

Il contributo della Corte costituzionale allo sviluppo del biodiritto*

Caterina Di Costanzo, Andrea Simoncini**

THE CONTRIBUTION OF THE CONSTITUTIONAL COURT TO THE DEVELOPMENT OF BIOLAW

ABSTRACT: This paper starts from the assumption that biolaw is naturally a constitutional topic because it implies choices strongly intertwined with the set of fundamental values, protected against political majorities, that define the underlying “core” of our constitutional system. In this frame, the analysis of constitutional case-law about bio-juridical issues is organized around three main jurisprudential figures: those of “cognitive relationality,” “interpretative relationality,” and “institutional relationality.” The analysis of the selected case-law shows that the tension between constitutional principles and bio-juridical issues remains unavoidable and, indeed, the tension itself is the real engine of the development of biolaw in the system; therefore, rather than aiming to draw boundaries in the relations between law, science, constitutional principles and culture, the Constitutional Court seems to be looking for a point of dynamic equilibrium, one that could be defined as a “relational equilibrium.” In this perspective, the Court is not only facing the new constitutional challenges emerging from the interaction between life and technology but, in a broader view, it is seeking to outline a path for the future of democratic constitutionalism, showing how ethical pluralism and constitutional protection of rights can coexist.

KEYWORDS: Constitutional Court; biolaw; cognitive relationality; interpretative relationality; institutional relationality

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il “biodiritto” come materia *naturalmente* costituzionale – 2. Corte costituzionale e biodiritto: le figure della giurisprudenza – 3. “Relazionalità cognitiva”: la Corte e la ragionevolezza “scientifica” – 3.1 “Lo stadio attuale delle conoscenze scientifiche” come presupposto assiomatico dello scrutinio di ragionevolezza – 3.2 Il dato tecnico-scientifico come integrazione funzionale del parametro costituzionale – 3.3 Le conoscenze scientifiche come “formante” normativo – 3.4 Le conoscenze scientifiche come spazio di “autonomia normativa” – 3.5 *Controcanto*: la giurisprudenza dinanzi alle *incertezze* della scienza – 4. “Relazionalità interpretativa”: dalla fecondazione biologica alla genitorialità, le decisioni sull’inizio della vita – 4.1 La tutela del concepito e della madre nella “prima” giurisprudenza costituzionale – 4.2 La tutela costituzionale della dimensione relazionale della genitorialità – 4.3 La tutela della genitorialità e dei diritti del concepito al tempo del biodiritto: verso una nuova accezione del principio di *ragionevolezza*? – 4.4 La procreazione medicalmente assistita fra “coerenze ordinarie” e tutela costituzionale dell’embrione – 5. “Relazionalità istituzionale”: il ruolo costituzionalmente insostituibile del Parlamento e le decisioni sulla fine della

* Il testo è frutto di discussione ed elaborazione comune, ma, in particolare, vanno attribuiti ad Andrea Simoncini i paragrafi 1, 2 e 6 mentre a Caterina Di Costanzo i paragrafi 3, 4 e 5.

** *Andrea Simoncini*: Professore ordinario di Diritto costituzionale, Dipartimento di Scienze Giuridiche (DSG) dell’Università degli Studi di Firenze. Mail: andrea.simoncini@unifi.it. *Caterina Di Costanzo*: Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, DSG – AOU Meyer. Mail: caterina.dicostanzo@unifi.it. Contributo sottoposto a referaggio.

vita – 5.1 Le scelte sulla fine della vita e il caso “Cappato” – 6. Considerazioni conclusive. Certezza del diritto, evoluzione della scienza e trasformazione della cultura: la Corte alla ricerca di un “equilibrio relazionale”

1. Introduzione. Il “biodiritto” come materia *naturalmente* costituzionale

Quale ruolo ha giocato (e continua a giocare) la Corte costituzionale italiana nello sviluppo del “biodiritto”? La domanda è estremamente insidiosa. Essa infatti interseca due elementi logici, un soggetto – la Corte – e un oggetto – il “biodiritto”¹ – entrambi complessi ed in continua trasformazione.

Sarà quindi difficile, anticipando le nostre conclusioni, suggerire una risposta univoca; proveremo piuttosto che ad individuare un punto a tracciare una linea (secondo l’immagine di Paolo Grossi²), una linea tutt’altro che retta, ma un “*sonderweg*” disegnato dai giudici della Consulta su quel terreno impervio e di confine che chiamiamo “biodiritto”.

Da quando la “nuda vita” è stata attratta alla sfera del politico, infatti, si è innescato un rapporto – in realtà tra la *zoe* (non tanto il *bios*) ed il *diritto*³ – tutt’altro che pacifico. Una vera e propria tensione drammatica che ha finito per divenire – così sostiene Agamben – la cifra stessa della modernità⁴.

Non dimentichiamo, infatti, che il secolo che ci ha preceduto, il Novecento – con le esperienze totalitarie e l’ideologia della sovranità politica superiore alla stessa vita – ha posto degli “enigmi” alla ragione storica «che continuano a restare attuali e che potranno essere sciolti solo sul terreno – la biopolitica – sul quale sono stati annodati»⁵.

In qualche modo, l’esperienza costituzionale post-totalitaria nasce proprio dall’idea che il criterio maggioritario sia insufficiente quando in gioco c’è la vita stessa e le sue condizioni di esistenza (sintetizzate nel termine – polisemico *par excellence* – di “dignità”).

La mancanza di unanimità su questi temi «non potrà mai essere sostituita da “un’etica dei più”, imposta attraverso lo strumento legislativo, a mezzo della più classica tra le procedure maggioritarie» come ben sottolinea Carlo Casonato, a sua volta ricordando Stefano Rodotà⁶.

