva di procedere di nuovo all’inseminazione artificiale, chiedendo però di eseguire una diagnosi pre-impianto al fine di evitare il trauma del precedente tentativo. Il medico eccepiva l’esistenza del divieto posto dall’art. 13 della Legge 40. Il Tribunale sollevava la questione di costituzionalità, sostenendo che qui, la diagnosi pre-impianto non aveva finalità eugenetiche (vietate dal nostro ordinamento), ma salvaguardava esclusivamente la salute della gestante, evitandole di ricadere in una nuova e più grave crisi

⁶⁷³ *Ibid.*

depressiva. Il quesito veniva sollevato relativamente alla compatibilità dell'art. 13 della Legge, nella parte in cui vieta la diagnosi pre-impianto e la selezione degli embrioni, con gli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione.

La Consulta⁶⁷⁴ dichiarava la manifesta inammissibilità del quesito nei termini in cui era stato sollevato dal Tribunale di Cagliari, poiché si chiedeva al Giudice delle Leggi di pronunciarsi sull'incostituzionalità di una specifica disposizione (art. 13, L. 40/2004, nella parte in cui vietava la diagnosi pre-impianto) nonostante che il suo contenuto fosse desumibile anche da altre disposizioni della medesima legge, non impugnate, nonché dall'interpretazione dell'intero testo legislativo, alla luce dei suoi criteri ispiratori⁶⁷⁵.

Il Tribunale di Cagliari⁶⁷⁶ proponeva una interpretazione estensiva della Legge, disapplicando le linee guida ministeriali emanate con DM del 22/07/2004, ai sensi dell'art. 7 della L. 40/2004, nella parte in cui prevedevano che le indagini relative allo stato di salute degli embrioni *in vitro* dovessero essere solo di tipo osservazionale.

Si faceva notare innanzitutto come, in realtà, la L. 40/2004 non contenesse un generico divieto di compiere le attività necessarie ad effettuare una diagnosi sullo stato di salute dell'embrione. L'art. 13 della Legge mirava in effetti a vietarne la selezione a scopo eugenetico (lett. b), sanzionando penalmente questo tipo di condotta e cercava anche di evitare interventi diagnostici eccessivamente invasivi e potenzialmente lesivi. L'art. 14.5, invece, permetteva la diagnosi pre-impianto, a condizione che essa fosse stata richiesta dai soggetti che avevano deciso il ricorso alla PMA, anche al fine di garantire alla coppia “*un'adeguata informazione sullo stato di salute degli embrioni da impiantare*”.

⁶⁷⁴ Ordinanza n° 369 del 24 ottobre – 9 novembre 2006, disponibile sul sito <http://www.altalex.com/index.php?idnot=35>

⁶⁷⁵ I ricorrenti, di fronte a questa pronuncia, decidevano di abbandonare il procedimento cautelare e di instaurare, invece, un procedimento ordinario, volto ad ottenere una dichiarazione del loro diritto ad avere una diagnosi pre-impianto e ordinarla alla struttura sanitaria cui si erano rivolti

⁶⁷⁶ Sentenza del 24 Settembre 2007, *cit.*

Ad avviso del Giudice l'assenza di un generale divieto alla diagnosi pre-impianto si evincerebbe altresì dal disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 13. Se la prima di tali norme vieta la sperimentazione sugli embrioni, la seconda permette la ricerca clinica e sperimentale qualora sia finalizzata a scopi terapeutici e diagnostici mirati alla tutela della salute ed allo sviluppo dell'embrione stesso e non esista una metodologia alternativa. Il Tribunale ne deduceva che la diagnosi pre-impianto non poteva essere vietata se finalizzata alla corretta informazione dei richiedenti, mentre, viceversa, lo sarebbe stata se ad essa avesse provveduto il sanitario di sua iniziativa a scopi di ricerca scientifica, senza alcun vantaggio per l'embrione⁶⁷⁷.

Il Tribunale osservava inoltre che il medico responsabile della struttura, ai sensi dell'art. 6.4, *“può decidere di non procedere alla procreazione medicalmente assistita esclusivamente per motivi di ordine sanitario”*, coerentemente coi principi deontologici, *“primo fra tutti quello di evitare ogni danno per la salute del paziente”*.

Per questa ragione, si ritenevano illegittime anche le Linee Guida Ministeriali, in quanto permettono solo diagnosi di tipo osservazionale, mentre la Legge prevede anche la possibilità di effettuare indagini più invasive, seppur coi limiti sopra esposti. Quindi a seguito di una precisa scelta politica del Governo, le linee guida avrebbero interpretato la legge in modo estremamente restrittivo, andando ben oltre i limiti posti dalla normativa di rango superiore. Contrastavano poi con la Convenzione di Oviedo, recepita con L. 145/2001, che prevede, all'art. 12, la possibilità di effettuare test per identificare i geni responsabili di malattie,

⁶⁷⁷ Pertanto, si riconduce la possibilità di ottenere la diagnosi pre-impianto alle norme della Legge relative al consenso informato, di cui all'art. 6, il quale stabilisce che, in ogni fase della PMA, il medico deve informare la coppia richiedente *“sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti”*. L'art 14, poi, *“precisa ed integra la disposizione di cui all'art. 6 prevedendo, in capo ai soggetti che abbiano avuto libero accesso alle tecniche...il diritto di essere informati e, su loro esplicita richiesta, <<sullo stato di salute degli embrioni prodotti da trasferire nell'utero>> (art. 14, 5° comma)”*. L'informazione sarebbe impossibile in assenza di detta diagnosi.

anche se solo a “*fini medici o di ricerca medica e con riserva di un consiglio genetico adeguato*”.

Essendo dunque illegittime, dovevano essere disapplicate.

Del resto, la possibilità di non effettuare l’impianto è prevista anche all’art. 14.3, in cui si consente la crioconservazione quando non sia possibile procedere per comprovata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento del concepimento (l’embrione va comunque trasferito nell’utero quanto prima); inoltre, le Linee guida prevedono che, nel caso in cui il trasferimento non sia possibile, l’embrione debba essere coltivato fino al suo estinguersi. Ma soprattutto, le Linee Guida prendono in espressa considerazione il caso in cui, dalla diagnosi pre-impianto, emerga la presenza di malattie genetiche⁶⁷⁸. La Legge fa salva la possibilità di ricorrere alla interruzione di gravidanza qualora ricorrano le condizioni di cui alla L. 194/1978. Poiché si bilanciano gli interessi della gestante e del nascituro, per quanto esista un’aspettativa alla vita dell’embrione, (che emerge in modo particolarmente evidente all’art. 13, L. 40/2004), la Legge 40 tiene conto anche dei diritti della donna. Essi sono ravvisabili nella possibilità di crioconservare l’embrione qualora le sue condizioni di salute non consentano l’impianto; nella previsione di un’eccezione al divieto di riduzione embrionaria nel caso in cui ricorrano i presupposti della L. 194/1978; nella mancanza di una sanzione dell’incoercibile obbligo d’impianto degli embrioni già formati.

Da questi elementi il Giudice cagliaritano elaborava una lettura estensiva della Legge, secondo la quale sarebbe lecito il rifiuto dell’impianto dell’embrione malformato quando ricorrano i presupposti della L. 194/1978, ossia se la salute psichica o fisica della donna ne risultino compromessi. Questa interpretazione, ad avviso del Tribunale, sarebbe conforme ai principi costituzionali elaborati dalla Consulta, secondo i quali –si ricorda- il diritto alla salute di chi è già persona

⁶⁷⁸ “Qualora dall’indagine vengano evidenziate gravi anomalie, il medico responsabile della struttura ne informa la coppia ai sensi dell’art. 14, comma 5. Ove in tal caso il trasferimento dell’embrione, non coercibile, non risulti attuato, la coltura in vitro del medesimo deve essere mantenuta fino al suo estinguersi”

prevale su quello di chi lo deve ancora diventare (cfr. Corte costituzionale, sent. n° 27/1975). Non si sarebbe trattato di una pratica eugenetica, ma di una misura posta in essere a tutela della salute della gestante⁶⁷⁹.

Infine, la Corte richiamava anche il principio di uguaglianza previsto dall'art. 3 C., che sarebbe stato violato se sugli embrioni formati *in vitro* fossero stati vietati gli accertamenti diagnostici permessi in caso di gravidanza *in utero*.

Con queste argomentazioni, ordinava che venissero effettuati, sull'embrione, gli esami richiesti dalla coppia.

3.g. Ordinanza del Tribunale di Firenze.

La *ratio* della decisione del Giudice di Cagliari è stata seguita anche dal Tribunale di Firenze il quale, con Ordinanza del 17 Dicembre 2007, disapplicava le Linee Guida nella parte in cui vietavano di effettuare esami diagnostici sugli embrioni *in vitro* che non fossero di tipo meramente "osservazionale". Anche in questo caso, la controversia riguardava la richiesta di effettuare una diagnosi pre-impianto, di tipo vietato dalle Linee Guida, avanzata da una coppia di portatori sani di una malattia geneticamente trasmissibile, la cui diagnosi era possibile solo

⁶⁷⁹ *“Ed infatti allo stesso modo in cui per la legge sull’aborto non è consentita l’interruzione della gravidanza a fini eugenetici, rilevando lo stato di salute del feto non di per sé ma solo quale causa del verificarsi di uno stato patologico della gestante, allo stesso modo nella legge n. 40 del 2004 è vietata la selezione degli embrioni a scopo eugenetico; ma negli stessi termini in cui è consentita dalla legge n. 194/78 l’interruzione della gravidanza per la tutela della salute della gestante, allo stesso modo la donna potrà legittimamente rifiutare l’impianto dell’embrione prodotto in vitro allorché la conoscenza dell’esistenza di gravi malattie genetiche o cromosomiche nell’embrione medesimo abbiano determinato in lei una patologia tale per cui procedere ugualmente all’impianto sarebbe di grave nocimento per la sua salute fisica o psichica. In questo caso, infatti, non si tratterebbe di pratica eugenetica, certamente vietata ai sensi dell’art. 13, ma di impossibilità di procedere all’impianto per “grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione” che ai sensi dell’art. 14 terzo comma legittima espressamente la crioconservazione dell’embrione sino a quando (e se) l’impedimento all’impianto venga meno. Soluzione interpretativa, d’altro canto, perfettamente coerente con i principi più volte ribaditi dalla Corte costituzionale che, in più occasioni, ha avuto modo di affermare come non esista equivalenza fra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell’embrione “che persona deve ancora diventare” (per tutte, sentenza Corte Cost. n. 27 del 1975)”.*

attraverso dette indagini. Di fronte al rifiuto di ottemperare alla richiesta da parte del centro a cui si erano rivolti, la coppia esperiva un ricorso ex art. 700 c.p.c, affinché il Giudice ordinasse al centro stesso di effettuare le indagini di cui sopra.

