



RIVISTA INTERNAZIONALE DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

3

Anno di fondazione 1921
Serie V - luglio/settembre 2021

Finis vitae

scritti di

FERRI, CRICENTI, ANSUATEGUI ROIG, CHIARELLA, CIRILLO,
COSSUTTA, LALATTA COSTERBOSA, MARTINI, TINCANI, FONTANA,
D'ALESSANDRO, GIRELLI

LA TORRE, *Stato di diritto e democrazia populista*

FARANO, *Sulla prova scientifica*

PORTONERA, *Il paradosso di Ponzio Pilato*



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

S O M M A R I O

FINIS VITAE

ENRICO FERRI, <i>Eutanasia e finis vitae, questioni aperte</i>	339
GIUSEPPE CRICENTI, <i>Per una critica gius-filosofica del consenso informato</i> ...	343
FRANCISCO JAVIER ANSUATEGUI ROIG, <i>Sobre la distinción entre eutanasia activa y eutanasia pasiva. Una reflexión a partir del caso Cappato-Antoniani</i> ...	363
PAOLA CHIARELLA, <i>Per chi suona la campana: riflessioni sul fine vita e il caso Cappato</i>	385
FRANCESCO CIRILLO, <i>Il diritto di non morire? Nuove tecnologie e nuovi scenari del fine vita</i>	411
MARCO COSSUTTA, <i>La trasformazione dei valori sociali in valori giuridici: il caso degli atti di disposizione del proprio corpo</i>	437
MARINA LALATTA COSTERBOSA, <i>L'argomento della sacralità della vita, contro se stesso</i>	457
ALESSANDRO MARTINI, <i>Fine della vita, finis vitae e morire secundum legem</i> ..	477
PERSIO TINCANI, <i>Suicidio e libertà</i>	511
GIANPAOLO FONTANA, <i>La dignità umana di fronte alle scelte di fine-vita (Considerazioni critiche intorno agli usi giurisprudenziali di un problematico e cangiante concetto)</i>	533
GIOVANNI D'ALESSANDRO, <i>La Corte costituzionale e il caso "Cappato-Antoniani"</i>	559
FEDERICO GIRELLI, <i>Il "rinvio decisorio". Note a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018 (c.d. ordinanza Cappato)</i>	577

STUDI

MASSIMO LA TORRE, <i>Stato di diritto e democrazia populista. Una relazione avvelenata</i>	589
--	-----

INDICE

ALESSIA FARANO, <i>Il “paradosso della prova scientifica”: un’ipotesi ricostruttiva</i>	609
GIUSEPPE PORTONERA, <i>Il “paradosso” di Ponzio Pilato: condannare un innocente per assolvere se stesso</i>	627

Il diritto di non morire? Nuove tecnologie e nuovi scenari del fine vita

FRANCESCO CIRILLO*

SOMMARIO: 1. *Introduzione*; 2. *Il concetto di accanimento terapeutico*; 3. *Gli scenari etici e giuridici della scelta di non morire*; 4. *Un caso problematico: l'ibernazione*; 5. *Conclusioni*.

1. *Introduzione*

La letteratura giuridica sul tema delle questioni di fine vita si occupa principalmente del problema dell'eutanasia o, in senso lato, dell'interruzione delle terapie. La questione del prolungamento della vita oltre le sue "soglie naturali"¹, in altri termini, non trova nella letteratura la stessa centralità del suo contrario, cioè del tema dell'interruzione dei trattamenti vitali. In questo contributo, invece, ci si propone di indagare il limite giuridico dell'intervento della tecnologia sulla vita e sul corpo, sia nel senso di sondare se sussista una soglia

(*) Dottorando in *Law and Cognitive Neuroscience* nell'Università degli Studi Niccolò Cusano (francesco.cirillo@unicusano.it)

(¹) L'espressione è frequentemente adottata e però qui non condivisa. Si osserva, infatti, che «Le trasformazioni scientifiche e mediche, assieme a quelle morali e sociali, hanno radicalizzato la caduta del quadro antico e medioevale, già realizzata nella prima modernità, perché hanno dissolto l'idea che esistano soglie naturali, come la nascita e la morte, dove interverrebbe la mano di Dio – e lo hanno fatto non solo teoricamente, ma aprendo praticamente queste circostanze della vita a un campo di innumerevoli interventi tecnologici e quindi di scelte. [...] Non possiamo proprio più parlare della nascita e della morte come soglie naturali». (P. DONATELLI, *Lo sfondo del liberalismo e gli inizi della vita umana*, in «Iride», 2, 2013, pp. 225-226).

oltre la quale è doveroso interrompere l'intervento medico, sia quanto alle ipotesi in cui la tecnologia prosegua la sua azione sul corpo al di là dei confini della vita, come nel caso emblematico dell'ibernazione del corpo umano². La prospettiva di indagine, vertendo su questioni che implicano una riflessione biogiuridica sul rapporto tra diritti e tecnologie, sarà innanzitutto radicata nella dimensione costituzionalistica, pur lambendo necessariamente il terreno della bioetica, della filosofia del diritto, del diritto civile e del diritto penale³.

D'altronde, benché si possa riscontrare in ambiti differenti che l'abuso della tecnologia abbia implicazioni etiche e giuridiche, la questione del limite dell'intervento medico sul corpo è affrontata soprattutto nella limitata prospettiva dell'accanimento terapeutico, di cui si dirà. Si potrà poi convenire che una parte delle questioni giuridiche sul fine vita che sono state aperte nel corso degli ultimi decenni abbia trovato, almeno nel diritto positivo e nei percorsi della giurisprudenza costituzionale e ordinaria, una definizione progressiva se non, addirittura, con riferimento al caso italiano, una soluzione definitiva⁴.

(²) Occorre precisare che l'ibernazione sia, «[i]n zoologia, la proprietà di numerosi gruppi di animali (dagli invertebrati ai vertebrati a sangue caldo) di trascorrere l'inverno in uno stato di vita latente, che consente loro di sopravvivere alle condizioni ambientali sfavorevoli del periodo invernale», come nel caso del letargo per i mammiferi (voce *Ibernazione*, in *Vocabolario on line*, Treccani), mentre si adottano termini quali "crioconservazione" o "criopreservazione" per descrivere la «[t]ecnica di conservazione a lungo termine di qualsiasi materiale biologico (animale e vegetale), mediante temperature molto al di sotto del punto di congelamento» (I. BONINI, *Crioconservazione*, in *Enciclopedia della Scienza e della Tecnica*, 2008). L'opzione per la terminologia meno precisa sotto il profilo scientifico risponde soltanto alla necessità di evocare un insieme di prassi indistinte e spesso indentificate in questo modo (cfr. C. MARRONE, *Ibernazione umana: come funziona e dove si può fare*, in «Il Corriere della Sera», 24 settembre 2019). Per un'introduzione alle questioni filosofiche che tale prassi implica, v. anche in D. SISTO, *Non invecchiare mai e vivere per sempre. Il potenziamento umano al confronto con il fine-vita*, in «Nuova Corrente», 159, 2017, pp. 153-168.

(³) Nella convinzione che il biodiritto si connoti per elementi di necessità interdisciplinarietà (tra i tanti, diffusamente in C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino 2012) e che, però, lo sfondo delle riflessioni debba orientarsi alla dimensione costituzionale della persona, senza fughe nei dettagli della "legislazione spicciola" (così S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in ID., M. TALLACCHINI, *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, Milano 2010, p. 169 ss.).

(⁴) In prospettiva internazionale e comparata, si osserva un quadro di "consolidati principi" (la dignità umana, la relazione di cura, il consenso informato, la proporzionalità e

Quanto invece ai nuovi scenari che saranno tratteggiati, anche in tema di ibernazione, occorre subito osservare che alcuni fenomeni non sono riscontrabili alle nostre coordinate geografiche e che tuttavia essi assumono un peso sempre crescente nello scenario globale, al punto da indurre a ritenere che possano conservare o accrescere il loro rilievo negli anni futuri⁵.

La riflessione, dunque, partirà dalla questione dei limiti di intervento medico e dalla nozione di accanimento terapeutico. Proseguirà, poi, nella rapida analisi della distinzione tra lo stato vegetativo e la morte cerebrale, per poi affrontare alcuni casi giuridici in tema di ibernazione (o, meglio, di crioconservazione), compiere un'analisi delle principali questioni giuridiche sottese e procedere ad alcune conclusioni di ordine generale.