¹ Sulla definizione di “biodiritto” si vedano in dottrina, tra gli altri, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, 2006, 13 ss.; C. CASONATO, L. BUSATTA, S. PENASA, C. PICIOCCHI, M. TOMASI (a cura di), *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, Trento, 2014; L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002; ID., *Personalismo e biodiritto*, in *Medicina e morale*, 1, 2005, 131 ss.; G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, Assago, 2012; G. ACOCELLA, *Prolegomeni al biodiritto*, Roma, 2012; C. Sartea, *Bioetica e biogiuridica. Itinerari, incontri e scontri*, Torino, 2019. All’interno del primo numero della *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto* si vedano l’Introduzione di R. BIN E L. BUSATTA e il Forum su *Il diritto e le scienze della vita*.

² P. GROSSI, *Il punto e la linea (Storia del diritto positivo nella attuale crisi delle fonti)*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 84, 2011, 69 ss.

³ La distinzione tra *zoe* e *bios* è all’origine della riflessione di G. AGAMBEN, *Homo Sacer, Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995 (2005), 3 ss.

⁴ «L’ingresso della *zoe* nella sfera della polis, la politicizzazione della nuda vita come tale, costituisce l’evento decisivo della modernità, che segna una trasformazione radicale delle categorie politico-filosofiche del pensiero classico». Cfr. *ivi*, 7.

⁵ Cfr. *ivi*, 7.

⁶ S. RODOTÀ, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, 1993, XI citato da C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in *Forum dei quaderni costituzionali*, 2006.

I sistemi di democrazia maggioritaria sono stati equipaggiati (e non sempre efficacemente⁷) per gestire il *political disagreement*, ma diventano problematici quando vengono utilizzati per comporre il *moral disagreement*.

Proprio per questo le democrazie del secondo dopoguerra si qualificano come *pluraliste* ed al contempo *costituzionali* (in senso rigido), subordinando la decisione politica al rispetto di un nucleo di valori sottratti alla dinamica puramente maggioritaria.

E proprio da questo dato deriva quello che D'Aloia a ragione definisce il tono «naturalmente costituzionale» delle questioni biogiuridiche⁸, che certamente non possono che attingere a questo livello «più che maggioritario» della decisione pubblica.

Ma con questa qualificazione del *biodiritto* il problema non si chiude, bensì si apre.

È proprio qui, infatti, che le ferite e gli *enigmi* del Novecento rimangono irrisolti.

Come ricorda Foucault, «per millenni l'uomo è rimasto quel che era per Aristotele: un animale vivente e, inoltre, capace di esistenza politica; l'uomo moderno è un animale nella cui politica è in questione la sua vita di essere vivente»⁹.

L'evoluzione della scienza e tecnica ha reso oggi «atti» – dunque, espressioni della volontà individuale o collettiva – eventi che per secoli sono stati dei «fatti» («accadimenti naturali»¹⁰ come l'inizio, la fine della vita o la dotazione genetica di ciascuno) e, così facendo, li ha resi disponibili, decidibili, attraendoli nell'area della *polis*.

Via via che la scienza e la tecnica hanno aumentato la potenza dell'uomo e le sue possibilità di decisione e scelta, questo ha approfondito il divario tra le diverse opzioni etiche e morali sui limiti possibili e sulle responsabilità inevitabili, connesse all'uso di questa potenza.

In altre parole, oggi è sempre più in tensione il rapporto tra il nucleo «costituzionale» di tutela della «nuda vita» e le politiche che concretamente danno spazio e strumenti alla libertà individuale e collettiva. Per riprendere una immagine di Carlo Casonato, «non appena abbandoniamo» il primo livello costituzionale «per cercare di trovare una disciplina su ambiti di maggior complessità [...] i problemi riemergono»¹¹.

Sul terreno del biodiritto, quindi, si gioca una delle sfide più serie per il costituzionalismo contemporaneo: dimostrare che è una forma di stato effettivamente in grado di gestire in maniera inclusiva il «fatto del pluralismo»¹².

Se le democrazie costituzionali oggi non mostrano di saper governare in maniera costruttiva i conflitti interni di un mondo moralmente, religiosamente, politicamente plurale – così come abbiamo fatto all'inizio della nostra esperienza costituzionale – e ricorrono solo a soluzioni procedurali o maggiori-

⁷ Si pensi alle riflessioni sulla distinzione tra democrazie *maggioritarie* e *consensuali* elaborate dal politologo olandese Lijphart. Cfr. A. LIJPHART, *Le democrazie contemporanee*, Bologna, 2001.

⁸ A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 105.

⁹ Cfr. M. FOUCAULT, *Volontà di sapere*, trad. it. di P. PASQUINO E G. PROCACCI, Milano, 1978 citato in G. AGAMBEN, *op. cit.*, 131.

¹⁰ Sulla distinzione tra «atti» intesi come manifestazioni di volontà e «fatti» intesi come «accadimenti naturali», per tutti, cfr. F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 1985, 24, analogamente C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova 1967, 206 ss. e G. ZANOBINI, *Corso di diritto Amministrativo*, I, Milano, 1958, 209 ss.

¹¹ C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, cit.

¹² Cfr. J. RAWLS, *Liberalismo politico*, trad. it. di G. RIGAMONTI, Milano, 1994, 47-49.

tarie, esse generano il rischio (crescente) che le minoranze comincino a ritenere che il vero problema sia la democrazia stessa.

Come ha notato Jürgen Habermas, il costituzionalismo contemporaneo, che certamente rigetta l'ipotesi di uno stato etico propugnatore di una esclusiva "verità" morale, ha altrettanto bisogno vitale di una dialettica tra "argomentazioni sensibili alla verità" (*wahrheitssensibles Argumentationsverfahren*)¹³, cioè che accettino l'esistenza di un nucleo di valori condivisi; laddove l'espressione "condivisi" non sta a significare "veri per tutti", ma quantomeno che tutti accettano tali valori come condizioni indispensabili per poter proseguire liberamente nella propria autonoma ricerca della verità.

Di qui il ruolo chiave del Giudice costituzionale che nella sua attività di custode, non solo della lettera, ma soprattutto del *sensu* del nostro sistema costituzionale, si trova a diventare un protagonista assoluto in questo rapporto così delicato.