Il Tribunale accoglieva il ricorso, ritenendo che le Linee Guida fossero viziata da illegittimità⁶⁸⁰. Si affermava che l'art. 13 della Legge andasse letto congiuntamente all'art. 14, il quale, al comma 5, prevede il diritto della coppia di essere informata dello stato di salute dell'embrione. Ad avviso della Corte, la limitazione prevista dalle Linee Guida avrebbe vanificato tale diritto, che si colloca nel più ampio contesto rappresentato, da un lato, dalla disciplina relativa al consenso informato di cui agli artt. 4, lett. b) e 6 della Legge (letto alla luce della giurisprudenza in materia di consenso ai trattamenti sanitari), e dall'altro dalla L. 194/1978 e dai principi elaborati dalla Consulta in materia di interruzione volontaria di gravidanza. Secondo la ricostruzione di tale complesso normativo fornita dal Giudice fiorentino, il diritto della coppia ad essere informata degli effetti (anche sulla salute) conseguenti alla applicazione delle tecniche "in ogni fase" della procedura di fecondazione assistita è preordinato alla corretta formazione del proprio consenso, e non a soddisfare la "fatua curiosità dei genitori": da ciò, sarebbe disceso che la limitazione delle tipologie di esami diagnostici consentite, operata dalle Linee Guida ministeriali, rappresentasse un'indebita compressione del diritto della coppia ad essere informata di cui agli artt. 4 e 6 della L. 40/2004.

Inoltre, secondo il Giudice, tale soluzione veniva resa necessaria anche dall'esigenza di interpretare la L. 40/2004 in maniera conforme alla disciplina sull'aborto. A questo proposito, si evidenziava che l'art. 4, L. 194/1978 prevede la possibilità di ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza nei primi 90 giorni

⁶⁸⁰ Il primo profilo di censura riguardava la violazione, da parte delle Linee Guida, del principio di tassatività della legge penale. Infatti, siccome l'art. 13 della L. 40/2004 sanziona penalmente chiunque effettui "ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni" che non persegua finalità terapeutiche e diagnostiche correlate alla "tutela della salute ed allo sviluppo dell'embrione stesso", il Giudice riteneva che l'ulteriore limitazione posta dalle Linee Guida riguardo alle modalità diagnostiche risultasse un'indebito ampliamento, da parte di una fonte secondaria, della fattispecie penale prevista dalla Legge.

di gestazione al fine di tutelare la salute psico-fisica della madre, e ciò anche “...in previsione di eventuali anomalie o malformazioni del nascituro”: pertanto, partendo dalla premessa che sarebbe stato “non solo irrazionale, ma addirittura fuori dal senso morale” pensare di poter impiantare l’embrione per poi, a seguito di una successiva valutazione clinica, procedere all’interruzione volontaria di gravidanza, il Giudice affermava non solo che la L. 40/2004 non prevedesse alcun divieto di effettuare la diagnosi pre-impianto richiesta, ma addirittura che la liceità di tale tipologia di indagine fosse sottintesa nella legge. Di conseguenza, proponendo una interpretazione sistematica della L. 40/2004, disapplicava le linee guida.

Questa lettura delle norme veniva considerata necessaria anche alla luce delle pronunce della Consulta in materia di aborto, secondo cui il diritto alla salute della madre prevale sul diritto alla vita dell’embrione “che persona deve ancora diventare”.

3.h. Le questioni di costituzionalità sollevate nel 2008: la decisione del TAR Lazio del 21 gennaio e le Ordinanze del Tribunale di Firenze del 12 luglio e del 27 agosto del 2008.

Poche settimane dopo la pronuncia del Giudice di Firenze del dicembre 2007, il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, adito da una serie di associazioni che chiedevano l’annullamento delle Linee Guida, ne annullava le disposizioni tese a limitare la possibilità di ricorrere alla diagnosi pre-impianto disapplicate anche dai Tribunali di Firenze e Cagliari⁶⁸¹; contestualmente, il TAR sollevava altresì una questione di legittimità costituzionale⁶⁸² con riferimento alla

⁶⁸¹ Sentenza 21 gennaio 2008, n°398 sez. III quater, *cit.*

⁶⁸² La vicenda era stata rimessa alla sezione III-quater del TAR dal Consiglio di Stato, che aveva annullato la sentenza del TAR Lazio, sez. III-ter, n° 3452/2005, *cit.* a causa di un vizio nel contraddittorio.

compatibilità dell'art. 14, commi 2 e 3, con gli articoli 2 e 32 della Carta fondamentale⁶⁸³

Il TAR riteneva che i commi 2 e 3 dell'art. 14 presentassero alcuni profili di dubbia costituzionalità. Tali norme, si ricorda, prevedono il divieto di creare più di tre embrioni alla volta, i quali devono essere tutti contestualmente impiantati e non possono essere crioconservati (se non in ipotesi eccezionali). Ad avviso della Corte, le disposizioni in esame contrasterebbero con gli artt. 2 e 32 della Costituzione, in quanto il rispetto della disciplina delineata nella Legge metterebbe a repentaglio la salute della donna, risultando altresì controproducente rispetto agli scopi ad esse sottesi⁶⁸⁴.

Infine, il Tribunale evidenziava un'ulteriore contraddizione nel fatto che, mentre da un lato l'art. 4, comma 2, lettera a) della L. 40/2004 fa riferimento al principio di "*gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della minore invasività*", dall'altro la procedura di procreazione medicalmente assistita imposta dalle altre disposizioni della legge stessa risulta

⁶⁸³ Riguardo alle disposizioni annullate delle Linee Guida, il Giudice amministrativo seguiva una linea argomentativa del tutto analoga a quella dei Tribunali di Cagliari e di Firenze, osservando che la possibilità di compiere "*ricerca clinica e sperimentale sull'embrione, sia pure per finalità diagnostiche e terapeutiche volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso*", nonché di effettuare "*interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, sempre al medesimo scopo*", essendo tutelata dalla L. 40, non potesse essere "*contratta al punto di essere limitata alla sola <<osservazione>>*" ad opera delle Linee Guida. Esse, infatti, ad avviso del TAR, dovrebbero, ai sensi dell'art. 7 della L. 40/2004, limitarsi ad "*...adottare regole di alto contenuto tecnico e di natura eminentemente procedurale e non quello di intervenire, positivamente, sull'oggetto della procreazione medicalmente assistita che rimane consegnata alla legge*".

⁶⁸⁴ Infatti, l'obbligo di produrre un numero di embrioni non superiore a tre, da impiantare contemporaneamente, e di cui sono vietate la soppressione e la crioconservazione, è finalizzato a bilanciare le probabilità di successo della procedura (che sono tanto più alte quanto maggiore è il numero di embrioni di cui si tenta l'impianto) con la minimizzazione del rischio che gli embrioni vadano "persi" (ossia che vengano "messi da parte" crioconservati, oppure "gettati via", soppressi). Tuttavia, esso risulta contraddittorio rispetto al suo stesso scopo. La limitazione del numero massimo di embrioni da produrre rende in effetti molto difficile la riuscita della procedura di fecondazione assistita, con la conseguenza che l'aspirante madre dovrà verosimilmente sottoporsi ad un alto numero di tentativi di impianto prima di riuscire a restare incinta, rendendo perciò necessari numerosi cicli di trattamenti sanitari (stimolazioni ovariche) estremamente dannosi per la salute. Così, la procedura di fecondazione assistita delineata dalla L. 40 risulterebbe non solo assai rischiosa, ma anche scarsamente efficace rispetto allo scopo di curare la sterilità e di "minimizzare", al contempo, la "perdita di embrioni", date le scarse probabilità di successo dell'impianto che si hanno utilizzandone tre per volta.

essere, paradossalmente, estremamente invasiva per la donna; questa caratteristica verrebbe esasperata proprio dalle limitazioni e dai divieti sopra ricordati.

Per queste ragioni, il Tribunale annullava le disposizioni delle Linee Guida che limitavano la possibilità di effettuare la diagnosi pre-impianto alle sole indagini di tipo meramente osservazionale per contrarietà all'art. 13.5 della Legge, e sollevava la suddetta questione di legittimità costituzionale⁶⁸⁵.

4. La sentenza della Corte Costituzionale

Pochi mesi dopo la decisione predetta, il Tribunale di Firenze sollevava, in due separati procedimenti, analoghe questioni di legittimità costituzionale (relative alle medesime disposizioni della legge 40), che venivano riunite nel medesimo giudizio dinanzi alla Consulta⁶⁸⁶.

La Consulta si pronunciava sulle questioni sinteticamente descritte sopra e, con sentenza del 1 Aprile 2009, dichiarava l'incostituzionalità dell'art. 14.2, limitatamente alle parole "*ad un unico e contemporaneo impianto, e comunque*

⁶⁸⁵ Le nuove Linee Guida, emanate con DM del 30 aprile 2008 del Ministero della Salute, prevedono la possibilità di effettuare test non meramente osservazionali. Inoltre, riguardo all'accesso alle tecniche (che, come si è detto, è limitato alle persone affette da problemi di fertilità), definisce "infertili" anche i soggetti che sono affetti dai virus HIV, HBV e HCV. Tali patologie sono trasmissibili alla prole, ma il contagio può essere evitato attraverso la selezione degli embrioni "sani", effettuata tramite la diagnosi pre-impianto.