2. Il concetto di accanimento terapeutico

La prima questione da affrontare consiste nella possibilità da parte della tecnologia medica di intervenire sulla vita biologica sino al punto di protrarne indefinitamente la durata nel tempo, consentendo al corpo di sopravvivere a condizioni minime, come in ipotesi di stato vegetativo persistente (*vel* permanente) o, persino, di morte cerebrale accertata.

A un primo sguardo, la questione del limite dell'intervento medico potrebbe apparire come risolta dalla presenza nel quadro delle norme positive del divieto di accanimento terapeutico⁶, che tuttavia si caratterizza per un'operatività piuttosto limitata. Con questo sintag-

l'adeguatezza delle cure, nonché il divieto di accanimento terapeutico) e di "permanenti incertezze" circa l'esistenza di un diritto al suicidio o, più in generale, circa la disponibilità del corpo nelle scelte di fine vita. Sul punto, v. anche E. SAVARESE, *Questioni sul fine vita a vent'anni dalla Convenzione di Oviedo: consolidati principi e permanenti incertezze*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 2, 2017, p. 344 ss.

(⁵) Come proprio nel caso dell'ibernazione, *recte* crioconservazione del corpo o di parti di esso, su cui, più ampiamente, *infra sub* § 4.

(⁶) La ricostruzione della nozione che qui si offre è fortemente agevolata (o limitata) dalla presenza della disposizione dell'art. 2 co. II della l. n. 219/2017. La questione, anche in passato, ha richiamato l'attenzione della letteratura. Tra i vari, cfr. C. CUPELLI, *Responsabilità colposa e "accanimento terapeutico consentito"*, in «Cassazione Penale», 9, 2011, pp. 2940-2954.

ma, infatti, s'intende «l'ostinazione nell'impartire trattamenti sanitari che risultano sproporzionati in relazione all'obiettivo terapeutico»⁷, o ancora «l'ostinazione in trattamenti diagnostici e terapeutici da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita», così nell'art. 16 del Codice di deontologia medica (2014); ostinazione da cui il medico deve astenersi (*scil.*) «anche tenendo conto delle volontà del paziente laddove espresse».

Ancora, l'art. 2 co. II della l. n. 219/2017, che ha sancito un quadro già in parte definito dalla giurisprudenza e dalla deontologia, ribadisce che «nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati».

Stante la generale operatività del fondamentale principio del consenso informato⁸, l'espressione si riferisce, quindi, a un limite che il medico deve rispettare a fronte della perdurante volontà del paziente di sottoporsi a un percorso terapeutico⁹. In altri termini, il paziente

(7) La definizione è di I. MARINO, D. TARQUINI, *Accanimento terapeutico*, in *Dizionario di Medicina*, Treccani, Roma 2010.

(8) Operatività affermata anche prima di una sua positivizzazione tramite fonti di rango primario. Il principio, tra l'altro, era già sancito nell'art. 5 della Convenzione di Oviedo e aveva trovato affermazione anche nella giurisprudenza costituzionale: «il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione e pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione. Discende da ciò che il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale [...]» (*ex multis*, Corte cost., s. n. 438/2008).

(9) Tale assunto era già stato ricostruito in via giurisprudenziale, soprattutto con riferimento al caso Englaro, *i. e.* Cass. civ., s. n. 21748/2007, in cui si afferma: «Ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente

che voglia interrompere l'assistenza sanitaria revocherà il consenso al trattamento terapeutico per impedire la prosecuzione delle cure (eventualmente accedendo, se del caso, alle cure palliative), senza che sia necessario ricorrere al concetto di accanimento perché sia consentita tale libera scelta, del tutto ascrivibile al principio personalista e alla libertà di salute presidiata dall'art. 32, II co. Cost. Per contro, il medico, che dovesse essere chiamato dal paziente a prognosticare infausta a svolgere un'attività assistenziale «da cui non si possa attendere fondatamente un beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita», dovrebbe invece astenersi dall'intervento, proprio in virtù del divieto di accanimento.

Dunque, il concetto di accanimento terapeutico si presenta come una declinazione di diversi principi consolidati in seno alla bioetica, perciò già ricostruito *aliunde* dalla giurisprudenza anche in mancanza di un'apposita disposizione quale quella attualmente contenuta nella legge del 2017¹⁰. Infatti, il divieto di astensione in questione figura come una diretta derivazione dei principi di non maleficenza (*primum non nocere*) e di beneficenza, così come anche – mediatamente – del principio di giustizia (che, in caso di risorse limitate, impedisce

in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa».

(¹⁰) In questo aspetto, non diversamente dalle altre questioni biogiuridiche, che si caratterizzano per soluzioni radicate nella riflessione bioeticista e in un diritto a formazione giurisprudenziale, dove «[i]l giudice è il soggetto ideale per conferire una parvenza di ordine al biodiritto senza alterare il disordine complessivo, per “contestualizzare” le singole scelte senza avanzare pretese di certezza, per riflettere il cambiamento senza la necessità della coerenza» (S. AMATO, *Caratteri del biodiritto*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2013, p. 41).

il ricorso a scelte terapeutiche con conseguenze inique)¹¹. Emerge poi il rilievo di due parametri enunciati dalla disposizione legislativa, l'irragionevolezza e la sproporzionalità dell'intervento terapeutico, i quali, lungi dal sovrapporsi *in toto* agli analoghi principi del diritto pubblico e comune, implicano un giudizio di bilanciamento tra rischi, benefici, mezzi e finalità dell'intervento medico disposto.

Inoltre, il divieto di accanimento terapeutico opera, nella lettera della legge, soltanto «nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte», non implicando alcuna doverosa astensione da altre forme di “ostinazioni” terapeutiche, sempre che supportate dal consenso del paziente. A titolo esemplificativo, non può considerarsi ostinato e irragionevole un trattamento medico *life-sustaining*, per il sol fatto che non ci si possa attendere un miglioramento per la salute¹². Infatti, la sola prosecuzione della vita legittima l'intervento medico che possa fondatamente perseguire tale obiettivo. Tali considerazioni consentono di affermare che il divieto di accanimento terapeutico circoscriva il potere di intervento medico ma, proprio in ragione delle specifiche condizioni che lo attivano, il divieto non si pone come limite generale di ogni forma di ostinazione terapeutica. D'altronde, il divieto, pur essendo operativo e ampiamente condiviso dall'orizzonte laico e quello cattolico¹³, risulta raramente dirimente nelle questioni critiche.

(¹¹) Ci si può riferire a T. L. BEAUCHAMP, J. F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics* (1979), Oxford University Press, Oxford 2001, pp. 114, 166 e 226 ss.

(¹²) Conformemente a quanto affermato, ancora, già in Cass. civ., s. n. 21748/2007 e come osservato da A. D'ALOIA, *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in «Quaderni costituzionali», 2, 2010, pp. 261-262. In questo ambito, si segnala il rilievo del caso Lambert, in cui si è ritenuto per contro, che «la nutrizione per il sostentamento fisiologico del paziente in stato vegetativo fosse una cura sproporzionata», come si osserva con tono fortemente critico in G. RAZZANO, *Accanimento terapeutico o eutanasia per abbandono del paziente? Il caso Lambert e la Corte di Strasburgo*, in «BioLaw Journal», 3, 2015, p. 181.

(¹³) Cfr. *Catechismo della Chiesa Cattolica*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano 1992, n. 2278: «L'interruzione di procedure mediche onerose, pericolose, straordinarie o sproporzionate rispetto ai risultati attesi può essere legittima. In tal caso si ha la rinuncia all'“accanimento terapeutico”. Non si vuole così procurare la morte: si accetta di non poterla impedire. Le decisioni devono essere prese dal paziente, se ne ha la competenza e la capacità, o, altrimenti, da coloro che ne hanno legalmente il diritto, rispettando sempre la ragionevole volontà e gli interessi legittimi del paziente».

Dunque, che cosa accade se il paziente, non nell'imminenza di morte né con prognosi infausta, manifesta la volontà di sopravvivere *ad libitum*, pur prescindendo dalle condizioni di tale sopravvivenza?