La Corte infatti in questi anni è stata sistematicamente esposta a quella tensione tra nucleo costituzionale e decisioni politiche, agendo in quella "terra di mezzo" che rappresenta la vita concreta del nostro ordinamento. E così ha prodotto un vero e proprio *corpus* giurisprudenziale che merita di essere analizzato per comprendere appieno come questa sfida sia stata affrontata.

2. Corte costituzionale e biodiritto: le figure della giurisprudenza

Abbiamo provato a condensare il "corpo" giurisprudenziale creato dalla Corte costituzionale in questi anni, attorno ad alcune "figure" emblematiche che possano essere d'aiuto nel rappresentare la linea tracciata nella declinazione degli approcci alla materia "biogiurica"¹⁴.

Il sindacato di costituzionalità è stato esercitato dal Giudice costituzionale impiegando varie tecniche e principi che vanno dal criterio della cd. "ragionevolezza scientifica"¹⁵ alla valorizzazione della dimensione relazionale dei principi e criteri costituzionali, sino alla possibile enucleazione di un bilanciamento che, in prospettiva, potremmo definire propriamente "biogiuridico".

Il tratto comune di queste diverse figure è la necessità per la Corte, in qualche modo, di uscire da sé e di porsi *in relazione* ad altro che non sia il solo *fatto* e *diritto*, i classici presupposti della giurisdizione, anche costituzionale. La necessità per i giudici di uscire dalla "Corte" per muoversi in una "terra incognita", per l'oggetto o per i soggetti coinvolti, costituisce il fondamento essenziale di questa "relazionalità".

¹³ J. HABERMAS, *The relationship between theory and practice revisited*, in Id. (Ed.), *Truth and justification*, Cambridge, 2003, 277 ss.; Á.R. OQUENDO, *Deliberative Democracy in Habermas and Nino* in *Oxford Journal of Legal Studies*, 22, 2, 2002, 189-226; L. HAMILTON, *Liberalism, the ethics of citizenship and religious belief* in P.A. QUADRIO, C. BESSELING (Ed.) *Politics and Religion in the New Century: Philosophical Reflections*, Sydney, 2009, 107.

¹⁴ Sull'individuazione dell'oggetto e dei confini disciplinari della materia all'interno della relazione fra diritto e scienze della vita, si veda ancora il primo numero di questa *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto* pubblicato nel 2014.

¹⁵ Si veda S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologia*, in *Politica del diritto*, 2, 2015; sulla tematica dei rapporti fra scienza e giustizia costituzionale, si veda A. D'ALOIA, *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005.

Già sappiamo quanto sia difficile, per la struttura propria del nostro processo costituzionale, far entrare la conoscenza dei *fatti*, oltre che la produzione degli *atti*¹⁶, nella cognizione della Corte, ma nel campo del biodiritto, non sono solo i fatti *a bussare alle porte della legge*¹⁷, ma sono le *interpretazioni*, secondo la profezia nietzschiana per cui oggi «non esistono più i fatti ma solo le interpretazioni»¹⁸. Le figure che seguono descrivono come ed in quale misura la Corte apra le sue porte a tali interpretazioni. In alcuni casi è la scienza e la tecnica ad entrare (o, meglio, irrompere); in altri, è la stessa “relazionalità intrinseca” del valore in gioco, a chiedere dinamismo al giudice costituzionale; infine, è il legislatore “positivo” – il Parlamento – a rendersi necessario quando la demolizione, seppur creativa, del “legislatore negativo” non è adeguata.

E così, il sindacato di costituzionalità in materia di biodiritto assumerà, di volta in volta, il volto della “relazionalità cognitiva”, intendendo con questo termine la necessità, per comprendere e giudicare correttamente l’esercizio della discrezionalità legislativa, di mettersi in relazione con le acquisizioni tecnico-scientifiche disponibili ovvero di rispettare lo spazio in cui altri saperi tecnico-scientifici sono chiamati ad esercitare la propria competenza (le figure giurisprudenziali contenute nel paragrafo n. 3); oppure, emergerà la dimensione della “relazionalità interpretativa”¹⁹, connessa alla necessità di un continuo bilanciamento ermeneutico dei valori costituzionali con i nuovi principi biogiuridici emergenti dalla prassi (le figure giurisprudenziali contenute nel paragrafo n. 4); ed infine, le figure della “relazionalità istituzionale”, nelle quali la Corte riafferma, anche con tecniche decisorie affatto innovative, la relazione costituzionalmente insostituibile con il Parlamento, cuore pulsante della democrazia costituzionale, chiedendo sui temi del biodiritto una discussione e deliberazione, quanto più possibile, ampia, aperta e pluralistica (figure contenute nel paragrafo n. 5).

3. “Relazionalità cognitiva”: la Corte e la ragionevolezza “scientifica”

3.1 “Lo stadio attuale delle conoscenze scientifiche” come presupposto assiomatico dello scrutinio di ragionevolezza

Secondo questa prima figura della “relazionalità cognitiva”, la Corte costituzionale deve porsi in relazione con la conoscenza scientifica e con la competenza tecnica per valutare la fondatezza e l’adeguatezza dell’esercizio discrezionale del potere legislativo, ovvero sia l’evoluzione delle conoscenze scientifiche costituisce un presupposto, talvolta implicito, dello scrutinio di costituzionalità delle norme impugnate.

¹⁶ Sul tema, cfr. T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997; G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, 2012; M. D’AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018; V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quaderni costituzionali*, 2019.

¹⁷ Riprendendo la notissima immagine di F. KAFKA in *Davanti alla legge. Testo tedesco a fronte*, B. MAJ (a cura di), CLUEB, 2008.

¹⁸ F. NIETZSCHE, *Frammenti Postumi 1885-1887, volume VIII tomo I delle Opere*, trad. it G. COLLI E M. MONTINARI, Milano, 1975, 299.

¹⁹ Sullo specifico carattere della *relazionalità* come connotato proprio della giustizia costituzionale italiana ed in particolare sulle categorie della “relazionalità interpretativa” e “istituzionale” sia consentito rinviare a V. BAR-SOTTI, P. G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian constitutional justice in global context*, Oxford, 2015.