⁶⁸⁶ La prima (Ordinanza del Tribunale di Firenze del 12 Luglio 2008) riguardava un procedimento attinente alla richiesta di una coppia, già autorizzata dallo stesso Tribunale di Firenze (ord. 17 dicembre 2007, *supra*) ad effettuare la diagnosi preimpianto, di poter produrre un numero di embrioni superiori a tre: sussistendo, infatti, un rischio di trasmissione di una patologia genetica al nascituro del cinquanta per cento, la limitazione a tre del numero massimo di embrioni producibili risultava irragionevole e iniqua al fine di riuscire con successo ad effettuare l'impianto di un embrione senza che ciò comportasse rischi alla salute della donna, la quale avrebbe subito un pregiudizio a causa dell'alto numero di stimolazioni ovariche necessarie al fine di riuscire ad ottenere l'impianto di un embrione sano. La questione di costituzionalità investiva gli artt. 14.2, 14.3, 14.4 e 6.3, nella misura in cui non permettevano la diagnosi reimpianto, limitavano a tre il numero massimo di embrioni da produrre e la possibilità di non trasferire *in utero* quelli malati nonché di ritirare il consenso alla procedura una volta avvenuta la fecondazione *in vitro*; tali disposizioni erano ritenuti in contrasto con gli art. 2, 3 13 e 32 C. La seconda (Ordinanza del Tribunale di Firenze del 26 agosto 2008) ritenendo non corretto l'orientamento espresso dal Tribunale di Firenze nell'ordinanza del dicembre 2007 (*supra*), con cui si interpretava in modo costituzionalmente orientato la Legge, reputava necessario sollevare una questione di costituzionalità.

non superiore a tre”, e 14.3, nella misura in cui non prevede che il trasferimento dell’embrione dev’essere effettuato “*senza pregiudizio per la salute della donna*”.

Riguardo alla prima disposizione, la Consulta statuiva che spetta al medico stabilire il numero di embrioni strettamente necessario da prodursi in ciascun ciclo di fecondazione assistita. Questi ha il dovere di stabilire, secondo il suo giudizio professionale, quale sia il numero di embrioni che meglio contempera le due contrapposte esigenze di massimizzare le probabilità di successo dell’impianto col minor pregiudizio possibile per la salute della donna (riducendo quindi al minimo i cicli di stimolazione ormonale) e di minimizzare il numero di embrioni destinati a non essere impiantati.

Riguardo alla seconda disposizione, la Corte, prendendo atto dei principi da essa stessa elaborati in merito alla tutela della salute della donna ed al bilanciamento di questa con i diritti del nascituro, riteneva che, fermo restando il divieto di crioconservazione di cui all’art. 14.1, esso debba trovare una deroga nel caso in cui il trasferimento degli embrioni comporti un danno alla salute della donna (deroga che emerge dal coordinamento dell’art. 14.1 col testo dell’art. 14.2 e 14.3, come modificato per effetto della pronuncia di incostituzionalità in esame).

Le due norme vengono dichiarate incompatibili rispetto all’art. 3 C. (sia sotto il profilo del principio di uguaglianza sia sotto quello del principio di ragionevolezza) e rispetto all’art. 32 C sul diritto alla salute.

La Corte dichiarava poi manifestamente inammissibili le questioni relative agli artt. 14.1, 14.4 e 6.3 (le ultime due per difetto di rilevanza nei giudizi *a quo*).

5. Il diritto alla salute come fondamento della libertà procreativa della donna

Successivamente all’approvazione della L. 40/2004, erano stati avanzati, da gran parte della dottrina, molteplici dubbi riguardo alla sua costituzionalità, poiché sembrava che il bilanciamento degli interessi di gestante e nascituro fosse squilibrato a vantaggio di quest’ultimo, al punto che alcune disposizioni, quali

l'obbligo di impianto di tutti gli embrioni prodotti, risultavano, di fatto, inapplicabili.

Dopo alcuni tentativi di fornire interpretazioni costituzionalmente orientate del testo di alcuni giudici di merito, la Corte costituzionale ha confermato la fondatezza di questi sospetti. La pronuncia ha l'indubbio merito di ribadire il fatto che la salute della gestante viene prima della tutela dell'embrione, e ne giustifica il "sacrificio" (consistente nella crioconservazione e la coltivazione fino al loro naturale estinguersi) nel caso siano "sopranumerari" e/o portatori di patologie genetiche, ammettendo implicitamente la liceità della diagnosi pre-impianto. Una simile conclusione non era affatto scontata, vista l'asprezza dei dibattiti in materia nonché il clima politico favorevole alla legge e, più in generale, alla tutela incondizionata del "diritto alla vita" (basti pensare a come la stessa maggioranza che ha approvato la Legge 40 ha ostacolato l'esecuzione dell'ordinanza che disponeva la sospensione della nutrizione e della idratazione di Eluana Englaro). Non sorprende quindi l'estrema cautela della Consulta, che ha fatto per quanto possibile salvo il dettato legislativo⁶⁸⁷.

D'altro canto, la decisione risulta estremamente succinta, ed evita di affrontare una delle questioni più rilevanti, ossia la costituzionalità del divieto di ritirare il consenso dopo la fecondazione dell'ovulo *in vitro* previsto all'art. 6.3. Inoltre, va osservato come la Corte non abbia dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 14.2 e 14.3 rispetto agli artt. 2 e 13 C, ma solo rispetto agli artt. 3 e 32. Se avesse fatto riferimento anche alle prime due disposizioni, si sarebbero enfatizzati il diritto all'integrità fisica e all'autodeterminazione personale della donna (così come era avvenuto nella sentenza 27/1975 in materia di aborto), cosa che la Consulta ha ritenuto di non fare, soffermandosi esclusivamente sugli aspetti relativi alla tutela della salute della madre (oltre che sui principi di uguaglianza e di ragionevolezza). Sarebbe stato opportuno che la Corte fosse più puntuale

⁶⁸⁷ Stabilendo, ad esempio, il principio per cui il numero di embrioni prodotto non deve superare quello strettamente necessario per il successo dell'impianto. Questa soluzione è chiaramente indicativa della volontà di giungere ad un compromesso tra *ratio legis* e dettato costituzionale.

riguardo al coordinamento tra le discipline relative alla fecondazione assistita e all'interruzione di gravidanza.

Riguardo alla costituzionalità dell'art.6, nel silenzio della Corte, si osserva (come già evidenziato) come sia ormai pacificamente accettata la possibilità per la donna di ritirare “di fatto” il consenso, rifiutandosi di sottoporsi all'impianto, stante l'impossibilità di sottoporla ad un trasferimento “coattivo” dell'embrione *in utero*. L'esistenza nella legge di una contraddizione in termini quale la previsione di un “obbligo incoercibile” di impianto per la donna è senz'altro un elemento che fa propendere per la necessità di una censura dell'art. 6.3 per contrasto con gli artt. 2, 13 e 32 C⁶⁸⁸

E' evidente che l'intento della maggioranza parlamentare e dell'esecutivo in carica nel 2004, di ispirazione conservatrice (ed in larga parte cattolica), era quello di salvaguardare il più possibile la vita dell'embrione. L'ovvio limite che si incontra, però, come si evince anche dall'art. 1 della stessa Legge 40, è la tutela degli interessi degli altri soggetti coinvolti, anch'essi di rango costituzionale. La Legge non può, pertanto, pregiudicarne il contenuto, per cui le antinomie esistenti vanno risolte nel senso di accordare una tutela prioritaria ai diritti (particolarmente la salute fisica e psichica) di chi è già persona in senso pieno, conformemente a quanto stabilito dalla giurisprudenza costituzionale consolidatasi a partire dalla sentenza della Consulta n°27/1975. Non sorprende che laddove non si addivenga (o non si sia ancora addivenuti) ad una pronuncia di incostituzionalità si tenti di fornire una interpretazione costituzionalmente orientata del testo della Legge 40, come si è visto nelle pronunce di merito poc'anzi analizzate.

Non sembra un caso che i primi giudici a rilevare l'incompatibilità delle ricordate disposizioni della Legge 40 con la giurisprudenza costituzionale relativa

⁶⁸⁸ Diversa è invece la questione del divieto del ritiro del consenso, dopo la fecondazione dell'ovulo, solo da parte dell'uomo –e contro la volontà della donna- analogamente a quanto avvenuto nel caso *Evans c. Regno Unito* deciso dalla CEDU. Un simile divieto difficilmente può considerarsi incostituzionale, sebbene non sia certo una scelta obbligata per il legislatore.

alla tutela della salute della gestante (e cioè la dott.ssa Maria Grazia Cabitza del Tribunale di Cagliari, la dr.ssa Isabella Mariani del Tribunale di Firenze, nonché uno dei componenti del Collegio della sez. III-quater del TAR Lazio, ossia il Consigliere relatore della sentenza analizzata *supra*, dr.ssa Linda Sandulli) fossero donne (a differenza del giudice catanese, dr. Felice Lima, e di tutti i membri del Collegio della sez. III-ter del TAR Lazio, che invece non avevano rilevato queste incongruenze) e quindi, forse, più sensibili alle questioni attinenti ai problemi della salute femminile. Come si è ampiamente detto, è proprio su questo aspetto che la legge presenta gli aspetti maggiormente problematici.

In sintesi, la legge 40/2004, come si è osservato, ha una forte carica ideologica. Molti dei principi in essa enunciati non sono rispondenti alle norme costituzionali sulla tutela della salute ed appaiono poco rispettose della posizione della gestante.

La giurisprudenza di merito, in applicazione dei principi costituzionali sul diritto alla salute e sul consenso informato, tenendo conto della giurisprudenza della Consulta riguardo all'interruzione della gravidanza, ha evidenziato un disagio nell'applicazione della legge ed ha cominciato a fornire interpretazioni costituzionalmente orientate.

Quando la Corte costituzionale si è finalmente pronunciata sulla conformità della legge alla Carta, ha anch'essa ribadito i principi più volte enunciati, affermando che il diritto al benessere psico-fisico della gestante, la cui tutela permette di ricorrere all'interruzione di gravidanza, permette anche di rifiutare l'impianto di un embrione.

L' "obbligo incoercibile" di impianto denota, oltre che la contraddittorietà della Legge rispetto ai principi fondamentali dell'ordinamento, anche l'esistenza di una sfera di intangibilità del corpo della donna, su cui lo Stato, malgrado le forti spinte ideologiche contrarie, non può interferire. La motivazione della Consulta risulta alquanto laconica, presumibilmente in conseguenza delle pressioni politiche di cui è fatta oggetto e non sviluppa adeguatamente la questione del ritiro del

consenso all'impianto, ma, al momento, il Giudice delle Leggi ha comunque tutelato la sovranità della donna sul proprio corpo.