Il teologo Vito Mancuso, con riferimento al caso Englaro¹⁴, ha affermato: «Se mi trovassi a vivere una condizione del genere, vorrei rimanere al mio posto di combattimento, anche con la sola vita vegetale ma comunque al mio posto nel grande ventre dell'essere: nessun accanimento terapeutico, ma vivere fino in fondo la vita, secondo la tradizionale visione cattolica della morale della vita fisica».¹⁵

L'ipotesi che la sopravvivenza artificialmente consentita, con funzioni cognitive e comunicative fortemente compromesse, possa coincidere con lo stare al proprio posto nel grande ventre dell'essere può destare alcune perplessità, ma non è su quest'assunto che occorre soffermarsi. Il nuovo quadro tecnologico consente e – consentirà sempre più – di mantenere in stato vegetativo un corpo, se non proprio all'infinito, comunque per un tempo indefinito, magari con l'ausilio di farmaci palliativi. Ma quanto a lungo è lecito conservare in vita gli irriducibili entusiasti di una vita vegetativa? Il rispetto del “dono divino”¹⁶ può giungere a imporre alla comunità il dovere di una terapia infinita? Valgono, come nelle questioni bioetiche tradizionali, le medesime soluzioni improntate al principio di autodeterminazione, per cui, se una persona sceglie di vegetare all'infinito, la comunità è tenuta ad assecondare tale volontà? È solo un problema di risorse finanziarie – quelle necessarie a sostenere numerosi individui in stato vegetativo – o è anche un dilemma etico, deontologico e giuridico degli operatori chiamati a inverare un simile progetto esistenziale? Sarebbe mai possibile che la vita eterna si risolvesse – da

(¹⁴) Cioè in ipotesi di stato vegetativo permanente caratterizzato dalla grave compromissione, se non la perdita, delle funzioni cognitive e percettive, così come riportato, ancora, in A. D'ALOIA, *Al limite della vita: decidere sulle cure*, cit., p. 259.

(¹⁵) V. MANCUSO, *Laicità e fine vita*, in «Il Foglio», 20 luglio 2008.

(¹⁶) *Donum vitae* è il sintagma che viene ripreso con frequenza nell'orizzonte cattolico, cfr. CONGREGAZIONE DELLA DOTTRINA DELLA FEDE, *Istruzione Donum Vitae della Congregazione per la Dottrina della Fede sul rispetto della vita nascente e la dignità della procreazione*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano 1987.

ultimo – nella sua proiezione secolarizzata¹⁷, in una lunga vita trascorsa in stato vegetativo?

3. *Gli scenari etici e giuridici della scelta di non morire*

Elaine Esposito visse trentasette anni in stato vegetativo prima di morire nel 1979; Edwarda O'Bara e Aruna Shanbaug ne vissero quarantadue¹⁸. Il noto caso di Terry Schiavo, mediaticamente più rilevante degli altri, e poi quelli italiani (Welby, Englaro, ecc.) suggeriscono una serie di possibili variazioni sul tema, tutte accomunate dalla circostanza che la vita abbia incontrato prematuramente un problema che ha poi condotto a uno stato vegetativo permanente, o ad altra condizione fortemente invalidante, nella quale la sussistenza in vita dipendeva direttamente dall'uso delle tecnologie (dalla mera alimentazione o da terapie più articolate). Infatti, la tecnologia consente di tenere in vita un individuo in stato vegetativo per un tempo molto lungo, sino a quando non sopraggiunge la morte, o quantomeno la morte cerebrale, intesa come «cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo» (ex art. 1, l. n. 578/93). È ora su tale distinzione, quella tra stato vegetativo e morte cerebrale, che occorre soffermarsi. In un primo approccio si può affermare che in un caso, nello stato vegetativo, sussistano ancora alcune funzioni cerebrali, per quanto compromesse, mentre nell'altro, la morte cerebrale, le funzioni dell'encefalo manchino del tutto e in modo irreversibile. Per questa ragione, l'ordinamento e la comunità medica considerano lo stato vegetativo una condizione clinica¹⁹, mentre la cessazione

(¹⁷) Ancora in D. SISTO, *Non invecchiare mai e vivere per sempre*, cit., 2: «la sopravvivenza terrena, una specie di modernizzazione secolarizzata, radicalmente tecno-scientifica, della sopravvivenza spirituale, finora fondata sul discrimine tra corporeo e incorporeo».

(¹⁸) Cfr. ampiamente in L. PERL, *Cruzan vs. Missouri: Right to Die*, Marshall Cavendish, New York 2008.

(¹⁹) Lo stato vegetativo e lo stato di minima coscienza «per definizione sono disturbi di coscienza cronici, in genere irreversibili e permanenti» e si distinguono perciò dal mero stato di coma, «in cui il soggetto non è né vigile né cosciente e nella quale non è “risvegliabile” attraverso stimoli anche intensi», e dalla *locked-in syndrome*, consistente nell'impossibilità di movimento pur con coscienza preservata (cfr. brevemente anche in O. MECCARELLI, *Stato vegetativo e morte cerebrale. Una questione di coscienza*, in *Intempo online.com*, marzo 2011).

delle funzioni dell'encefalo è un criterio di accertamento dell'evento morte²⁰.

Tuttavia, la distinzione così netta tra le due condizioni ha destato alcune perplessità, sia di ordine teorico che empirico. Dal punto di vista teorico, infatti, si è osservato che l'identificazione della morte con la cessazione delle funzioni encefaliche riproduca il dualismo anima-corpo²¹, con ciò identificando la vita con l'attività della mente oppure, se si vuole, con la presenza dell'anima. Se, infatti, «io sono la mente»²², allora la cessazione delle attività dell'encefalo coinciderà con la morte *tout court*, prescindendo cioè dalla persistenza di altre funzioni biologiche.

Non è, però, il solo profilo teorico dell'identificazione della vita umana con la sola attività della mente a destare alcune perplessità. Un altro genere di questioni sorge perché, nel caso di stato vegetativo “permanente”, accade talvolta – forse anche soltanto per l'inesattezza della diagnosi – che le persone si risvegliano, come nel caso di Munira Abdulla, che è tornata cosciente nell'aprile del 2019 dopo ventisette anni di “coma” (*recte* di presunto stato vegetativo persistente e permanente). Nondimeno, una volta raggiunta la morte cerebrale (in Italia una commissione accerta una serie di fattori per un tempo di osservazione di sei ore), tale condizione si dovrebbe considerare davvero irreversibile e – quindi – si potrebbe (e dovrebbe) interrompere il sostegno al corpo, che biologicamente sopravviverebbe ancora con l'ausilio della tecnologia. Tuttavia, c'è chi osserva che «la diagnosi di morte cerebrale totale per le modalità con le quali oggi viene effettuata, non consente di escludere completamente la presenza di un residuo di vita»²³.

(²⁰) In questo senso la legge 29 dicembre n. 578/1993 («Norme per l'accertamento e la certificazione di morte») stabilisce che «la morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo» (art. 1).

(²¹) Su questo aspetto, in senso critico, v. R. BARCARO, P. BECCHI, *La “morte cerebrale” è entrata in crisi irreversibile?*, in «Politica del diritto», 4, 34, 2003, p. 663 ss., anche con riferimento all'opinione di Jonas, su cui *infra*, sub n. 33.

(²²) Così, per esempio, in una nota intervista a R. Levi Montalcini di P. GIORDANO, *Il corpo faccia quello che vuole. Io sono la mente*, in «Wired», marzo 2009: «Ho perso un po' la vista, molto l'udito. Alle conferenze non vedo le proiezioni e non sento bene. Ma penso più adesso di quando avevo vent'anni. Il corpo faccia quello che vuole. Io non sono il corpo: io sono la mente».

(²³) È ancora P. BECCHI, *Morte cerebrale e trapianto di organi*, in «Revista Dissertatio de Filosofia», V. S., 2018, p. 14.