Da questo punto di vista, risulta interessante la pronuncia n. 161 del 1985, che decide la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 5 della legge n. 164 del 1982 recante “Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso”²⁰, poiché in essa i richiami ai presupposti scientifici risultano essere plurimi e significativi.

Innanzitutto, la Corte fa qui un riferimento, che non troviamo nelle norme di legge censurate, alle categorie proprie e al linguaggio specifico della dottrina medico-legale per la definizione del transessualismo e per l’inquadramento di questa realtà fenomenica nella classificazione scientifica della “sindrome”²¹.

La Corte, all’interno del suo ragionamento, che parte da questo inquadramento medico-legale della sindrome transessuale, fa derivare alcune conseguenze specifiche.

Il Giudice costituzionale afferma che «allo stadio attuale delle conoscenze scientifiche, si riconosce che la *sindrome transessuale non può essere efficacemente curata né con terapie ormonali né con interventi di psicoterapie e che soltanto l’operazione chirurgica, demolitoria-ricostruttiva, può dare risultati positivi, come è stato verificato nella grande maggioranza dei casi considerati*»²².

La valutazione della correttezza del bilanciamento compiuto da legislatore discende, come conseguenza logica immediata, dal giudizio positivo sulla robustezza dell’approccio scientifico di riferimento.

Nella ricostruzione effettuata dal Giudice delle leggi, infatti, il legislatore ha preso in considerazione una determinata e data realtà fenomenica, inquadrabile, sulla base delle informazioni disponibili a livello scientifico, come «sindrome transessuale», e ha apprestato una adeguata tutela dei diritti in gioco, quali il diritto all’identità personale e il diritto alla salute²³.

²⁰ L’applicazione dello *jus superveniens*, rappresentato dalla legge n. 164 del 1982 in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, nel giudizio *a quo* da cui origina il procedimento costituzionale, viene dichiarata legittima dalla Corte costituzionale sia dal punto di vista della “ragionevolezza scientifica” delle norme della legge n. 164 sia dal punto di vista della conformità a Costituzione delle stesse norme censurate. La Corte, all’esito del sindacato svolto, dichiara che l’attestazione di cui all’art. 5 della legge n. 164 presuppone la rettificazione giudiziale dell’attribuzione di sesso e richiede, in applicazione della legge, il conseguente adempimento da parte dell’ufficiale di stato civile dell’ordine di effettuare la rettificazione.

²¹ Il *Dizionario di medicina* della Treccani del 2010 riporta nella definizione di “sindrome” il riferimento specifico, in medicina, a un insieme di sintomi e segni che costituiscono le manifestazioni cliniche di una o diverse malattie, indipendentemente dall’eziologia che le contraddistingue. Nel punto 3 del Considerato in diritto della sentenza n. 161 si legge: «transessuale, secondo la dottrina medico-legale, viene considerato il soggetto che, presentando i caratteri genotipici e fenotipici di un determinato sesso (ma alcuni autori preferiscono parlare di “genere”) sente in modo profondo di appartenere all’altro sesso (o genere), del quale ha assunto l’aspetto esteriore e adottato i comportamenti e nel quale, pertanto, vuole essere assunto a tutti gli effetti ed a prezzo di qualsiasi sacrificio».

²² Si veda il paragrafo 3 del Considerato in diritto della sentenza n. 161 del 1985, nostro il corsivo. In materia si veda il contributo fondamentale di P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 26 ss.

²³ Nel paragrafo 4 del Considerato in diritto della sentenza n. 161 si legge: «Conclusivamente, si deve riconoscere che il legislatore è intervenuto, senza certamente né provocarla né agevolarla, su di una realtà fenomenica nota, anche se di dimensioni quantitative assai modeste, per apprestare adeguata tutela ai soggetti affetti da sindrome transessuale».

La Corte afferma, nel paragrafo 10 del Considerato in diritto, che la finalità della legge n. 164 è quella di consentire a ogni individuo di realizzare la propria identità sessuale in conformità all’art. 2 della Costituzione.

Nelle successive sentenze in materia di rettificazione di attribuzione di sesso non vi è una indicazione specifica di aspetti scientifici sui quali la Corte possa fondare il proprio sindacato di costituzionalità della legge. Tuttavia, sebbene non vi sia un riferimento esplicito “allo stato delle conoscenze scientifiche in materia”, si può affermare che l’evoluzione delle conoscenze scientifiche rappresenti comunque il presupposto implicito delle sentenze pronunciate. Innanzitutto, nelle sentenze n. 221 del 2015 e n. 180 del 2017²⁴, viene espunta dalle pronunce costituzionali la definizione di transessualismo come sindrome da curare. Viene, pertanto, meno l’inquadramento della realtà fenomenica in oggetto come sindrome patologica da cui deriva la necessità di un trattamento esclusivamente chirurgico. La Corte qui pare recepire un orientamento che si fonda su successive acquisizioni scientifiche che tendono a non considerare necessariamente patologici i comportamenti e lo stile di vita transessuale²⁵ e che risulta maggiormente coerente anche rispetto alla stessa *ratio* innovatrice della legge n. 164 del 1982.

In particolare, nella sentenza n. 221 del 2015 la Consulta, mediante una interpretativa di rigetto, afferma la legittimità costituzionale della norma censurata poichè «la disposizione in esame costituisce l’approdo di un’evoluzione culturale ed ordinamentale volta al riconoscimento del diritto all’identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all’identità personale, rientrando a pieno titolo nell’ambito dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost. e art. 8 della Cedu)»²⁶. La Corte chiarisce come la portata innovativa dell’intervento legislativo emerga anche dalla formulazione letterale della norma contenuta nell’art. 1 della legge n. 164 che sostanzialmente lascia all’interprete il compito di individuare le modalità più appropriate attraverso cui realizzare le modificazioni che contribuiscono a realizzare la tutela costituzionale.