6. Procreazione come aspetto fondamentale della realizzazione dell'individuo e della sua identità

Come si è accennato, la fecondazione assistita viene utilizzata non solo al fine di prevenire la trasmissione di malattie genetiche o di superare problemi di infertilità, ma anche per altri scopi. Sempre più spesso, vi si accede per motivi particolari, quali la creazione di una famiglia laddove i partner siano dello stesso sesso, oppure, tramite le tecniche di surrogazione, per dare un figlio ai *single*.

Se poi si effettuano interventi di tipo eterologo, si potrebbe, in teoria, selezionare il donatore per le sue caratteristiche fisiche o intellettive, sperando che ciò permetta di procreare figli "sani, belli e intelligenti"⁶⁸⁹. Da qui, possono derivare fenomeni, come la vendita dei gameti o lo sfruttamento delle madri surrogate, che sollevano preoccupazioni in quanto considerano l'essere umano e le parti del suo corpo come un mezzo e non come un fine.

Risulta quindi di fondamentale importanza la questione di accesso alle tecniche di fecondazione assistita.

A questo proposito, è necessario segnalare alcuni recenti sviluppi. Il primo riguarda una sentenza della Corte di Strasburgo (*S. H. c. Austria*⁶⁹⁰), la quale ha censurato la legislazione austriaca in materia di fecondazione assistita per contrasto con il combinato disposto degli art. 8 e 14 della CEDU⁶⁹¹. I profili di

⁶⁸⁹ Questa pratica non è ammessa in nessun Paese dell'Unione Europea. Lo è in alcuni Stati USA, ad esempio la California

⁶⁹⁰ *S. H and others v. Austria, caso n° 57813/00*, sentenza del 1 aprile 2010, disponibile sul sito <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=865865&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>

⁶⁹¹ Il primo, come noto, tutela la vita privata e familiare.

criticità attenevano ad una indebita discriminazione che il legislatore austriaco aveva operato nei confronti della fecondazione eterologa. Si limitava infatti la possibilità di ricorrere a tecniche di fecondazione eterologa *in vivo* in cui venissero utilizzati gameti maschili di un donatore. Non era pertanto possibile ricorrere a gameti femminili forniti da una donatrice estranea alla coppia⁶⁹², né utilizzare tecniche eterologhe in caso di fecondazione *in vitro*⁶⁹³.

Secondo la Corte europea dei Diritti dell’Uomo, le distinzioni in questione avevano carattere discriminatorio. Pur ammettendo che gli Stati godono di un ampio margine di discrezionalità nel decidere se regolare la fecondazione assistita e, in tal caso, in che modo disciplinarla (potendo anche scegliere di proibirla del tutto), essi sono tenuti ad intervenire nel rispetto del principio di ragionevolezza e di proporzionalità⁶⁹⁴.

La Corte osservava che le ragioni sottese alla differenziazione delle norme relative ai diversi tipi di fecondazione eterologa e fatte presenti dal Governo austriaco, miravano a tutelare interessi degni della massima considerazione. Queste erano innanzitutto la tutela della salute donna, gravemente compromessa dalle stimolazioni ormonali necessarie a produrre cellule uovo da destinare alla donazione e, in secondo luogo, nonché la tutela dell’identità biologica del minore⁶⁹⁵. I giudici rilevavano che tale ultimo diritto non era assoluto, e che la sua tutela dovesse essere bilanciata con l’interesse dei genitori ad avere un figlio biologico⁶⁹⁶, garantito dall’art. 8 CEDU. Esso rappresenta infatti un aspetto fondamentale della realizzazione dell’identità dell’individuo.

⁶⁹² Anche a causa della maggior invasività delle tecniche ed ai danni per la salute della donna comportati dalle stimolazioni ovariche, di cui si è già detto.

⁶⁹³ La fecondazione *in vitro* è quella che avviene in provetta. La donazione di spermatozoi era invece consentita nelle tecniche di fecondazione eterologa *in vivo*, ossia iniettando lo sperma direttamente nell’utero della donna.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, § 74

⁶⁹⁵ *Ibid.* §79-80. Quest’ultima poteva essere messa a repentaglio nel caso di ovodonazione, poiché, discostandosi dal principio “*mater semper certa est, pater est quem nuptiae demonstrant*”, si potevano avere situazioni sgradevoli, quali due madri che si contendono il figlio. Era dunque preferibile riprodurre, con la procreazione assistita, ciò che avviene in natura.

⁶⁹⁶ §93. La Corte usa l’espressione “*an important facet of individual identity or personality*”.

La Corte concludeva che tali interessi potevano essere protetti con mezzi meno incisivi per la vita privata di quelli scelti dal Governo austriaco, per cui dichiarava la Legge incompatibile con la CEDU nella misura in cui: a) vietava l'utilizzo di tecniche di fecondazione eterologa *in vitro*, ma non *in vivo*; b) vietava l'utilizzo delle tecniche di fecondazione assistita con ovodonazione.

La sentenza appena descritta non è definitiva, poiché il caso in esame verrà preso in considerazione dall'Alta Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Il secondo riguarda una nuova questione di costituzionalità che, proprio su questo aspetto, è stata sollevata dal Tribunale di Firenze con riguardo all'arbitraria limitazione dell'accesso alle sole tecniche di fecondazione assistita di tipo omologo (senza cioè che occorra alcuna donazione dei gameti), cui possono fare ricorso unicamente le coppie con problemi di sterilità⁶⁹⁷. Il Giudice fiorentino riteneva che potesse sussistere un contrasto tra l'art. 4, comma 3, della Legge 40/2004 e l'art. 117.1 C, dovuto al fatto che la disciplina italiana risulta incompatibile con la Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, per i motivi indicati nella sentenza *S. H. c. Austria*, poc' anzi ricordata.

Presumibilmente, la Consulta attenderà che sia la Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'Uomo a pronunciarsi sulla questione. Se quest'ultima confermasse l'orientamento precedentemente espresso, la Legge italiana potrebbe essere considerata contraria alla CEDU e quindi parzialmente abrogata.

Tali sentenze ribadiscono come la procreazione sia sempre di più percepita come un aspetto fondamentale dell'identità personale e della realizzazione dell'individuo. La possibilità di programmare questo evento, resa possibile anche dalle nuove tecnologie, si sta affermando come interesse giuridicamente tutelato.

⁶⁹⁷ Cfr. Tribunale di Firenze, Ordinanza del 1 – 13 settembre 2010, disponibile al sito <http://www.altalex.com/index.php?idnot=12123> (reperito in data 30/10/2010)

NOTE CONCLUSIVE

L'indagine affronta la problematica del rapporto tra individuo, corpo, istituzioni e poteri pubblici, e approfondisce quali interconnessioni entrano in gioco nella scelta di chi guarda alla propria salute come a un bene unico e insostituibile, presupposto del suo intero benessere psichico e fisico. Si tratta però di una condizione umana che travalica la sfera del singolo, isolato e individualizzato, in modo radicale. Di regola, per la sua salvaguardia e la sua gestione, implica l'intervento e la responsabilità, a vari livelli, di soggetti terzi, pubblici e privati.

La questione concerne palesemente ambiti interdisciplinari, di diverso peso e incidenza, e dipende, per una parte non trascurabile, da misure di regolazione giuridica, che necessitano di linee di politica del diritto intrecciate e determinate, in una dinamica costante, da opzioni etiche – laiche e religiose - scientifiche, filosofiche e socio-economiche.

L'indubbio fascino, attrazione e ricorrente attualità dei problemi via via emergenti nel corso di uno studio attento, non deve sottovalutarne le difficoltà, per ampiezza e interconnessioni.

In questa sede, l'*iter* si è affrontato consapevolmente per gradi, risalendo però da molto lontano. In effetti, se la questione è antica, come l'uomo, così lo sono state le prime basi illuminanti gettate da illustri e mitici maestri del pensiero etico e filosofico. Il percorso concettuale da esplorare e comprendere è stato quindi lungo e meditato. Al pari dell'esigenza, nell'ultima parte, di raccordare "*postulatio*" e premesse dell'apparato teorico con i concreti riscontri di un'esperienza pratica di estrema rilevanza, che ha sollecitato interventi e azioni normative di fonte legislativa e giurisprudenziale in vari ordinamenti e segnatamente in quelli italiano e inglese.

Il corpo è il presupposto dell'esistenza individuale dal punto di vista biologico, espressione della soggettività della persona nella sua "*vita activa*",

inserita nella sfera dei consociati e degli assetti istituzionali caratteristici del contesto storico-sociale e del *milieu* in cui vive. Pertanto, il grado di sovranità che ciascuno può esercitare su di esso e, di converso, le limitazioni eteronome (tanto di origine politico-istituzionale quanto di natura socio-economica) che subisce, e che risultano con particolare evidenza nelle decisioni inerenti alla propria salute, sono elementi rivelatori dello *status* politico-giuridico attribuitogli dalla società.

Fin dall'antichità si è avuta la percezione di questa correlazione. Ippocrate riteneva il regime giuridico-politico come intimamente connesso alle pratiche sanitarie vigenti in una determinata società, associando il sostegno ed il rispetto per il malato alla struttura democratica, e l'atteggiamento autoritario (o mistico-religioso) alla tirannide o all'oppressione sociale dei più abbienti e dei più potenti verso i più deboli. Coerentemente, Platone e Ippocrate, nei loro trattati politici, ritengono che la medicina debba essere modulata conformemente alle finalità istituzionali della *polis* e dello *status* del paziente. Platone ne reputa necessari due tipi, una per i liberi, attenta alla personalità del paziente, ed una per gli schiavi, il cui scopo dovrebbe essere solo quello di rimetterli al più presto in condizione di lavorare, al punto di somministrar loro le cure con fare "dispotico". Aristotele invece auspica un utilizzo delle conoscenze mediche al fine di rendere più equilibrata la società sul piano demografico, condizionando in maniera pesante le scelte del cittadino.

Con il progresso scientifico dell'epoca illuminista, e con la nascita dello Stato contemporaneo, si assiste ad un continuo incremento del fenomeno della medicalizzazione della società e le nuove conoscenze vengono utilizzate dalle istituzioni pubbliche per il perseguimento degli interessi statali. Grazie all'impiego delle scienze sociali, con le quali si riesce a comprendere il nesso tra condizioni di vita e patologie, si prendono misure volte a migliorare la salute dei singoli, non tanto per fini "umanitari", quanto per renderli operai, contadini e soldati validi e

produttivi. Vi è quindi un totale disinteresse per la personalità, le aspirazioni e le preferenze del paziente.