Allora, volendo riprendere l'assunto di Mancuso, parrebbe che la vita allo "stato vegetale" sussista persino nella condizione della morte cerebrale, a meno di non voler ritenere che l'anima o la persona coincidano esclusivamente con il cervello, cioè con le funzioni cognitive ed emotive. D'altronde, il giudizio non appare affatto isolato e trova un certo favore, proprio nell'orizzonte cattolico. Giovanni Paolo II ha sostenuto che «il valore intrinseco e la personale dignità di ogni essere umano non mutano, qualunque siano le circostanze concrete della sua vita» e che «un uomo, anche se gravemente malato od impedito nell'esercizio delle sue funzioni più alte, è e sarà sempre un uomo, mai diventerà un "vegetale" o un "animale"»²⁴. Ad ogni modo, lo stesso Giovanni Paolo II riteneva che la morte cerebrale «non appar[isse] in contrasto con gli elementi essenziali di una corretta concezione antropologica», con ciò ammettendo che la morte cerebrale possa corrispondere con la fine della vita (terrena). Il suo successore, Benedetto XVI, continuando a manifestare una certa prudenza, affermò nel 2008 che «gli organi umani da trapiantare possono essere prelevati solo *ex cadavere* e la scienza deve ulteriormente progredire sull'accertamento della morte, in modo che non rimanga "il minimo sospetto di arbitrio"», lasciando intendere – pertanto – che la valutazione odierna di morte cerebrale sia ancora in parte arbitraria²⁵. Da ultimo, nel convegno del maggio del 2019 dell'Accademia Giovanni Paolo II, dal titolo *Brain Death. A Medicolegal Construct: Scientific & Philosophical Evidence*, si è tornato a sostenere che la morte cerebrale sia un'invenzione del diritto positivo, poiché il cervello nasce dopo la formazione embrionale della persona (cioè dopo la nascita della vita) e, quindi, la cessazione delle sue attività non possa implicare la fine della vita stessa²⁶. La riflessione sul punto si giova di fatti di cronaca di significativo interesse, risvegli miracolosi e gravidanze portate a termine in assenza di funzioni cerebrali. Tra i risvegli prodigiosi, giova menzionare il caso di Zack Dunlap, ap-

(²⁴) GIOVANNI PAOLO II, *Discorso ai partecipanti al congresso internazionale su "i trattamenti di sostegno vitale e lo stato vegetativo. progressi scientifici e dilemmi etici"*, in «Augustinianum», 2004.

(²⁵) S. MAZZA, *Bioetica e società. Il Papa: «Stop agli abusi nei trapianti»*, in «L'Avvenire», 8 novembre 2008.

(²⁶) Dal sito dell'Accademia, <https://www.jahlf.org/eventi/brain-death-a-medicolegal-construct-scientific-philosophical-evidence/> (ult. cons.: 30 agosto 2019).

parentemente risorto dalla morte cerebrale, caso che ha suscitato un dibattito sulla necessità di rivedere i criteri per l'accertamento della cessazione delle funzioni encefaliche²⁷. Anche le gravidanze portate a termine da donne cerebralmente morte sembrano piuttosto frequenti nella cronaca: si può rinviare a casi piuttosto noti, tra cui uno milanese²⁸, in relazione ai quali la letteratura ha affermato la possibilità di condurre a termine una gravidanza anche nel caso in cui la madre sia cerebralmente morta (senza nessuna speranza di miglioramento per la condizione della gestante stessa, ma con buone *chance* per il nascituro)²⁹.

Tale punto di vista (prevalentemente cattolico) evidenzia, quindi, criticità di due ordini di motivi: da un lato, la morte cerebrale non è certa, perché non si può mai essere sicuri che non accada un miracolo; dall'altro, anche nel caso in cui le funzioni cerebrali siano irreversibilmente cessate, resta ancora una vita, capace anche di portare a termine una fase del processo riproduttivo, e questa vita è ancora pienamente umana. Mentre il primo ordine di criticità evidenzia soprattutto i limiti intrinseci della conoscenza scientifica, che vive di progressi per approssimazione e, quindi, non può raggiungere verità certe, la seconda obiezione, invece, si radica in un terreno ben più complesso.

A giudizio di Joseph Seifert, l'anima non può coincidere con l'attività cerebrale, ma è un qualcosa di più ampio, in relazione al quale l'attività cerebrale appare solo come una sua manifestazione razionale. Seifert afferma, quindi, che il criterio della morte cerebrale, stabilito nel 1968 da una commissione della *Harvard Medical School*³⁰, sia un mero criterio artificiale ideato per consentire una forma di eu-

(²⁷) J. L. VERHEIJDE, M. Y. RADY, J. L. MCGREGOR, *Growing Concerns about Brain Death and Organ Donation*, in «Indian Pediatrics», 45, 2008, pp. 883-888.

(²⁸) Cfr. S. RAVIZZA, *Mamma in morte cerebrale, ma la gravidanza continua*, in «Corriere della Sera», 30 ottobre 2014; su un precedente illustre, che destò il commento di H. Jonas, cfr. ancora in P. BECCHI, *Morte cerebrale e trapianto di organi*, cit., pp. 20 ss.

(²⁹) W.P. DILLON ET. AL., *Life Support and Maternal Brain Death During Pregnancy*, in «JAMA», 1982, 248 (9), pp. 1089-1091.

(³⁰) Cfr. *A Definition of Irreversible Coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine Brain Death*, in «Journal of the American Medical Association», 205, 1968, pp. 337-340.

tanasia in vista del trapianto di organi³¹. Il filosofo, inoltre, ha sostenuto che la cessazione della vita coincida soltanto con la cessazione di tutte le funzioni vitali³².

Alcune di queste obiezioni non sembrano ammesse in un orizzonte scientifico laico, poiché il momento di ingresso dell'anima nella biologia e quello dell'abbandono del corpo non costituiscono fatti verificabili in via empirica, ma presuppongono un elemento fideistico – la fede nell'anima, appunto – che certamente non è comune a tutti gli attori del dibattito. Cionondimeno, alcune criticità sono emerse anche all'interno della comunità scientifica di area medica, con numerosi tentativi tesi alla ridefinizione dei criteri di accertamento della morte³³.

Accanto a questo dibattito incentrato sulla distinzione tra il corpo cerebralmente morto e la persona (ancora viva) in stato vegetativo, resta poi aperto il problema dell'autodeterminazione nelle scelte terapeutiche. È arduo, infatti, rinvenire un limite all'intervento tecnologico, quali che siano le coordinate ideologiche o religiose dalle quali si osserva la questione. In altri termini, anche le posizioni più estreme o alternative concordano sulla possibilità di optare per una vita biolo-

(³¹) J. SEIFERT, *Brain Death and Euthanasia*, in M. POTTS, P. A. BYRNE, R. G. NILGES (eds.), *Beyond Brain Death*, Springer, Dordrecht 2000, pp. 201-227.

(³²) J. SEIFERT, *Is "Brain Death" Actually Death?*, in «The Monist», 76, 2, 1993, pp. 175-202. Del medesimo Autore, v. anche J. SEIFERT, *La morte cerebrale non è la morte di fatto. Argomentazioni filosofiche*, in R. BARCARO, P. BECCHI (a cura di), *Questioni mortali. L'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il Problema dei trapianti*, Es, Napoli 2004, p. 77 ss. Cfr. sul punto anche in L. PALAZZANI, *Dalla bio-etica alla tecno-etica: nuove sfide al diritto*, Giappichelli, Torino 2017, p. 215 ss.; B. MORCAVALLO, *Morte e persona: un dialogo fra etica medica, bioetica e filosofia morale*, Guida, Napoli 1999, p. 124 ss.

(³³) Si pensi, per esempio, agli studi di R. D. TRUOG, J. C. FACKLER, *Rethinking brain death*, in «Critical Care Medicine», 20, 12, 1992, pp. 1705-1713. Su questo orizzonte critico, si veda ampiamente R. BARCARO, P. BECCHI, *La "morte cerebrale" è entrata in crisi irreversibile?*, cit., pp. 665-673, in cui gli autori concludono riproponendo la tesi di Jonas: «Così il dibattito – sia pure notevolmente arricchito da contributi scientifici – ritorna al punto di partenza, a Hans Jonas il quale per alcuni decenni non si era stancato di ribadire che i soggetti in condizione di morte cerebrale non sono di fatto morti e che dobbiamo chiederci che cosa siamo autorizzati a fare di loro» (p. 773). Il riferimento è alla posizione critica del filosofo tedesco, i cui lavori sono stati raccolti in H. JONAS, *Technik, Medizin und Ethik. Zur Praxis des Prinzips Verantwortung* (1985), trad. it., *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, Einaudi, Torino 1992.

gica sostenuta dalla tecnologia, indipendentemente dalle condizioni di sopravvivenza e dalle possibilità di un miglioramento delle stesse.