L’intervento chirurgico di modifica dei caratteri sessuali primari costituisce, pertanto, soltanto una delle possibili tecniche per realizzare l’adeguamento dei caratteri sessuali che, considerata la peculiare invasività, deve inserirsi pienamente, a norma dell’art. 32 comma 2 della Costituzione, all’interno di un processo di autodeterminazione liberamente scelto e voluto dalla persona²⁷.

²⁴ Su cui cfr. C. ANGIOLINI, *Transessualismo e identità di genere. La rettificazione del sesso fra diritti della persona e interesse pubblico*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2017; E COVACCI, *Transessualismo: i requisiti necessari per il riconoscimento giuridico del cambiamento di genere prima e dopo la sentenza 221/2015 della Corte costituzionale*, in *Genius*, 1, 2016; A. LORENZETTI, *Il cambiamento di sesso secondo la Corte costituzionale: due nuove pronunce (nn. 180 e 185 del 2017)*, in *Studium iuris*, 4, 2018, 446-454.

²⁵ Occorre ricordare che solo recentemente, il 19 giugno 2018, l’Organizzazione Mondiale della Sanità ha eliminato la transessualità dalla *International Statistical Classification of Diseases, Injuries and Causes of Death (ICD)*, ossia la lista delle malattie mentali. Tuttavia, vi sono studi più risalenti che mettono in dubbio la fondatezza scientifica degli assunti alla base di questa classificazione e dei conseguenti trattamenti esclusivamente di tipo chirurgico. Si veda C. DHEJNE, P. LICHTENSTEIN ET AL., *Long-term follow-up of transsexual persons undergoing sex reassignment surgery: cohort study in Sweden*, in *PloS ONE*, 2, 2011. La ricerca mostra come le persone in condizioni di transessualismo, dopo l’intervento chirurgico di riassegnazione di sesso, presentino rischi considerevolmente più alti di mortalità, dovuti ad atti suicidari, rispetto alla popolazione generale. Lo studio suggerisce di non considerare il trattamento chirurgico come sufficiente ed esclusivo per le persone transessuali che necessiterebbero di terapia psicologica di supporto e accompagnamento nella fase di transizione.

²⁶ Si veda il paragrafo 4.1 del Considerato in diritto della sentenza n. 221.

²⁷ La Corte costituzionale nel paragrafo 4.1 del Considerato in diritto della sentenza n. 221 menziona la pronuncia della Corte di Cassazione n. 15138 del 20 luglio 2015. La Corte fonda la sua decisione interpretativa sugli approdi cui è arrivata la giurisprudenza di legittimità e sui riferimenti normativi più recenti in materia, quali l’art.

Rispetto a questo processo di autodeterminazione del singolo risulta permanere, nelle argomentazioni del Giudice costituzionale, la fondamentale esigenza di un rigoroso accertamento giudiziale del carattere definitivo delle trasformazioni avvenute²⁸.

3.2 Il dato tecnico-scientifico come integrazione funzionale del parametro costituzionale

Una seconda figura giurisprudenziale della “relazionalità cognitiva” emerge nell’ambito della valutazione delle opzioni legislative, rispetto al progresso tecnico-scientifico, sviluppata nella sentenza n. 414 del 1995 che affronta la problematica dell’inquadramento della nozione di morte alla luce dell’evoluzione delle acquisizioni scientifiche²⁹. Lo scrutinio di ragionevolezza, nel caso di specie, implica un bilanciamento fra «i dati della scienza medica» con il «complesso quadro dei valori di riferimento» rappresentati dalla «solidarietà sociale ed esigenze di fondamentale giustizia (rispetto della vita, unicità del contesto di decesso, certezza della irreversibilità di estinzione della persona)»³⁰.

In questa pronuncia, la Corte afferma, in materia di modalità di rinvio del precetto penale alla norma extrapenale, la perdurante conformità della norma oggetto di censura, l’art. 589 del codice penale che punisce il delitto di omicidio colposo, con i principi costituzionali³¹. Il Gip presso la Pretura di Rovigo sollevava, in riferimento agli artt. 3, 25 e 27 della Costituzione, una questione di costituzionalità dell’art. 589 del c.p., rilevando una modificazione della nozione di morte rispetto a quella di riferimento nel codice penale ad opera dell’art. 4 della legge 644 del 1975, sostituito dagli artt. 1 e 2 della legge n. 578 del 1993. Il giudice *a quo*, in punto di non manifesta infondatezza, osserva che l’interpretazione del precetto penale si porrebbe in contrasto con l’art. 25 della Costituzione in quanto l’interpretazione della norma censurata sfocerebbe in un procedimento analogico in *malam partem* non consentito in materia penale.

31 del d. lgs. n. 150 del 2011, con cui il legislatore conferma di volere lasciare all’apprezzamento del giudice, nell’ambito del procedimento di autorizzazione dell’intervento chirurgico, l’effettiva necessità dello stesso in funzione della garanzia del diritto alla salute nel caso specifico, ossia ove sia finalizzato a consentire alla persona di raggiungere uno stabile equilibrio psicofisico.

²⁸ Nella sentenza n. 180 del 2017 la Corte ribadisce il suo orientamento interpretativo e conferma la necessità di un accertamento rigoroso della intervenuta oggettiva transizione dell’identità di genere, quali che siano le modalità realizzative (intervento chirurgico, terapie ormonali, modificazioni congenite), al fine di garantire al contempo sia il diritto del singolo sia le esigenze di certezza delle relazioni giuridiche sulle quali si fondano i registri anagrafici.

²⁹ La Corte dichiara la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 589 del c.p. in relazione agli artt. 4 della legge n. 644 del 1975 “Disciplina dei prelievi di parti di cadavere a scopo di trapianto terapeutico e norme sul prelievo dell’ipofisi da cadavere a scopo di produzione di estratti per uso terapeutico” e artt. 1 e 2, comma 2, della legge 578 del 1993 “Norme per l’accertamento e la certificazione di morte”.

³⁰ Si veda il paragrafo 4 del Considerato in diritto della sentenza n. 414.