La strumentalizzazione della persona, coerente con il principio statualista dello Stato ottocentesco, raggiunge il massimo livello di esasperazione nei regimi totalitari della prima metà del XX secolo, in particolare il nazi-fascismo, con le pratiche eugenetiche e le sperimentazioni, comportanti esiti spesso fatali, compiute su soggetti non consenzienti.

Dopo la seconda guerra mondiale, a seguito del processo di Norimberga, l'ordine politico viene ricostituito, e l'individuo viene posto al centro dell'azione istituzionale. Anche nel settore medico va gradualmente affermandosi il principio del consenso informato, col quale si riconosce l'esistenza, per ogni essere umano, di uno spazio decisionale autonomo, nel quale né i professionisti né l'Amministrazione statale possono entrare.

Nonostante questa maggiore attenzione, la medicalizzazione della società raggiunge i livelli più alti proprio nella seconda metà del XX secolo. Essa, però, non va imputata solo all'intervento attivo dello Stato. Il potere di controllare i corpi (al quale Foucault si riferirà con l'espressione "*biopotere*") non si afferma esclusivamente attraverso lo strumento tipico del potere sovrano, ossia col diritto, ma anche tramite altri mezzi, apparati ed istituzioni sociali, quali la scuola, l'esercito ed i *media*. Inoltre, i messaggi che vengono veicolati sono espressione non solo della volontà statale, ma anche di altri centri di interesse di natura economica, commerciale o di casta.

A partire dagli anni Settanta del Novecento, specie in ambito sociologico, viene denunciato l'affermarsi di una cultura della cosiddetta "dominanza medica" che origina dal connubio tra Stato, corporazioni professionali e multinazionali farmaceutiche, volte a controllare e plasmare i comportamenti della popolazione, e a consolidare le posizioni di potere acquisite, nonché a trarne profitto economico. Secondo i sostenitori di questa tesi (Illich, Zola, Conrad e Szasz) il compito è reso più agevole dall'organizzazione industriale "serializzata" dei sistemi sanitari

odierni, che determina una spersonalizzazione delle cure mediche in cui l'elaborazione del dolore e della sofferenza viene sradicata dal contesto culturale, accantonando i riti e le tradizioni che servivano a lenirli, e si affida esclusivamente alla scienza.

Ciò determina un mutamento anche del modo in cui i pazienti/“utenti” dei “servizi” medici percepiscono i trattamenti sanitari, ossia non più come una prestazione assistenziale rivolta alla persona, ma come un servizio di natura economico-industriale, dal quale si pretende di essere soddisfatti. A questo si sono aggiunte le nuove possibilità apportate dalla cosiddetta “rivoluzione biotecnologica”, che permettono il controllo di processi biologici prima affidati esclusivamente alla natura. Grazie ad esse, è possibile compiere scelte relative alla procreazione ed al prolungamento della vita un tempo impensabili.

Lo sviluppo di una mentalità “consumeristica” (ma anche “consumistica”) spinge i singoli a rivendicare un controllo sulle decisioni che riguardano la propria esistenza, anche con l'ausilio delle ricordate nuove tecniche, incoraggiando non solo il paziente a pretendere sempre la soddisfazione delle proprie crescenti aspettative, ma anche a rivendicare la possibilità di realizzarsi come persona utilizzando tutti i mezzi che la scienza mette a disposizione. Ad esempio si può aspirare ad avere un figlio biologico a tutti i costi, anche su misura, qualunque sia la propria situazione familiare. Oltre alle scelte esistenziali legate alla procreazione ed alla morte, questo vale anche per questioni più “frivole”, quali il miglioramento del proprio aspetto fisico tramite la chirurgia plastica e, a questo proposito, si parla di “medicalizzazione della bruttezza”. Pertanto, la legittima pretesa di un trattamento sanitario effettuato conformemente alle *leges artis* si va affiancando a desideri determinati da canoni estetici e modelli indotti e pilotati dalla cultura e dalla società, sebbene essi vengano sentiti non come imposizioni ma come affermazioni della propria personalità e della propria libera volontà.

Questo fenomeno procede di pari passo alla crisi dello Stato moderno, che appare sempre più dominato da *lobby* economiche e sempre meno presente nella realtà sociale. Il *welfare state* dell'Europa occidentale, non più in grado di fornire

servizi di natura assistenziale ai livelli di qualche decennio fa, si indebolisce a vantaggio di soggetti privati.

Ovviamente la sanità è uno dei settori maggiormente colpiti, per cui si assiste ad una tendenza alla “demedicalizzazione” di alcune prestazioni, delegate ai singoli ed alle rispettive famiglie anziché gestite da professionisti. Ad esempio, si riduce al minimo l’ospedalizzazione, sostituendola con cure a domicilio, che comportano l’intervento dei parenti dell’ammalato. Se da un lato il coinvolgimento del paziente e dei suoi *caregiver* nella somministrazione delle cure porta ad una maggiore consapevolezza delle proprie condizioni di salute e ad una umanizzazione della medicina, dall’altro demandare queste prestazioni a soggetti non professionisti è spesso il frutto di scelte di bilancio, da cui può discendere un livello di assistenza inadeguato, in cui il malato viene abbandonato al proprio destino.

La demedicalizzazione può altresì dipendere dalla derubricazione di alcune condizioni e comportamenti umani dalla sfera del patologico a quella del fisiologico, frutto di un mutato atteggiamento sociale e culturale verso comportamenti minoritari o “devianti”. L’esempio più classico è rappresentato dall’omosessualità, oggi non più considerata come disturbo psichiatrico ma come inclinazione personale, che determina un arretramento della “giurisdizione” della medicina. Questo fatto denota come una diversa concezione della sessualità e dei valori ad essa sottesi si rifletta nella scienza medica.

Nell’ultima parte della ricerca, ci si è soffermati sull’analisi della giurisprudenza italiana e inglese relativa ad alcune problematiche - soprattutto in materia di procreazione e di consenso ai trattamenti sanitari - rivelatrici dello spazio, sempre maggiore, concesso all’autodeterminazione dell’individuo nelle scelte riguardanti il proprio corpo e la propria salute.

Innanzitutto, si è visto come nell’ordinamento inglese, il quale tradizionalmente aveva un atteggiamento piuttosto deferente nei confronti della

professione medica, definito “*medical paternalism*”, si sia affermato sempre di più il riconoscimento della libertà decisionale del paziente. Questo avviene innanzitutto in materia di consenso informato. A seguito di recenti e rivoluzionari sviluppi giurisprudenziali⁶⁹⁸, i professionisti sono tenuti a comunicare con chiarezza i rischi derivanti dai trattamenti sanitari proposti, mentre in precedenza dovevano solo fornire le informazioni essenziali, al fine di non confondere e di non spaventare il paziente “profano” in campo medico⁶⁹⁹.

Le innovazioni giurisprudenziali non si sono limitate a statuire l’esistenza di un obbligo di informazione, ma si sono spinte ad affermare un diritto all’autodeterminazione del paziente anche in relazione a scelte controverse in materia di rifiuto di trattamenti sanitari⁷⁰⁰. Anche in questi casi si registra un iniziale sostegno dei sanitari da parte delle corti, seguito da un lento e cauto, ma progressivo, riconoscimento della libertà di scelta da parte del soggetto adulto, capace di intendere e di volere.

Una simile tendenza si è avuta anche nel complesso settore della libertà procreativa, in particolare delle azioni di *Wrongful Conception*. In questo ambito, il diritto al risarcimento del danno arrecato dalla nascita di un bambino avvenuta a seguito di interventi di sterilizzazione “anticoncezionale” non riusciva che si era affermato, a partire dai primi anni Ottanta, nella giurisprudenza della *High Court* e

⁶⁹⁸ In particolare il caso *Chester v Afshar*. Cfr. *supra*, cap. 4

⁶⁹⁹ Sebbene l’esistenza dell’obbligo di ottenere il consenso del paziente (debitamente e previamente informato della natura e delle finalità dell’intervento) fosse pacifico, esso veniva in pratica eluso da informazioni superficiali e generiche, selezionate a discrezione del professionista, che quindi compiva anche le scelte terapeutiche. Precedentemente, il caso che definiva lo standard di diligenza cui doveva attenersi il medico (sia nell’esecuzione dell’intervento sia per quanto riguarda l’informazione fornita al paziente) era il caso *Bolam v. Friern Hospital Management Committee*. Cfr. *supra*, cap. 4.

⁷⁰⁰ In particolare, la casistica ha riguardato il rifiuto delle cure da parte del malato terminale o della gestante. La particolarità di queste situazioni è l’esito potenzialmente fatale del rifiuto, fortemente contestato dai sanitari perché ritenuto irrazionale, tanto da spingerli a richiedere ai giudici una pronuncia di incapacità di intendere e di volere che permettesse loro di intervenire coattivamente. Cfr. *supra*, cap. 4, caso *St. George NHS Trust*

della *Court of Appeal*, veniva giustificato sulla base della lesione patrimoniale costituita dalle spese di mantenimento del figlio non programmato. Questa soluzione era stata fortemente criticata, poiché veniva ritenuto “sacrilego” affermare che una vita potesse essere considerata un danno (specie se il neonato era sano), ma pareva altrettanto ingiusto non fornire alcun rimedio di fronte alla innegabile negligenza dei sanitari.

La giurisprudenza della *House of Lords*, sembra attestarsi nel senso di affermare la risarcibilità non delle spese di mantenimento quanto della violazione del diritto all'autodeterminazione personale in sé per sé considerata, condannando i convenuti alla corresponsione di una *conventional sum*, di valore cospicuo ma non sufficiente al sostentamento del bambino “indesiderato”⁷⁰¹.

E' stato necessario procedere ad un'analisi puntuale della *case law* in quanto questa nuova tipologia di danno, definita “*tort of autonomy*”, non è stata collocata in modo chiaro nell'ambito dei principi della responsabilità extracontrattuale inglese⁷⁰². La difficoltà, riscontrata dalla giurisprudenza, è stata quella di coniugare la necessità di pervenire ad una soluzione equa con quella di preservare la coerenza dei principi giuridici che ne sono alla base. Resta comunque di estremo interesse il fatto che si sia ricorsi alla soluzione di elevare l'autodeterminazione alla stregua di un diritto, la cui lesione comporta un risarcimento.