L'orizzonte cattolico – almeno quello sin qui descritto – afferma che la prosecuzione della vita biologica sia un dovere, il quale prescinde (così, ad esempio, con Seifert) anche dalla sussistenza di funzioni cognitive. L'orizzonte giuridico, del pari, contempla, così per esempio nella *ratio* della l. n. 219/2017, la possibilità di optare (quale esercizio di un diritto e non adempimento di un dovere) per la sussistenza in vita, anche in stato vegetativo permanente e senza incorrere – perciò – in alcuna forma di accanimento terapeutico. Resta in piedi, tuttavia, il limite della morte cerebrale, che nel quadro positivo non è uno stato patologico ma, come detto, è un criterio di accertamento della morte *tout-court*, come peraltro chiaramente affermato nella l. n. 578/1993.

Però, neppure tale limite può dirsi davvero assoluto e ultimativo: sussiste comunque l'ipotesi di sussistenza in vita a fronte di una cessazione irreversibile delle funzioni cerebrali; ipotesi che, sotto il profilo giuridico, desta non poche perplessità. Un percorso argomentativo lascia supporre che vi sia una contraddizione tra l'intercorsa morte cerebrale e la volontà di restare in vita, donde ne discende che alla morte cerebrale dovrebbe sempre conseguire l'abituale sequela di attività, quella cui fanno cenno gli artt. 71 ss. dell'Ordinamento di stato civile (d.P.R. n. 396/2000): la dichiarazione di morte resa all'ufficiale di stato civile, la redazione dell'atto di morte, l'autorizzazione del medesimo ufficiale all'inumazione, alla tumulazione o alla cremazione.

Eppure, così nei casi di donna gravida cerebralmente morta e in molti casi di individui morti cerebralmente, è chiaro che si profili uno *status* giuridico e un decorso di attività differenti da quelli del cadavere vero e proprio³⁴. Non si può sostenere, infatti, che al soggetto morto cerebralmente spetti la sola tutela di cui agli artt.

⁽³⁴⁾ Di “strano cadavere”, infatti si tratta nel volume di S. NESPOR, A. SANTOSUOSSO, R. SATOLLI, *Vita morte e miracoli. Medicina, genetica, diritto: conflitti e prospettive*, Milano, 1992, p. 185. Cfr. anche le osservazioni – qui non condivise – in P. BECCHI, *Il diritto dei morti. Due profili*, in «Personaedanno.it», 7 luglio 2009.

407 ss. c.p. in tema di «delitti contro la pietà dei defunti»³⁵. Molte delle ipotesi eccezionali sembrerebbero riconducibili a un'unica ampia fattispecie: dopo la morte cerebrale del soggetto è possibile servirsi del corpo per scopi determinati (procreazione, donazione di organi), e solo sulla base della volontà dell'individuo cerebaramente morto (volontà espressa o *aliunde* ricostruita); espletata la funzione determinata che consente il regime eccezionale, si apre il processo rituale di attività che compete alla generalità dei cadaveri. Giova, tuttavia, ricordare che il corpo dell'individuo – dal momento dell'accertamento della morte al momento dell'eventuale prelievo dell'organo – è considerato già quale cadavere, indipendentemente dalla sussistenza di alcune funzioni vitali. In questo senso la l. n. 91/1999 recante le «Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti», le relative disposizioni regolamentari e i protocolli di settore stabiliscono il regime eccezionale della gestione del corpo in attesa di prelievo di organi. Infatti, la stessa legge n. 91 prevede che «[d]opo il prelievo il cadavere è ricomposto con la massima cura» (art. 14, IV co.), oppure vieta l'importazione di trapianti «da Stati la cui legislazione prevede la possibilità di prelievo e relativa vendita di organi provenienti da cadaveri di cittadini condannati a morte» (art. 19, IV co.). La legge, quindi, qualifica il corpo dell'individuo morto cerebaramente quale mero cadavere, oggetto come tale della volontà (ultrattiva) del defunto secondo il regime dettato dagli artt. 4 ss., in un quadro stringente di norme di carattere pubblicistico.

Tale regime eccezionale non deve necessariamente avvalorare l'ipotesi di una generale propensione dell'ordinamento a considerare le volontà dell'individuo sul proprio corpo dopo l'evento morte, anche fuori delle ipotesi di trapianto d'organi. Per contro, la normativa in parola descrive un perimetro in cui la regolarità della concatenazione di attività sul corpo del defunto incontra uno sviamento, ai soli fini dell'espianto dell'organo.

Venendo quindi al caso di gravidanza proseguita a fronte di morte cerebrale, la mancata tipizzazione sul piano del diritto positivo di

(³⁵) Ampiamente anche in P. BECCHI, *La morte nell'età della tecnica. Lineamenti di tanatologia etica e giuridica*, Compagnia dei librai, Genova 2002.

un'ipotesi eccezionale di sussistenza in vita del cadavere pone questioni giuridiche più complesse. Ciò che sembrerebbe legittimare la prassi della prosecuzione della vita biologica della donna gestante – per quanto rara possa apparire – non è la semplice tutela dell'ultratattività della volontà della stessa, cerebralmente morta. Sotto diversi profili, non sempre coordinati e sistematicamente unitari, l'ordinamento delinea una tutela giuridica del nascituro: in una formula un po' enfatica, la l. n. 40/2004 all'art. 1 attribuisce persino veri e propri diritti al concepito³⁶; la giurisprudenza in sede civile ha riconosciuto diritti di natura patrimoniale (come nell'ipotesi di risarcimento al concepito in caso di omicidio del padre) configurando situazioni giuridiche di aspettativa legittima³⁷; la dottrina ha evidenziato da tempo che il nascituro che dovesse vedersi leso da terzi nel suo potenziale diritto alla salute dovrebbe essere tutelato al momento della sua venuta ad esistenza³⁸; conformemente a tale impostazione la Cassazione civile ha affermato che il concepito è titolare di diritto a nascere e – una volta nato – di un diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*³⁹.

Questa serie di considerazioni consente di affermare che nel caso di gravidanza portata a termine da una donna morta cerebralmente,

(³⁶) Definizione solo enunciativa secondo la Corte cost., s. n. 48/2005: «Per quanto concerne l'art. 1 della legge, di cui si propone l'abrogazione totale, e quindi anche nella parte in cui afferma che la legge «assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito», è sufficiente osservare che la norma presenta per tale ultimo aspetto un contenuto meramente enunciativo, dovendosi ricavare la tutela di tutti i soggetti coinvolti e, quindi, anche del concepito, dal complesso delle altre disposizioni della legge».

(³⁷) Cfr. *ex multis* Cass. civ., s. n. 5509/2014.

(³⁸) F. SALARIS, *In tema di danno ingiusto al nascituro*, in «Giurisprudenza italiana», 1974, p. 1930 ss.

(³⁹) Cass. civ., s. n. 14488/2004, dove si afferma: «va osservato che il nostro ordinamento positivo tutela il concepito e quindi l'evoluzione della gravidanza esclusivamente verso la nascita e non verso la non nascita, per cui se di diritto vuoi parlarsi, deve parlarsi di diritto a nascere. Lo conferma tutta una serie di norme [...]; nonché che «in presenza di lesioni gravi del nascituro, posta l'esistenza nel nostro ordinamento di norme dalle quali si evince l'intenzione del legislatore di tutelare l'individuo sin dal suo concepimento (l. n. 1204/1971; l. n. 1206/1976; l. 903/1977, ecc.), una volta accertata l'esistenza di un rapporto di causalità tra un comportamento colposo anteriore a nascita ed il danno ad un soggetto che, con la nascita, abbia acquisito la personalità giuridica, deve essere riconosciuto in capo a quest'ultimo il diritto al risarcimento del danno. Ne consegue che il soggetto, che con la nascita acquista la capacità giuridica, può agire per far valere la responsabilità contrattuale per l'inadempimento delle obbligazioni accessorie, cui il contraente sia tenuto in forza del contratto stipulato col genitore o con terzi, a garanzia di uno specifico interesse».

non prevalga affatto una svalutazione dell'evento morte (*i. e.* morte cerebrale della madre stessa), quanto piuttosto un bilanciamento: la tutela dell'aspettativa del nascituro (potenziale centro di imputazione di diritti fondamentali, tra i quali quello alla vita) e il rispetto dell'eventuale volontà della madre di disporre del proprio corpo. In quest'impostazione, l'opzione per la vita del nascituro dovrebbe quindi prevalere, perché l'eccezione si fonda sul valore della vita in potenza del nascituro e non sullo *status* giuridico del corpo della madre. Si tratterebbe, allora, di una preferenza per l'aspettativa del nascituro e non per la tutela dell'autodeterminazione del cadavere; preferenza che legittima, anche sul piano giuridico, la sospensione del regime ordinario riferito agli individui cerebrialmente morti e, quindi, consente la prosecuzione della vita biologica del cadavere.