³¹ Le modalità di rinvio da parte della norma penale a fonti extragiuridiche (scientifiche, etiche, di fatto, etc.) o extrapenali, nel caso le leggi n. 644 e n. 578, come tecnica ordinaria dell’ordinamento penale sono ricostruite al paragrafo 2 della sentenza n. 414. In definitiva, nel caso dell’evolversi delle fonti di rinvio – per l’evoluzione delle nozioni di tipo tecnico-scientifico – l’integrazione della norma penale con la fonte extragiuridica o extrapenale viene effettuata attraverso una interpretazione logico-sistematica che consenta il rispetto dei principi di coerenza e unità dell’ordinamento, ma non in via analogica che determinerebbe la violazione del principio di legalità del diritto penale.

Si veda su questo S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell’attività scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015, 347 ss.

Il legislatore del 1930 fa, infatti, riferimento a una nozione naturalistica di morte che riflette gli orientamenti della scienza medica di quel periodo e che la identifica con la cessazione irreversibile delle funzioni superiori del cuore, della respirazione, del cervello. Il successivo sviluppo delle conoscenze scientifiche, in relazione alle innovative tecniche di rianimazione e di realizzazione dei trapianti di organi, ha richiesto al legislatore di riconsiderare i dati scientifici e introdurre una nozione di morte e dei criteri del suo accertamento adeguati allo sviluppo scientifico. Le leggi n. 644 del 1975 e n. 578 del 1993 contengono, nel ragionamento della Consulta, una nozione di morte come cessazione irreversibile delle funzioni dell'encefalo che è in linea con l'evoluzione scientifica e che non si pone in contrasto con i valori costituzionali di rispetto della vita e solidarietà sociale. Le opzioni legislative non sono, all'esito del sindacato di costituzionalità, ritenute illegittime alla luce dell'evoluzione scientifica e del tessuto normativo costituzionale in materia di tutela del diritto alla vita. La discrezionalità politica del legislatore, nel giudizio conclusivo della Corte costituzionale, è stata esercitata ponderando i dati scientifici con i valori costituzionali in un modo che i primi andassero a integrare e non confliggevano con i secondi³².

3.3 Le conoscenze scientifiche come “formante” normativo

Una figura giurisprudenziale particolarmente rilevante emerge nell'ambito della recente decisione del Giudice costituzionale sui vaccini. La specificità del sindacato della Consulta in materie nelle quali assumono un ruolo qualificante le conoscenze scientifiche è ricostruibile a partire dalla sentenza n. 5 del 2018, nella quale la Corte affronta il problema della costituzionalità di alcune norme, aventi ad oggetto i vaccini, contenute nel decreto-legge n. 73 del 2017, recante “Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, di malattie infettive e di controversie relative alla somministrazione di farmaci”, convertito dalla legge n. 119 del 31 luglio 2017³³.

In riferimento alla dedotta violazione dell'art. 32 della Costituzione, la Corte evidenzia come nel contesto delle vaccinazioni la giurisprudenza costituzionale abbia da tempo affermato il necessario temperamento del diritto alla salute del singolo, anche nel suo contenuto di libertà di cura, con l'interesse della collettività – viene su questo citata la sentenza n. 268 del 2017 – nonché, nel caso di vaccinazioni obbligatorie, con l'interesse del bambino, che esige tutela anche nei confronti dei genitori che non adempiono ai loro compiti di cura (*ex multis*, sentenza n. 258 del 1994).

Nel sottoporre a valutazione di conformità a Costituzione le norme censurate, la Corte afferma che risulta corretta la valorizzazione, promossa dal legislatore, della dinamica evolutiva propria delle co-

³² Nel paragrafo 4 del Considerato in diritto della sentenza n. 414 si legge: «Allo stato attuale della scienza e del prevalente pensiero, può dirsi che la recente legge n. 578 del 1993, nel riflettere i progressi scientifici ed al fine di conseguire risultati di solidarietà sociale ed esigenze di fondamentale giustizia (rispetto della vita, unicità del concetto di decesso, certezza della irreversibilità di estinzione della persona), non si ponga in contrasto con norme e principi costituzionali per quanto concerne il circoscritto oggetto del presente giudizio, attinente alla chiarificazione della nozione di morte e l'indicazione dei criteri di accertamento della stessa».

³³ Si veda A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta online*, 1, 2018, 91 ss.; L. PEDULLÀ, *Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale (alla luce della sentenza n. 5 del 2018 della Corte cost.)*, in *Forum dei quaderni costituzionali*, 11 settembre 2018, 29 ss.

noscenze mediche che «devono sorreggere le scelte normative in campo sanitario»³⁴. Il legislatore, infatti, intervenendo in una situazione in cui lo strumento della persuasione appariva carente sul piano della efficacia, ha reso obbligatorie dieci vaccinazioni³⁵.

In tale contesto, dunque, il rafforzamento da parte del legislatore della cogenza degli strumenti della profilassi vaccinale non risulta, all'esito del sindacato costituzionale, configurare un intervento irragionevole rispetto allo stato delle condizioni epidemiologiche e delle conoscenze scientifiche³⁶.

Sono due gli aspetti evidenziati nella sentenza che ci portano a definire, in questo caso, l'impiego del dato scientifico come "formante" normativo.

In primo luogo, la Corte fa derivare dalla prassi medico-sanitaria l'inversione di tendenza, in atto negli ordinamenti giuridici anche stranieri, dalla raccomandazione all'obbligo di vaccinazione.

La Corte spiega questo assunto facendo riferimento al fatto che in medicina, a differenza di quel che avviene nel diritto, la distanza fra raccomandazione e obbligo è minima. Qui il Giudice costituzionale sembrerebbe fare riferimento al fatto che la prassi medico-sanitaria, che costituisce un ambito autonomo di esplicazione delle conoscenze scientifiche che in essa operano, possiede nei fatti la "forza" di modellare, appunto, al fine di raggiungere determinate finalità, lo strumento giuridico³⁷.