Anche l'ordinamento italiano registra la tendenza a riconoscere un'importanza sempre maggiore all'autodeterminazione sul proprio corpo. La particolarità che ha caratterizzato l'esperienza del nostro Paese risiede nel fatto che ciò è avvenuto nonostante le spinte in senso contrario degli ultimi anni.

Nel panorama politico recente si è assistito al tentativo, operato dalla maggioranza di centro-destra di attuare un programma estremamente conservatore

⁷⁰¹ Nei casi *Macfarlane v. Tayside HB* e *Rees v Darlington Memorial Hospital*, cfr. *supra*, Cap. 5. La Corte ha lasciato però aperta la questione relativa all'eventualità che il nuovo nato a seguito della fallita sterilizzazione sia affetto da disabilità. Non è chiaro, ad oggi, se in questo secondo caso la somma o le voci di danno debbano essere diverse.

⁷⁰² Cfr. *supra*, cap 5.

e di ispirazione cattolica in materia di bioetica. In molti casi, si è cercato di attuare riforme che ridimensionavano la portata di principi di natura costituzionale, elaborati dalla Consulta e definiti come “costituzionalmente necessari”, che invece valorizzano il diritto alla salute e la libertà di scelta⁷⁰³.

La Legge 40/2004 in materia di fecondazione assistita è certamente emblematica a questo proposito. Essa, nella sua versione originale, presentava degli evidenti punti di attrito con la Carta fondamentale, in particolare col diritto alla salute della donna. Vietava infatti l’effettuazione di test diagnostici sul concepito volti ad identificare l’esistenza di patologie genetiche, per impedire che si procedesse alla cosiddetta “selezione degli embrioni”.

La Consulta, con una pronuncia “additiva”, ha ridimensionato la portata del divieto, consentendo i test diagnostici e rimuovendo anche la disposizione che imponeva di non produrre più di tre embrioni per ogni ciclo di PMA. Sebbene la pronuncia risulti alquanto succinta, riducendo le considerazioni in diritto a pochissimi capoversi, ribadisce il principio secondo il quale la salute della donna giustifica l’esistenza di uno spazio decisionale autonomo sul proprio corpo. Il fatto che la giurisprudenza non abbia ceduto alle numerose pressioni politiche e non abbia ripiegato su interpretazioni restrittive degli enunciati costituzionali, confermando il proprio orientamento, dimostra ancora una volta che esiste una sfera individuale con la quale i pubblici poteri non possono interferire.

Si rileva tuttavia come sia estremamente difficoltoso trovare un equilibrio tra le istanze individuali volte al raggiungimento di una maggiore autonomia e la necessità di tutela dell’ordine pubblico dalle derive che potrebbero discendere da un uso disinvolto delle tecnologie riproduttive. A questo proposito nella letteratura angloamericana in materia di bioetica si parla di *slippery slope*, indicando così un processo di graduale assuefazione della morale comune a interventi sempre più arditi e incontrollabili.

⁷⁰³ Cfr. Stefano Rodotà, *Il caso Englaro: una cronaca istituzionale*, Micromega, 2/2009, pag. 77

Una disciplina estremamente restrittiva o un vuoto legislativo potrebbero dunque non coniugare le contrapposte esigenze in maniera adeguata.

Una soluzione che permette di approfittare delle molteplici possibilità che la PMA offre, senza però creare situazioni controverse, sembra essere quella fornita dalla legge inglese, lo *Human Fertilisation and Embriology Act 2008*, che novella lo *Human Fertilisation and Embriology Act 1990*, precedentemente in vigore. Esso prevede che ogni singola procedura di procreazione assistita ed ogni ricerca sperimentale sugli embrioni nel Regno Unito siano autorizzate da un'apposita autorità amministrativa indipendente (la *Human Fertilisation and Embriology Authority*), dopo essere stata valutata da una commissione *ad hoc* costituita da medici, filosofi, biologi e giuristi. Di volta in volta, questa decide se l'intervento sia ammissibile o meno. Vi sono alcuni divieti assoluti, fra cui quello di effettuare la clonazione umana a scopo riproduttivo e quello di effettuare, a fini di lucro, la surrogazione di maternità o la vendita di gameti.

Così facendo, si mantiene un controllo pubblico sull'operato dei singoli, senza però negare, in linea di principio, la loro libertà di scegliere il ricorso a (quasi) tutte le tecniche di procreazione assistita che le recenti scoperte scientifiche mettono a disposizione. E' infatti possibile, in Inghilterra, ottenere la maternità surrogata e la fecondazione eterologa ed è consentito anche ai *single* accedere alla PMA.

Si rileva tuttavia che la legge inglese dopo la riforma del 2008, è stata cambiata, in senso maggiormente permissivo. Ad esempio, riguardo ai *single*, il nuovo testo legislativo non fa più menzione del *child's need for a father*, di cui la commissione doveva tener conto per autorizzare la fecondazione assistita in precedenza. Così, se questo modello legislativo ha il vantaggio di essere flessibile e di tutelare il sistema dalle derive del mercato, non si rivela immune dalle sue pressioni, soprattutto da quelle sociali che spingono ad avere un figlio biologico a tutti i costi.

La soluzione inglese permette quindi una continua osmosi ed un continuo confronto tra le istanze della popolazione, quelle dei tecnici e quelle provenienti dai pubblici poteri, consentendo una partecipazione di tutti gli attori coinvolti e rende il processo riformatore graduale e condiviso⁷⁰⁴.

Si attenuano così le asprezze dello scontro tra interessi contrapposti, esasperato dalle più radicali e rigide forme di regolamentazione adottate in altri ordinamenti, ove si assiste a tentativi di prevaricazione di alcuni gruppi su altri. Il risultato è la totale assenza di un dibattito pubblico comprensibile per il comune cittadino.

In Italia, la scarsa partecipazione al referendum per l'abrogazione della Legge 40/2004, dovuta proprio alla limitata conoscenza della materia da parte di molti elettori, è un chiaro indice di questa estromissione della maggioranza delle persone da questioni di fondamentale importanza per il controllo sul proprio corpo.

⁷⁰⁴ Sebbene ciò avvenga al prezzo di una potenziale incoerenza nella tipologia di interventi di volta in volta autorizzati o negati dalla *Human Fertilisation and Embriology Authority*.

BIBLIOGRAFIA

Alpa Guido, “*Limiti dell’intervento giuridico*” in “*Questioni di bioetica*” a cura di Stefano Rodotà, BUL, 1997.

Alston Philip, “*The Unborn Child and Abortion Under the Draft Convention on the Rights of the Child*”, (1990) 12 *Human Rights Quarterly*, vol. no. 1, pp. 156-178.

Alston, Philip *Human Rights Quarterly*, vol. 12, no. 1, 1990, pag. 156

Amato Giuliano, “*I dogmatici dell’Embrione lo trattano come ‘muffa’* ” , in *Corriere della sera*, 11 Aprile 2005.

Arisi Emilio, Faggioli Antonio, Terranova Ferdinando, “*Aborto e controllo delle nascite*”, Editori Riuniti, Roma, 1976.

Aristotele, “*La Politica*”, traduzione a cura di C.A. Viano, Editori Laterza, Bari, 1963.

Armstrong, David Malet, *The History of the Mind-Body Problem –an opinionated introduction*, Westview Press, Boulder CO, 1996

Atiyah P.S., “*Medical Malpractice and the Contract/Tort Boundary*”, (1986) 49(2) *Law and Contemporary Problems*, 287, in H.Teff, “*Medical Practice and Malpractice*”, Ashgate, 2001.

Azoux-Bacrie Laurence, “*Bioéthique, bioéthiques*”, Emile Bruylant, Bruxelles, 2003.

Azzaro Andrea Maria, “*La Fecondazione artificiale tra Atto e Rapporto*”, in *Dir. di Famiglia e delle Persone*, V. 34, n° 1 (Gennaio/Marzo 2005), pp. 227-236.

Bainham A., S.D. Scalter, M. Richards (eds.), “*Body Lore and Laws*,” Oxford, Hart Publishing, 2002.

Baldini Gianni, “*Il danno da procreazione: evoluzione dei profili di responsabilità alla luce delle nuove tecniche di riproduzione artificiale*”, in *Riv. Cr. Dir. Priv.*, 1995, pag. 481.

Baldini Gianni, “*Il Nascituro e la Soggettività giuridica*,” in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, n° 1/2000. (Gennaio-Marzo 2000), pag. 334.

Baldini Gianni, “*Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*”, Giappichelli, Torino, 1999.

Baldini, Gianni “*Il danno da procreazione: evoluzione dei profili di responsabilità alla luce delle nuove tecniche di riproduzione artificiale*”, in *Riv. Cr. Dir. Priv.*, 1995, pag. 481

Baratto A., “*Il risarcimento del danno per mancato esercizio del diritto all'interruzione di gravidanza: un problema aperto*”, in *Giurisprudenza italiana*, 2000, pag. 43 (Nota a cassazione civile sez. III 24/3/99, n. 2793).

Batà A. “*Responsabilità del medico, omissione di informazioni e danno risarcibile per mancanza di interruzione di gravidanza*” in *Corr. Giuridico*, 1995, pag. 91.

Baud Jean Pierre, *Il caso della mano rubata*, Giuffrè Editore, Milano, 2003
Becchi, Giulio Einaudi Editore, Torino, 1997

Bello-Lefevre Isabelle, “*Observations*”, nota alla sentenza Vo c. France, in Recueil Dalloz, 2004

Beyleveld Derek, Brownsword Roger, *Human Dignity in Biolaw and Bioethics*, OUP, Oxford 2001

Bickenbach J.E., “*Damages for Wrongful Conception: Doiron v. Orr,*” (1979-80) *U.W.Ontario L. Review* 493.

Bilancetti Mauro, “*La responsabilità penale e civile del medico*”, CEDAM, Padova, 2003.

Bin Roberto, Caretti Paolo, “*Profili Costituzionali dell’Unione Europea*”, Il Mulino, Bologna, 2005.

Bin, Roberto, *Sussidiarietà Privacy e Libertà della Scienza: Profili costituzionali della procreazione assistita*, in Emilia Camassa, Carlo Casonato (a cura di), *La Procreazione Medicalmente Assistita: ombre e luci*, Università degli Studi di Trento, Trento 2005, pag. 41

Bitetto Annalisa, in nota alla sentenza Tribunale di Venezia, 10 settembre 2002, in *Danno e responsabilità*, n° 4/2003, pag. 406.