In tutti i casi osservati, si dovrebbe aderire alla tesi per cui, nel quadro attuale delle norme positive, si deve riconoscere la volontà dell'individuo di restare in vita *ad libitum*, anche in stato vegetativo permanente, mentre in ipotesi di morte cerebrale la prosecuzione di altre funzioni vitali è consentita soltanto in casi del tutto eccezionali: il trapianto d'organi, in ragione dell'eccezionale *chance* per l'altrui sopravvivenza – eccezionalità riconosciuta dal legislatore – o in caso di gravidanza, per via della tutela del concepito accordata secondo la ricostruzione interpretativa ora accennata. Non sarebbe, cioè, degna di considerazione la volontà di un individuo che voglia proseguire la vita biologica del cadavere a fronte della cessazione irreversibile delle funzioni dell'encefalo e sarebbe illecita (sia per norme positive che per deontologia degli operatori coinvolti) la condotta del personale sanitario che assecondi tale volontà.

4. *Un caso problematico: l'ibernazione*

Nel novembre 2016 è stato riportato, anche dalla cronaca italiana⁴⁰, il caso britannico di una ragazza quattordicenne che, colpita da un cancro, era riuscita a vedere riconosciuto in via giurisdizionale il

⁽⁴⁰⁾ P. E. FRANCESCHINI, *Gb, giudici ordinano ibernazione post mortem di una 14enne*, in «La Repubblica», 18 novembre 2016.

“diritto all’ibernazione”, conformemente alla volontà della madre e contro il volere del padre. La decisione del giudice, lungi dall’attribuire un vero e proprio diritto alla crioconservazione, si è limitata a statuire che, nel caso di specie, il *best interest of the child* risiedesse nella decisione della madre di sostenere le intenzioni della minore⁴¹. La sentenza della *High Court Of Justice - Family Division*⁴², tuttavia, sondava il terreno della crioconservazione: «La teoria scientifica alla base della *cryonics* è speculativa e controversa e vi è un considerevole dibattito sulle sue implicazioni etiche. D’altra parte, la crioconservazione, la conservazione delle cellule e dei tessuti mediante congelamento, è ormai un processo ben noto in alcuni rami della medicina, ad esempio la conservazione dello sperma e degli embrioni come parte della terapia per la fertilità. La *cryonics* è la crioconservazione portata all’estremo».

Il giudice Peter Jackson, inoltre, acconsentendo alle richieste della madre, optava per la pratica base dal costo di 37.000 dollari. Dal momento che nel Regno Unito non si era ancora sviluppata tale tecnologia e considerato altresì che la pratica non risultava vietata negli Stati Uniti, la crioconservazione della ragazza sarebbe quindi avvenuta oltreoceano, dove pure esistevano già da tempo, sul punto, alcuni orientamenti della giurisprudenza.

Infatti, negli Stati Uniti, la Corte d’Appello dell’Iowa aveva già deciso nel 2010 su un caso di crioconservazione, nella causa *Alcor Life Extension Found. V. Richardson*, affermando due principi, ancora una volta a vantaggio dell’interessato alla crioconservazione e sempre nel contesto di una disputa familiare: «in primo luogo, la nostra deferenza storica ai desideri del testatore riguardo al metodo e

(⁴¹) Cfr. anche *Terminally Ill Teen Won Historic Ruling to Preserve Body*, in *bbc.com*, 18 novembre 2016; O. BOWCOTT, A. HILL, *14-Year-Old Girl Who Died of Cancer Wins Right to Be Cryogenically Frozen*, in «The Guardian», 18 novembre 2016; G. RAYNER, *Girl, 14, Who Died of Cancer Cryogenically Frozen after Telling Judge She Wanted to Be Brought Back to Life ‘in Hundreds of Years’*, in «The Telegraph», 18 novembre 2018.

(⁴²) High Court of Justice - Family Division, *JUDGMENT: Re JS (Disposal of Body)*, pubblicata il 18 novembre (traduzione nostra). Su questo caso v. H. CONWAY, *Frozen Corpses and Feuding Parents: Re JS (Disposal of Body)*, in «The Modern Law Review», 81, 1, 2018, pp. 132-141; R. GEORGE, *Making Determinations During Life About the Disposal of a Body After Death*, in «Journal of Social Welfare and Family Law», 39, 1, 2017, pp. 109-111; oppure C. BALYAN, L. K. DEB, *Cryonics and Euthanasia-Debating Law and Ethics in Rights Framework*, in «Svil E-journal of Law», 1, 1, 2017, pp. 16-28.

al luogo di sepoltura; e, in secondo luogo, la capacità dei tribunali di equità di elaborare un rimedio adeguato quando una parte ha violato i diritti di un'altra»⁴³. In altri termini, ferme le considerazioni in tema di legislazione sanitaria, la Corte ha applicato alla fattispecie della crioconservazione *post-mortem* il tradizionale *ius eligendi sepulchrum*, illuminato dal principio di autodeterminazione.

In ogni caso, proseguendo in quest'analisi, si può affermare che il corpo crioconservato sia un cadavere a ogni effetto, come tale – allo stato dell'arte – privo di qualsiasi aspettativa giuridica e oggetto di tutela in virtù dell'ultrattività delle volontà del defunto sul proprio corpo, come nel caso della disciplina del trapianto di organi e nell'elezione del sepolcro.

Volendo ora trascurare i profili strettamente civilistici della prassi in tesi (sin dalle eventuali problematiche relative al contratto con la società commerciale che offre il servizio di *cryonics* e degli eventuali profili patologici del rapporto giuridico), quest'analisi non può esimersi dall'osservare che tale genere di servizio funerario ambisca a simulare una prassi terapeutica, vendendo così la speranza di una futura risurrezione; una risurrezione impossibile allo stato delle attuali conoscenze. Infatti, tra gli esperti, c'è chi afferma che tale speranza non sia diversa dal «credere di poter trasformare un hamburger in una mucca»⁴⁴.

Sarebbe lecito attendersi che i soggetti coinvolti nella tutela del corpo ibernato (i fiduciari del defunto), accampino diritti in ragione dell'aspettativa di vita futura, come avviene – qui ragionevolmente e lecitamente – per il concepito. In altri termini, il danno al corpo crioconservato ambirebbe facilmente a scivolare dall'alveo della distruzione di cadavere per sfiorare l'ipotesi di danno alla salute, volendo adottare le categorie dogmatiche italiane.

Se questi scenari possono sembrare solo fantascientifici, allora occorre precisare che sono crioconservati oltre trecento corpi e oltre ottomila contratti sono già stati siglati. Tre sono le principali compa-

(⁴³) Court of Appeals of Iowa, *Alcor Life Extension Found. V. Richardson*, 12 maggio 2010 (traduzione nostra).

(⁴⁴) Così il criobiologo Arthur Rowe, ampiamente citato in n R. MADOFF, *Immortality and the Law: The Rising Power of the American Dead*, New Haven, Yale University Press 2010, pp. 48-49.

gnie che offrono tali servizi, in una scala di possibilità tra le quali la più economica è la crioconservazione del solo cervello (si direbbe, seguendo l'assunto di cui prima, «io sono la mente»). In quest'ultima ipotesi, il ritorno in vita dovrebbe persino associarsi con il trapianto del cervello in un altro corpo (umano o artificiale). Va poi aggiunto che il tipo di tecnologia richiesto per scongelare gli ibernati richiederebbe, oltre alla tecnica stessa per riportare in vita il defunto, anche la tecnologia per eliminare le cause del decesso, siano esse le condizioni patologiche dell'ibernato o, ovviamente, l'invecchiamento. Con ciò s'intende che il futuro in vista del quale ci si iberna è un futuro in cui l'umanità avrà quasi vinto ogni battaglia contro le patologie e i processi degenerativi, per raggiungere, cioè, una sorta di vita eterna e terrena. Il giudice inglese e la Corte d'Appello dell'Iowa, nell'acconsentire alla volontà degli istanti, hanno valutato questo scenario come possibile e meritevole di apprezzamento.