In secondo luogo, la dinamica evolutiva che caratterizza specificatamente le conoscenze medico-scientifiche ha disegnato in maniera peculiare alcuni meccanismi di flessibilizzazione introdotti dalla normativa in materia di vaccini finalizzati a garantire una maggiore adesione della norma di legge alla specifica realtà che intende disciplinare. Il legislatore ha, infatti, appositamente introdotto, in sede di conversione, un sistema di monitoraggio periodico che può determinare la cessazione della obbligatorietà di alcuni vaccini – specificatamente i quattro elencati all'art. 1, comma 1-bis: anti-morbillo,

³⁴ Si veda il paragrafo 8.2.5 del Considerato in diritto della sentenza n. 5. La Corte fa riferimento alle indicazioni offerte da documenti quali la mozione sulla "Importanza delle vaccinazioni" approvata il 24 aprile 2015 dal Comitato nazionale di bioetica; il "Documento sui vaccini" approvato l'8 luglio 2016 dal Consiglio della Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri; il "Rapporto Vaccini" del 12 maggio 2017 elaborato da un gruppo di lavoro dell'Accademia dei Lincei.

³⁵ Il decreto-legge n. 73 del 2017 "Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, di malattie infettive e di controversie relative alla somministrazione di farmaci", convertito dalla legge n. 119 del 31 luglio 2017, ha, nei fatti, riconfermato e rafforzato l'obbligo, mai formalmente abrogato, per le quattro vaccinazioni già previste dalle leggi dello Stato, e l'ha introdotto per altre sei vaccinazioni che venivano già proposte alla popolazione come "raccomandate".

³⁶ Si veda il paragrafo 8.2.5 del Considerato in diritto della sentenza n. 5.

³⁷ Nel paragrafo 8.2.4 del Considerato in diritto della sentenza n. 5 si legge: «Indubbiamente, il vincolo giuridico si è fatto più stringente: ciò che in precedenza era raccomandato, oggi è divenuto obbligatorio. Ma nel valutare l'intensità di tale cambiamento – ai fini del giudizio sulla ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore con il decreto-legge n. 73 del 2017 e della conseguente compressione dell'autonomia regionale – occorre peraltro tenere presenti due ordini di considerazioni. Il primo è che nell'*orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria* la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici. In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo (tanto che sul piano del diritto all'indennizzo le vaccinazioni raccomandate e quelle obbligatorie non subiscono differenze: si veda, da ultimo la sentenza n. 268 del 2017). In quest'ottica, occorre considerare che, anche nel regime previgente, le vaccinazioni non giuridicamente obbligatorie erano comunque proposte con l'autorevolezza propria del consiglio medico».

anti-rosolia, anti-parotite, anti-varicella³⁸. Questo meccanismo di flessibilizzazione della normativa, da attivarsi alla luce dei dati emersi nelle sedi scientifiche appropriate, evidenzia che l'esercizio della discrezionalità legislativa è peculiarmente condizionata dallo stato delle risultanze scientifiche ed è suscettibile di una graduale, e per certi versi necessaria in alcuni frangenti, modifica sulla base della progressiva emersione dei relativi dati scientifici.

3.4 Le conoscenze scientifiche come spazio di "autonomia normativa"

Le conoscenze scientifiche assurgono a specifico spazio di "autonomia normativa", costituzionalmente presidiato, nelle figure giurisprudenziali di seguito enucleate.

In una delle più note sentenze in materia di biodiritto (la n. 282 del 2002), la Corte costituzionale dichiara illegittimità costituzionale della legge della Regione Marche n. 26 del 2001 recante norme in materia di "Sospensione della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psicoturgia"³⁹.

La Corte afferma, in questa nota pronuncia, che «salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione»⁴⁰. L'ambito dell'autonomia professionale del medico e della sua specifica responsabilità, con il conseguente obbligo di tenere in considerazione lo stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, rappresentano uno spazio decisionale che non può essere "invaso" dall'esercizio della discrezionalità politica del legislatore.

In questo ambito, nel quale si sviluppa la relazione di cura e di fiducia, disegnata anche dall'art. 1 comma 1 della recente legge n. 219 del 2017, su consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento, intesa come concreta possibilità di incontro della sfera di autonomia del medico e della sfera di autodeterminazione del paziente⁴¹, il riferimento ai principi del codice di deontologia medica

³⁸ Si veda l'art. 1, comma 1-ter del decreto-legge n. 73 del 2017, come convertito. Peraltro, la Corte rileva che eventuali variazioni nelle condizioni epidemiologiche, nei dati relativi alle reazioni avverse e alle coperture vaccinali, potrebbero richiedere al legislatore di prevedere un analogo meccanismo di allentamento del grado di coazione esercitabile anche in riferimento alle sei vaccinazioni indicate al comma 1, dell'art. 1 (anti-poliomielitica, anti-difterica, anti-tetanica, anti-epatite B, antipertosse, anti *Haemophilus influenzae* tipo b).

³⁹ Si veda L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica (nota a sentenza 282/2002)*, in *Le regioni*, 6, 2002; C. TUCCIARELLI, *La sentenza n. 282 del 2002 della Corte costituzionale: prime interpretazioni delle disposizioni costituzionali sull'esercizio del potere legislativo delle Regioni*, in *Forum dei quaderni costituzionali*, 3 luglio 2002.

⁴⁰ Si veda il paragrafo 4 del Considerato in diritto della sentenza n. 282.

⁴¹ La Corte costituzionale nella sentenza n. 282 aveva affermato, al paragrafo n. 4 del Considerato in diritto, che: «La pratica terapeutica si pone, come già si è accennato, all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica, diritto questo che l'art. 32, secondo comma, secondo periodo, della Costituzione pone come limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica. Questi di-

contenuto nella sentenza è significativo e pare indicare come le regole di autodisciplina appaiano uno strumento più adeguato a disciplinare questo tipo di materia⁴².

La Corte costituzionale specifica che al legislatore non è preclusa qualsiasi possibilità di intervenire, come nel caso in cui sia necessario garantire, anche attraverso il coinvolgimento diretto dei professionisti, l'adeguatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie.