Bompiano Adriano, “*Bioetica in Italia*”, Edizioni Dehoniane, Bologna, 1992.

Brahams D., “*Damages for ‘Unwanted’, healthy child awarded to physically disabled mother but not to mentally handicapped mother,*” (2003) MCJ 71 (1) (editorial).

Brazier, Margaret, Cave, Emma, *Medicine, Patients and the law*, Penguin Books, London 2007

Brazier, Margaret, Miola, José, “Bye Bye Bolam: A Medical Litigation Revolution?”, 8 [2000] 1 Med. Law Review 85

Brownsword, Roger, “Stem Cells and cloning: Where the regulatory consensus fails”, 39 (2004) New England Law Review 535

Brunetta D’Usseaux, Francesca, *Esistere per il diritto*, Giuffré, Milano 2001.

Busnelli Francesco Donato, “L’inizio della vita umana”, in *Riv. It. Dir. Civ.*, 2004, pp. 533 e ss.

Busnelli, Francesco Donato – Palmerini, Erica, “Bioetica e diritto privato”, in *Enciclopedia del diritto*, pag. 142, Giuffré, Milano 2001

Busnelli, Francesco Donato, *Bioetica e diritto privato, frammenti di un dizionario*, Giappichelli, Torino, 2001

Busnelli, Francesco Donato, Patti, Salvatore, *Danno e Responsabilità*, Giappichelli, Torino 2003

Byk Christian, in “*Bioéthique et Convention européenne des Droits de l’Homme*”, in Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert (sous la direction de), « *La Convention européenne des droits de l’homme : commentaire article par article* », 2^{ème} ed., Economica, Paris, 1999.

Cacace Simona, “*Il caso : la (solita) cicogna indesiderata al vaglio dei giudici di merito*” in *Danno e responsabilità* n° 12/2003, pag.1228.

Canestrari S., Cimbalo G., Pappalardo G., “*Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*”, Giappichelli editore, Torino, 2003.

Capizzano P., “*Vita e integrità fisica*”, in *Novissimo Digesto*, Giappichelli, Torino, 1975 pag. 1010.

Carbone G., “*Fecondazione artificiale: i dubbi di Dulbecco e le certezze della biologia*”, disponibile sul sito www.genova.mpv.org.

Caredda Stefano, “*Aborto e prevenzione: l’esperienza di settantamila bambini nati*”, disponibile sul sito: <http://www.Korazym.org/news1.asp?Id=15285>

Caretti Paolo, “*I Diritti Fondamentali*”, Giappichelli, Torino, 2002.

Casini Carlo, Casini Marina, Di Pietro Maria Luisa, *La legge 19 febbraio 2004 n°40. Commentario*, Giappichelli, Torino 2004

Casonato Carlo, Camassa Erminia (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: Ombre e luci*, Università di Trento, Trento 2004

Cataldi R., Matricardi C., Romanelli F., Vagnoni S., Zatti V., “*La responsabilità professionale del medico. Tutela civile e profili penali. Normativa. Giurisprudenza. Casi pratici*”, Sant’Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2005.

Catone Marco Porcio, *Libri ad Marcum Filium*, framm 1 Jordan, in Plinio Il Vecchio, *Naturalis Historia*, 29, 14-15. La traduzione italiana è tratta da: G. Pontiggia, M.C. Grandi, *Letteratura latina. Storia e testi*, Milano, Principato, 1996

Celotto Alfonso, “*L’efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*”, in *Giur. It.*, 2005, pp. 427-440.

Clerk and Lindsell, “*Torts*”, 18th edition, Oxford, 2000.

Comandé Giovanni “*Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali*”, Giappichelli, Torino, 1999.

Comandé Giovanni, Giuseppe Turchetti, “*La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*”, Padova, CEDAM, 2004.

Conrad Peter, *Identifying Hyperactive Children: The Medicalization of Deviant Behavior*, Ashgate, Dartmouth 2006

Conrad, Peter, Schneider, Joseph, *From badness to sickness*, Temple University Press, Philadelphia PA, 1992

Conrad, Peter, “Le mutevoli spinte della medicalizzazione”, *Salute e Società*, n° 2/2009, pagg. 36-56

Conte Gian Biagio, Emilio Pianezzola (a cura di), *Storia e testi della letteratura latina*, Le Monnier, Firenze 1999

Cosmacini G., *L’arte lunga*, Laterza, Roma-Bari, 1997

D’Amato Clotilde, *Vita Costumi degli antichi romani - La medicina*, Edizioni Quasar, Roma 1993

De Vita, Anna, “Proprietà e persona nella strategia dell’esclusione –rimediare Vichy: tutto in ordine e niente a posto”, in *Politica del Diritto*, vol 1, 2007, pag. 25 e ss.

D’Usseaux Francesca Brunetta, “*Esistere per il diritto. La tutela giuridica del non nato*”, Giuffrè Editore, Milano, 2001.

Davies Margaret, Naffine Ngaire, “*Are Persons Property?*”, Ashgate, Dartmouth 2001.

De Vita Anna Maria, “*Proprietà e persona nella strategia dell’esclusione – rimediare Vichy: tutto in ordine e niente a posto*”, in *Politica del Diritto*, vol 1, 2007

Decaux-Pettiti, Emmanuel, Imbert Pierre-Henri (a cura di), «*La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*», 2^{ème} ed., Economica, Paris, 1999.

Denyer , R.L. “*Failed Sterilisation and Child Costs Revisited*”, [2004] 34 Fam. LJ 123

Devaney S., “*Commentary-Autonomy Rules OK*”, *Med Law Rev.*, 2005.13 (102).

Dickerson Donna, *Property in the Body –feminist perspectives*, CUP, Cambridge 2007

Dimopoulos P., M. Bagaric, “*The Moral Status of Wrongful Life Claims,*” (2003) 32.1 CLWR 35.

Dixon, C. “*An Unconventional Gloss on Unintended Children*”, (2003) NLJ 153.7105(1732)

Douglas G., “*Case Report: Negligence*”, (2004) 34 Fam. LJ 22 e C.Dixon, “*An Unconventional Gloss on Unintended Children*”, (2003) NLJ 153.7105(1732).

Draper, R, “*Beware! Pre-Implantation Genetics may solve Old Problems, but It also raises New Ones*”, (1999) 25 *Journal of Medical Ethics* 121.

Dworkin Gerald, *Theory and Practice of Autonomy*, CUP, Cambridge 1988

Eco Umberto, “*Embrioni alla porta del Paradiso*”, in *L'Espresso*, 15 marzo, 2005.

Edwards Robert, “*La vita prima della nascita*”, Frassinelli, Milano, 1990.

Engelhardt H.Tristram, “*Manuale di bioetica*”, Il Saggiatore, Milano, 1999.

Englard Yzak, “*The Philosophy of Tort Law*”, Aldershot, Dartmouth, 1993.

Faraoni Alicia Benedetta, “*Maternità surrogata: La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*”, Giuffré, Milano, 2002.

Faraoni, Alicia Benedetta *La Maternità surrogata, La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive del problema*, Giappichelli, Torino 2002

Fassin Didier, Memmi Dominique, *Le Gouvernement des Corps*, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, Paris 2004

Feinberg, Joel, *Harm to Self*, OUP, Oxford 1986

Fioravanti, Maurizio, *Appunti di storia delle Costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1995

Flamigni Carlo, “*Manifesto di Bioetica Laica*”, in *Sole 24 Ore*, 9 Giugno 1966.

Fornero Giovanni, “*Bioetica laica e bioetica cattolica*”, Bruno Mondadori, Milano, 2005.

Fortin, J.E.S., “*Is the Wrongful Life Action really Dead?*”, (1986) *JSWL* 306.

Foucault Michel, *Storia della sessualità*, vol I: *La volontà di sapere*, (trad. it.), Feltrinelli 1978

Fovargue Sara, Miola José, “*Policing Pregnancy: Implications of the Attorney General Reference (no. 3 of 1994)*”, in (1998) *6 Med. Law Review* 265.

Franciolini Giovanni, “*Il Dibattito sull'eutanasia tra Corte europea e giurisprudenza interna*”, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2002, Vol. 31, n°4, pp. 795-823, www.uaar.it/uaar/documenti/rs02.html

Franco Vittoria “*Bioetica e Procreazione Assistita*”, Donzelli, Roma, 2005.

Frank, Johann Peter, *System einer vollstandigen medicinischen Polizey (A complete System of Medical Policy)*, pubblicato in 9 volumi dal 1779 al 1827

Freeman Michael, “*Medical Assisted Reproduction*,” in A. Grubb, “*Principles of Medical Law*”, OUP 2004.

Freni Fortunato, *“Biogiuridica e Pluralismo etico-religioso”*, Giuffré, Milano, 2000.

Gazzoni, Francesco *“Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale”*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, V. 34, n° 1 (Gennaio/Marzo 2005), pag. 168 2005

Giannecchini Ilaria, *“Paziente rifiuta il cesareo per motivi culturali e religiosi-il punto di vista giuridico”*, in P. Funghi, F. Giunta, *“Medicina, bioetica e diritto”*, ETS, Pisa, 2005, pp. 98 e ss.

Giaimi, Alain, *De l'impuissance à la disfonction érectile. Destins de la médicalisation de la sexualité*, in Didier Fassin, Dominique Memmi (a cura di), *Le Gouvernement des Corps*, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, Paris 2004, pagg. 89 e ss.

Giardina A., Sabbatucci G., Vidotto V., *L'età medievale*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1995

Goldman, Annie *Le donne entrano in scena: dalle suffragette alle femministe* (trad. it.), Giunti, Firenze 1996

Grispigni Filippo, *“La responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico arbitrario”*, in *“La scuola positiva”*, Prima Parte, 1914, pagg. 647-677

Grispigni Filippo, *“La volontà del paziente nel trattamento medico-chirurgico”* in *“La scuola positiva”*, Prima Parte, 1921, pagg. 493

Grubb Andrew, “*Duties in Contract and in Tort*”, in A. Grubb, “*Principles of Medical Law*”, 2nd edition, OUP 2004, pp. 315-316, e “*Problems of Medical Law*”, in B. Markesinis, S. Deakin, *Tort Law*, 5th ed., Oxford, Clarendon, 2003.

Grubb Andrew, “*Principles of Medical Law*”, OUP, Oxford 2004.