Di fronte a tali fenomeni, che dimostrano una fede quasi religiosa nelle potenzialità del progresso, occorre evidenziare che l'esigenza di mantenere il cadavere integro non sia del tutto nuova. Invero, la necessità di conservare intatto il corpo in vista di un futuro risveglio è alla base della preferenza dei cattolici per l'inumazione e per la tumulazione. Queste ultime pratiche, infatti, restano preferibili in vista della risurrezione della carne, anche se la cremazione è stata progressivamente accettata sin dal 1967⁴⁵. Ciononostante, la Congregazione per la dottrina della fede continua a sostenere l'opzione per la preservazione dell'integrità del cadavere: «Seppellendo i corpi dei fedeli defunti, la Chiesa conferma la fede nella risurrezione della carne [...]. Laddove ragioni di tipo igienico, economico o sociale portino a scegliere la cremazione, scelta che non deve essere contraria alla volontà esplicita o ragionevolmente presunta del fedele defunto, la Chiesa non scorge ragioni dottrinali per impedire tale prassi, poiché la cremazione del cadavere non tocca l'anima e non impedisce all'onnipotenza divina di risuscitare il corpo e quindi non contiene

(⁴⁵) Cfr. ampiamente in CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Istruzione Ad resurgendum cum Christo circa la sepoltura dei defunti e la conservazione delle ceneri in caso di cremazione*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano 2016.

l'oggettiva negazione della dottrina cristiana sull'immortalità dell'anima e la risurrezione dei corpi». ⁴⁶

D'altro canto, sono diverse le criticità dell'inumazione e della tumulazione, sia sul piano igienico-sanitario che su quello ambientale, ma tale prassi è tuttora legittimata principalmente dalla tradizione dell'ordinamento e dall'esistenza di convinzioni religiose sulla sua opportunità, piuttosto che da argomentazioni puramente razionali ⁴⁷.

Quanto evidenziato offre un ulteriore elemento a sostegno dell'intuizione che s'intende sostenere nella presente analisi: l'etica laica, quantomeno nel facultare l'individuo a optare per la morte, consente di porre un freno all'uso delle nuove tecnologie sulla vita; l'impostazione etica cattolica, per contro, sembra offrire un terreno più fertile per ogni tentativo di prolungare la vita oltre i suoi limiti "naturali", in una sorta di dovere di vivere a tutti i costi e con tutte le tecnologie possibili.

Il tradizionale assetto del diritto ecclesiastico, connesso con la più recente affermazione dei diritti di autodeterminazione riferiti al corpo, ha consentito all'individuo di estendere la signoria della volontà sul corpo oltre le soglie della vita stessa. Tale assetto, però, fa sorgere un nuovo quadro di contraddizioni e criticità. In questo spazio, si è inserita nei contesti anglosassoni la prassi della *cryonics*, che sembra rappresentare proprio una secolarizzazione della dottrina escatologica della resurrezione della carne: d'altronde se è lecito inumare il cadavere nel rispetto delle convinzioni personali e dell'autodeterminazione del defunto, perché non consentirne anche l'ibernazione in vista di una fantascientifica resurrezione?

(⁴⁶) *Ibidem*. Sul punto, in una prospettiva religiosamente orientata e, perciò, critica verso l'«incinerazione e [la] dispersione delle ceneri, qualora esse siano sostenute da motivazioni di carattere anticristiano, paganeggiante, panteista o naturalista», v. F. DI MOLFETTA, *Inumazione e cremazione: tradizione cristiana, ritualità, legislazione*, in «Rivista Liturgica-Bimestrale per la formazione liturgica», 5, 2006, pp. 739-755.

(⁴⁷) Di ordine sanitario come testimonia l'ampia regolamentazione del fenomeno, di ordine ambientale perché emergono numerosi profili critici dell'inumazione e di altre prassi affini, soprattutto con riferimento al principio di sostenibilità. Sul punto, cfr. a titolo esemplificativo e di recente, lo studio internazionale riferito a tre città brasiliane, AA.VV., *Hazardous Elements in the Soil of Urban Cemeteries; Constructive Solutions Aimed at Sustainability*, in «Chemosphere», 262, 2021, pp. 1-3.

Quanto al contesto italiano, una simile prassi parrebbe vietata, soprattutto se si considera che la libertà di scelta tra le prassi funerarie non è assoluta ma si concretizza nella scelta tra le opzioni menzionate dall'Ordinamento di stato civile (ai sensi dell'art. 74, inumazione, tumulazione e cremazione). Inoltre, il Regolamento di Polizia mortuaria, d.P.R. n. 285/1990, così come integrato dalla circolare del Ministero della Sanità n. 24/1993, sembra configurare ipotesi residuali e tassative di "trattamenti conservativi" o "conservazione in celle frigorifere" (art. 8). Infatti, l'unità sanitaria locale deve «*individuare gli obitori e i depositi di osservazione che debbono essere dotati di celle frigorifere per la conservazione dei cadaveri*» (art. 15) e non sembrano sussistere – allo stato – spazi per l'allestimento di depositi di ibernazione. Inoltre, va ricordato che, in base all'art. 411 c.p., il nostro ordinamento vieta la sottrazione del cadavere e, persino, la dispersione non autorizzata dall'ufficiale dello stato civile delle sue ceneri. Salva l'ipotesi del turismo funerario, allora, la crioconservazione non sembrerebbe incontrare il favore dell'ordinamento italiano.

5. Conclusioni

Le tecnologie di intervento sulla vita pongono nuove questioni circa il limite di tale intervento, sia prima che dopo l'evento morte. La questione delle scelte di fine vita è stata soprattutto affrontata nella prospettiva del "diritto di morire", inteso come diritto a rifiutare trattamenti da cui dipenda la sussistenza in vita, oppure come diritto a ricevere prestazioni assistenziali che eventualmente agevolino la fine della vita stessa. Sotto questo profilo, nell'ordinamento italiano, da ultimo anche grazie all'assetto della l. n. 217/2019 e dall'intervento della Corte costituzionale (con la sent. n. 242/2019⁴⁸), si è stabilmente affermato un ampio margine di autonomia nelle scelte in questione, in sintonia con quanto è avvenuto nel contesto europeo e internazionale. Eppure, il principio di autodeterminazione pone

⁽⁴⁸⁾ Sia consentito il richiamo a F. CIRILLO, *Nuovi diritti e nuovi doveri nelle questioni di fine vita? (a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in «Osservatorio AIC», 3, 2020, p. 548 ss.

nuove questioni, soprattutto con riferimento agli scenari aperti dalle nuove tecnologie. La definitiva affermazione di tale principio tra i dogmi della bioetica e del biodiritto, infatti, se per un verso risolve le questioni del “diritto di morire”, attribuendo uno spazio di autonomia alla persona, per altro verso pone il problema del limite giuridico dell’intervento teso al prolungamento delle funzioni biologiche *pre mortem* e, persino, *post mortem*. Dato per acquisito che l’individuo che voglia interrompere un trattamento sanitario possa legittimamente farlo nell’esercizio di un suo diritto fondamentale, cosa accade nel caso di una scelta di senso opposto? Esiste, potremmo dire, un analogo “diritto di non morire”?

La volontà di perpetuare la vita avvalendosi della tecnologia incontra una costellazione di limiti giuridici non coordinati. In primo luogo, ci si è soffermati sul concetto di accanimento terapeutico, la cui limitata operatività e la cui eterogenea definizione non consentono un impiego diffuso. L’accanimento terapeutico, infatti, impone al medico di astenersi «da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati» nel caso di paziente «con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte». Fuori del perimetro di questo divieto, però, resta la vita dei soggetti in stato vegetativo, sia pure persistente e permanente, e – in ogni caso – la quasi totalità delle questioni critiche, da quelle più note che hanno interessato la stampa e l’opinione pubblica, a quelle ignote che si consumano al riparo dai riflettori. Soltanto in rari casi, infatti, il divieto di accanimento terapeutico ha dispiegato una forza dirimente.