Habermas Juergen, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, Einaudi 2002

Habermas Juergen, “*Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*”, Torino, Einaudi, 2002.

Honoré, Tony, *Making Law Bind*, OUP, Oxford 1987

Illich Ivan, *Nemesi Medica*, Mondadori, Milano, 1977

Jonas Hans, *Tecnica, medicina ed etica (Prassi del principio responsabilità)*, Einaudi, Torino 1997

Kant Immanuel, *Lezioni di Etica*, Laterza, Roma-Bari 1991

Kant, Immanuel *Fondazione della metafisica dei costumi*, in Chiodi, Pietro (a cura di), *Scritti Morali di Immanuel Kant*, UTET, Torino 1970

Kass, Leon et al., *Human Cloning and Human Dignity, the report of the President's council on bioethics*, Public Affairs, New York (2002)

Kennedy Ian, Grubbs Andrew, “*Medical Law*”, OUP, 1998.

Knoppers V. “L’integrità del patrimonio genetico: diritto dell’embrione o diritto dell’umanità?”, in *Pol. Dir.*, 1990.

Lalli Chiara, “*Libertà procreativa*”, Napoli, Liguori, 2004.

Lalli, Chiara, *Libertà procreativa*, Liguori, Napoli (2004)

Laurie G. T. , “*Obligations arising from genetic information—negligence and the protection of familial interests,*” (1999) 11.2 C Fam 109.

Lecaldano Eugenio, “*Bioetica: le scelte morali*”, Laterza, Bari 1999.

Lupton, Deborah, “Doctors on the medical profession”, 19 (1997) *Sociology of Health and Illness* 24 480-497

Maclean Alasdair, *Distributing the Burden of a Blessing*, (2004) JOR 23

Macpherson Crawford Brough, *The theory of possessive individualism*, Clarendon Press, Oxford 1962

Mantovani Ferrando, “*Diritto penale –parte generale*”, CEDAM, Padova, 1992.

Mantovani Ferrando, “*I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*”, Cedam, Padova, 2005.

Markesinis B., S. Deakin, “*Tort Law*”, 5th ed., Oxford, Clarendon, 2003.

Marziale, *Epigrammi*, (a cura di Cesare Vivaldi), Newton Compton ed., Roma 1993

Mason J.K., Laurie Graeme *Mc Call Smith's Law and Medical Ethics*, 7th Edition, OUP, Oxford, 2006

Mason J.K., *Unwanted pregnancy: a case of retroversion?*, (2000) 4 *Edinburgh Law Review* 191, in S. McLean(ed), "*Medical Law and Ethics*", Adelrshot, Darmouth, 2002

Mathieu, Lilian, *Entre l'aliénation du corps et sa libre disposition. Les politiques de la prostitution*, in Didier Fassin, Dominique Memmi (a cura di), *Le Gouvernement des Corps*, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, Paris 2004, pagg. 157 e ss.

McLean S, (ed), "*Medical Law and Ethics*"⁴³, Adelrshot, Darmouth, 2002.

McLean, Sheila (a cura di), *Legal issues in Human Reproduction*, Adelrshot, Dartmouth, 1990.

Memmi, Dominique, *Administer une matière sensible. Conduites raisonnables et pédagogie par corps autour de la naissance et de la mort*, in Didier Fassin, Dominique Memmi (a cura di), *Le Gouvernement des Corps*, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, Paris 2004

Messinetti Davide, *Personalità (diritti della)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIII, 1983

Michael Freeman, "Medical Assisted Reproduction," in A. Grubb, "Principles of Medical Law", OUP, Oxford 2004

Milan, Giandomenico, *Aspetti giuridici della fecondazione assistita*, CEDAM, Padova (1997)

Milano Gianna, “*Bioetica*”, Feltrinelli, Milano, 1997

Miola Josè, *Medical Ethics and Medical Law: A Symbiotic Relationship*, Hart Publishing, Oxford, 2007

Mullender Richard, “*Corrective Justice, Distributive Justice and the Law of Negligence*,” (2001) 1 *Professional Negligence* 35.

Munby James “*Consent to Treatment: Children and the Incompetent Patient*” in Grubb Andrew, “*Principles of Medical Law*”, OUP, Oxford 2004.

Munro Colin R., “*Studies in Constitutional Law*”, 2nd edition, Butterworths, London, 1999.

Musio Antonio, *Misure di tutela dell’embrione*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, (2004), pp. 205-256

Naddeo, F *Accesso alle tecniche*, in P. Stanzione, G. Sciancalepore, *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano 2004, 57 (2004)

Nowak, Manfred, *UN covenant on civil and political rights*, Engel, Kehl Strasbourg Arlington (1993)

Pascual Fernando, “*Aristotele e Bioetica*”, in *Alpha Omega*, vol. X, n. 3, 2007

Pattison, Shaun ‘*Reproductive Cloning: Can Cloning Harm the Clone?*’. *Medical Law Review* 10(3): 295 (2002)

Pattison, Shaun, *Medical Law and Ethics*, Sweet and Maxwell, London 2006,

Perchinunno, Francesco “*Interruzione della gravidanza e diritto alla vita. Profili costituzionali*”, (*Innovazione 5*, Collana diretta da Aldo Loiodice), Università degli Studi di Bari (2000).

Platone, *Fedro*, LIV, 270, trad. a cura di Eugenio Garin e Maria Garin, IV ed., M. Lecce Editore, Verona 1952

Platone, *Gorgia*, in Nicola Abbagnano (a cura di), *I classici della filosofia*, UTET, Torino, 1987

Platone, *La Repubblica*, in Nicola Abbagnano (a cura di), *I classici della filosofia*, UTET, Torino, 1987

Plinio il Vecchio, *Naturalis Historia*, 29, 17 e ss., in Gian Biagio Conte, Emilio Pianezzola (a cura di), *Storia e testi della letteratura latina*, Le Monnier, Firenze 1999

Radin Margaret, *Contested Commodities*, Harvard University Press, 1996

Rensselaer Potter, Van II *Bioethics*. Bridge to the future, Englewood Cliffs (N.J.), 1971

Rodotà Stefano (a cura di), “*Questioni di Bioetica*”, BUL, Bari 1997.

Rodotà Stefano, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995

Rodotà, Stefano, *La vita e le regole*, Feltrinelli, Milano 2006

Rodotà, Stefano, *Il caso Englaro: una cronaca istituzionale*, Micromega, 2/2009, pag. 77

Rossi, Paolo *Lecture di storia della filosofia*, Vol I., Laterza, Bari, 1966

Rousseau, Jean Jacques, *Sull'origine e i fondamenti dell'inuguaglianza*, in Alatri Paolo (a cura di), *Scritti Politici di Jean Jacques Rousseau*, UTET, Torino 1970

Salvatorelli Luigi, Mira, Giovanni “*Storia d'Italia nel Fascismo*”, Milano, Mondadori, 1970

Santoro Emilio, *Autonomia individuale, libertà e diritti*, ETS Pisa 1999

Santosuosso Amedeo, *Corpo e libertà*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2001

Santosuosso, Fernando, *La procreazione medicalmente assistita: commento alla legge 19 febbraio 2004 n° 40*, Giuffrè, Milano (2004)

Scalisi, Antonino, “*Lo statuto giuridico dell'embrione umana alla luce della L. 40/2004 in tema di procreazione medicalmente assistita*”, in *Famiglia e Diritto*, n.2/2005, pp. 203 e ss.

Scarpelli Uberto, “*Bioetica laica*”, Baldini&Castoldi, Milano, 1998

Scott R., “*Prenatal Screening, Autonomy and Reasons: the Relationship between the Law of Abortion and Wrongful Birth*”, *Med. Law. Rev.* 2003.11

Semplici Stefano, “*Il Diritto di morire bene*”, Il Mulino, Bologna, 2002.

Shorter, Edward, *La complicata storia del rapporto medico-paziente*, Feltrinelli, Milano 1986

Singer Peter, *Rethinking Life and Death*”, traduzione italiana “*Ripensare la vita*”, Il Saggiatore, Milano, 2000.

Sournia Jean Charles, *Storia della medicina*, Edizioni Dedalo, Bari 1994

Spinazzè, Sabrina, *Donne d'arte. Il ruolo dell'associazionismo femminile tra emancipazione e nazionalizzazione*, in Maria Antonietta Transforini (a cura di), *Donne d'arte: storie e generazioni*, Meltemi editore, Roma 2006, pagg. 60 e ss

Stapleton J., Tort, “*Insurance and Ideology*”, 58 [1995] MLR 6 820

Sterpellone, Luciano, *La medicina greca*, Edizioni Essebiemme, Roma, 2002, cap. XIII

Strong, Phil, “Sociological Imperialism and the Profession of Medicine: a critical examination of the thesis of professional medicine”, (1979) *Social Science and Medicine* 13A 199-215.

Szasz Thomas, *The myth of mental illness*, Harper and Row, New York, 1974.

Teff, Harvey, “Medical Models and Legal Categories: an English Perspective”, 9 (1993) *Journal of Contemporary Health and Practice* 211

Thompson Michael, “*Feminist perspectives on Health Care Law*”, London-Sydney 1998, cap. 13

Vegetti Mario (a cura di), *Opere di Ippocrate*, UTET, Torino, 1996

Vegetti Mario, *L'etica degli antichi*, Laterza, Roma-Bari, 1989

Vegetti Mario, *La medicina in Platone*, Il Cardo, Venezia, 1995

Villani Riccardo, *La legge sulla procreazione assistita*, Giappichelli, Torino 2005

Welby Piergiorgio, *Lasciatemi morire*, Milano, Rizzoli, 2006

Wells Celia, "*On the outside looking in: perspectives on enforced Caesareans*", in S. Sheldon and M. Thompson, "*Feminist perspectives on Health Care Law*", London-Sydney 1998

Williams, Simon J. "Sociological Imperialism: where are we now?" 23 (2001) 2
Sociology of Health & Illness 135-158

Zatti Paolo, "*La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*", in NGCC, vol 2, 2001, pp. 149 e ss

Zatti Paolo, Colussi Vittorio, "*Lineamenti di Diritto Privato*", CEDAM, Padova, 1998.

Zatti Paolo, *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè Editore, Milano, 2009

Zola Irving Kenneth., *Medicine as an Institution of Social Control* in *Sociological review* , 20 (1972) 4, pag.487