Quindi, l’attenzione si è concentrata sul rapporto tra stato vegetativo e morte cerebrale, rapporto consolidato con chiarezza nell’orizzonte del diritto positivo, eppure discusso per ragioni di ordine teorico ed empirico. Nel dibattito, in breve, si discute dell’arbitrarietà del concetto di morte cerebrale, da un lato criticando l’identificazione della vita umana con la sola attività della mente (cessata la quale cesserebbe la vita stessa), dall’altro facendo ricorso a un insieme variegato di fatti di cronaca tra i quali figurano soprattutto i risvegli miracolosi dagli stati vegetativi e le ipotesi di gravidanze portate a termine da donne cerebralmente morte.

Un ultimo confine dell’analisi è poi consistito nell’ibernazione umana o, meglio, nella crioconservazione del cadavere, prassi fune-

raria sempre più invalsa negli Stati Uniti, la quale è giunta all'attenzione della cultura giuridica in virtù delle citate pronunce giurisprudenziali. Qui, il principio di autodeterminazione si rivolge al corpo dell'individuo (stavolta indubbiamente) privo di vita. Anche in quest'ultimo segmento *post mortem* della vita biologica, tale principio può giungere ad attribuire all'individuo il potere di assoggettare il proprio corpo – cioè il cadavere – a un intervento tecnologico potenzialmente illimitato, quantomeno nel tempo. Una simile prassi, accettata in alcuni ordinamenti, sembra preclusa nel contesto italiano dalle norme di ordine pubblico, dal diritto sanitario e dal diritto penale. Eppure, anche la crioconservazione del cadavere ripropone la stessa questione relativa al principio di autodeterminazione e ai limiti dell'intervento tecnologico teso a perseguire la sussistenza in vita o, quantomeno, la prosecuzione di alcune funzioni biologiche.

Da quest'indagine, allora, emerge che l'autodeterminazione dell'individuo non risolve appieno le questioni etiche e giuridiche che le nuove tecnologie hanno prodotto e probabilmente produrranno. Né tuttavia è lecito attendersi che il legislatore inseguia l'innovazione tecnologica vietando o consentendo le singole tipologie di intervento medico, poiché – qui come altrove – nell'ambiente delle nuove tecnologie e nelle questioni bioetiche il formante legislativo gioca un ruolo secondario e, spesso, offre risposte tardive. Se un limite va cercato, dunque, il suo spazio non può che essere quello dei riferimenti normativi etici, tecnici e giuridici che caratterizzano la relazione di cura: la deontologia degli operatori sanitari che sono in grado di operare quel giudizio di ragionevolezza e di opportunità del trattamento; le *best practices* e le linee guida della comunità scientifica, cui compete di validare le nuove tecnologie; la presenza attiva di tutte gli attori coinvolti nella relazione di cura, che oggi non si limita più a intercorrere tra il solo medico e il paziente. In questa trama, certamente, si conferma anche la centralità dell'autodeterminazione della persona, che però non si manifesta nella forma dell'assoluta libertà di scegliere tutto ciò che è tecnicamente possibile, ma nella libertà di orientarsi tra opzioni giuridicamente accettabili⁴⁹.

(⁴⁹) In modo analogo, Papa Francesco, durante l'udienza ai partecipanti alla Plenaria del Pontificio Consiglio della Cultura (cfr. *Papa Francesco: "La scienza ha limiti da rispettare. Serve responsabilità etica"*, in «La Repubblica» 18 novembre 2017), ha affermato:

Abstract

Il contributo intende analizzare le questioni giuridiche dell'intervento della tecnologia medica nel prolungamento della vita, sia con riferimento ai trattamenti vitali per i soggetti in stato vegetativo, sia nel caso di persistenza della vita biologica *post mortem*, del corpo dell'individuo morto cerebralmente e dei tentativi, scientificamente infondati ma sempre più diffusi, di crioconservazione del cadavere. Negli scenari aperti dalle nuove tecnologie, il dogma dell'autodeterminazione, sulla cui base sono risolte le questioni del fine vita, sembra porre nuove contraddizioni. L'etica religiosa, nell'affermare un dovere di vivere, sembra legittimare il ricorso ampio e diffuso alla tecnologia. Per contro, l'etica laica, nel consentire l'opzione per una buona morte, offre più strumenti per la costruzione di un limite dell'intervento tecnologico. Nel diritto, invece, il principio di autodeterminazione può giungere a legittimare qualsiasi scelta individuale ma, nel contesto dei trattamenti sanitari (e dei servizi funerari), la libertà dell'individuo non è assoluta, ma deve muoversi tra le opzioni tecnicamente possibili e giuridicamente accettabili.

The contribution aims to analyze the legal issues of the intervention of medical technology in the prolongation of life, both concerning vital treatments for subjects in a vegetative state, and in the case of persistence of *post-mortem* biological life, of the body of the brain-dead individual and attempts, scientifically unfounded but increasingly widespread, to cryopreservation of the corpse. In the landscape opened by new technologies, the dogma of self-determination, based on which end-of-life issues are resolved, seems to pose new contradictions. In affirming a duty to live, religious ethics seems to legitimize the general and widespread use of technology. On the other hand, in allowing the option for a good death, secular ethics offers more tools for the construction of a limit for the technological intervention. In law, however, the principle of self-determination could legitimize any individual choice but, in the context of health treatments (and funeral services), the individual's freedom is not absolute. Still, it must move among the technically possible and legally acceptable options.

«Rimane sempre valido il principio che non tutto ciò che è tecnicamente possibile o fattibile è perciò stesso eticamente accettabile».

Keywords

Fine vita; accanimento terapeutico; morte cerebrale; ibernazione; bio-diritto.

End of Life; Therapeutic Obstinacy; Brain Death; Cryonics; Biolaw.



RIVISTA INTERNAZIONALE DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

ANNO DI FONDAZIONE 1921

SERIE V - ANNO XCVIII - N. 3 - LUGLIO/SETTEMBRE 2021

Fondatore: GIORGIO DEL VECCHIO

Direttori: G. DEL VECCHIO (1921-1938 / 1947-1968);
F. BATTAGLIA—G. CAPOGRASSI—A. GIANNINI (1939-1943);
S. COTTA (1968-2001)

Comitato direttivo: G. CARCATERRA, F. D'AGOSTINO,
F. MERCADANTE, B. ROMANO

Condirettore responsabile: A. PUNZI

Comitato scientifico: A. ANDRONICO, F. DE SANCTIS, P. DI LUCIA,
P. HERITIER, O. HÖFFE, M. JORI, L. LOMBARDI
VALLAURI, F. MACIOCE, A. OLLERO TASSARA,
E. PATTARO, P. SAVARESE, H. SCHAMBECK,
F. TERRÉ, J. M. TRIGEAUD.

Redazione: F. E. BROZZETTI, L. ERCOLE, A. FARANO,
V. MORI (COORDINATORE).

La sede della Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto è presso la Fondazione «G. Capograssi», proprietaria della testata, via Savoia, 86 - 00198 Roma, tel. 06/85.58.065, fax 06/85.58.832, rivista.internazionalefd@gmail.com; allo stesso indirizzo ha sede la redazione.

L'Amministrazione è presso Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A., via Busto Arsizio, 40, 20151 Milano, tel. +39 02/380891, fax +39 02/38009582, www.giuffrefrancislefebvre.it, email: dircomm@giuffre.it. Condizioni di abbonamento e altre informazioni seguono in terza di copertina.

Avvertenza:

La DIREZIONE rende noto che, terminato il periodo concesso agli autori per adeguarsi alle nuove regole, già annunciate nelle Istruzioni per Autori e Informazioni sul processo di valutazione, con decorrenza dal 1° gennaio 2011: 1. gli articoli, di lunghezza non superiore a 65.000 caratteri, dovranno superare con valutazione positiva il filtro del *blind peer review*; 2. in caso di indicazioni e osservazioni in sede di revisione, relative a modifiche, integrazioni, riduzioni, variazioni del contributo, non si procederà alla pubblicazione se non dopo che l'autore ne abbia tenuto conto a tutti gli effetti, incluso quello della tempestività; 3. gli articoli, sempre a cura dell'autore, saranno corredati di un *abstract*, in lingua inglese, di lunghezza tra i 400 e gli 800 caratteri; 4. gli articoli degli autori, che collaborino alla Rivista internazionale di filosofia del diritto su invito della Direzione, esteso in riconoscimento della particolare rilevanza ed eccellenza della loro operosità scientifica, accademica e didattica saranno dispensati dalle procedure di cui sopra; 5. per ulteriori disposizioni confermatrici ed integrative più complete e circostanziate, vedi infra in Istruzioni per Autori citato.