Tuttavia un intervento legislativo sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza, che costituisce un tipico giudizio tecnico affidato al medico che lo esercita nel contatto personalizzato col singolo paziente, non può derivare da valutazioni di discrezionalità politica del legislatore ma dovrebbe basarsi su «indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono gli organi tecnico-scientifici».

Tale orientamento della Corte viene sviluppato ulteriormente nella sentenza n. 338 del 2003 che affronta il dubbio di costituzionalità riguardante alcune norme di due leggi regionali, quella del Piemonte e della Toscana sull'applicazione della terapia elettroconvulsivante (TEC), la lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri interventi di psicoturgia⁴³. La Corte ribadisce la specifica posizione assunta nella sentenza n. 282 aggiungendo che la determinazione dei confini fra terapie ammesse e terapie non ammesse non discende da interventi legislativi regionali che «sono costituzionalmente illegittimi ove pretendano di incidere direttamente sul merito delle scelte terapeutiche in assenza di – o in difformità da – determinazioni assunte a livello nazionale, e quindi introducendo una disciplina differenziata, su questo punto, per una singola Regione»⁴⁴. Nella competenza legislativa concorrente, come quella in materia di tutela della salute, art. 117 comma 3 della Costituzione, le Regioni sono chiamate a dettare le norme di procedura e organizzative anche al fine di garantire al meglio l'appropriatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle regole cautelative per l'utilizzo di mezzi terapeutici rischiosi o destinati a impieghi eccezionali e ben calibrati (come la terapia elettroconvulsivante); tuttavia, non possono stabilire regole cautelative più stringenti rispetto a quelle nazionali, facendo riferimento a organi scientifici di carattere regionale la cui capacità scientifica risulta inevitabilmente limitata rispetto a organi scientifici nazionali o sovranazionali, poiché questo determinereb-

ritti, e il confine fra i medesimi, devono sempre essere rispettati, e a presidiarne l'osservanza in concreto valgono gli ordinari rimedi apprestati dall'ordinamento, nonché i poteri di vigilanza sull'osservanza delle regole di deontologia professionale, attribuiti agli organi della professione».

⁴² Si veda il paragrafo 4 del Considerato in diritto della sentenza n. 282.

⁴³ Si tratta delle norme contenute negli articoli 4, 5 e 6 della legge della Regione Piemonte 3 giugno 2002, n. 14, recante norma in materia di "Regolamentazione sull'applicazione della terapia elettroconvulsivante, la lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psicoturgia", e nell'art. 3, commi 2, 3 e 4, della legge della Regione Toscana 28 ottobre 2002, n. 39, in materia di "Regole del sistema sanitario regionale toscano in materia di applicazione della terapia elettroconvulsivante, la lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psicoturgia". Si vedano G. LA MONACA, *Il diritto costituzionale alla salute tra norme giuridiche e pratica clinica. La giurisprudenza costituzionale recente: nuove forme di valorizzazione della prassi e della deontologia mediche*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2011, 974-993; E. CAVASINO, *L'individuazione dei principi fondamentali in materia di potestà legislativa concorrente fra criterio sostanziale-materiale e criterio della struttura nomologica*, in *Nuove autonomie*, 1, 2009, 192-202.

⁴⁴ Si veda il paragrafo 5.1 del Considerato in diritto della sentenza n. 338.

be una variabilità delle posizioni scientifiche che condurrebbe a incidere sull'uniformità nazionale della tutela dei diritti⁴⁵.

Su questo aspetto, la previsione dell'art. 3, comma 4, della legge toscana, che rinvia a «linee guida» non solo sulle procedure di consenso e di «autorizzazione» ma anche «sull'utilizzo della TEC», da adottarsi dalla Giunta regionale «su conforme indicazione della Comunità scientifica toscana», viene ritenuta dalla Corte contrastante con il carattere, di norma nazionale o sovranazionale, delle acquisizioni e delle valutazioni tecnico-scientifiche su cui si basa la applicazione pratica e operativa da parte dei professionisti sanitari.

Questo specifico approccio delineato dalla Corte in ambito medico nelle sentenze n. 282 e n. 338 viene ribadito nella sentenza 151 del 2009, che ha ad oggetto il sindacato di legittimità costituzionale di alcune norme della legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita.

Con la sentenza n. 151 del 2009, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di due norme della legge n. 40 del 2004 in materia di "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita": della norma che prevede che la produzione di embrioni debba essere limitata a un numero non superiore a tre finalizzati «ad un unico e contemporaneo impianto» e della norma che non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna⁴⁶.

La Corte, pertanto, afferma che il limite legislativo di tre embrioni da impiantare con un unico contemporaneo intervento non riconosce al medico la possibilità di una valutazione personalizzata, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, disconoscendo la conseguente necessità di individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto.

⁴⁵ Si veda anche la pronuncia n. 307 del 2003 che riguarda l'inquinamento elettromagnetico e l'illegittimità costituzionale di norme regionali che avevano stabilito, a tutela della salute, valori soglia più bassi rispetto a quelli stabiliti dalla legge nazionale: «In sostanza, la fissazione a livello nazionale dei valori-soglia, non derogabili dalle Regioni nemmeno in senso più restrittivo, rappresenta il paragrafo di equilibrio fra le esigenze contrapposte di evitare al massimo l'impatto delle emissioni elettromagnetiche, e di realizzare impianti necessari al paese, nella logica per cui la competenza delle Regioni in materia di trasporto dell'energia e di ordinamento della comunicazione è di tipo concorrente, vincolata ai principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato».

⁴⁶ Si tratta di una sentenza di accoglimento parziale della illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004 in materia di "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", nella parte in cui prevede che la produzione di embrioni sia limitata a un numero non superiore a tre finalizzati «ad un unico e contemporaneo impianto» e della illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 3, della legge n. 40 del 2004 nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna. Si ritiene, infine, che la sentenza della Corte debba comportare una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione, poiché la crioconservazione potrebbe risultare necessaria in tutti i casi in cui il medico ritenga che l'impianto possa non essere compatibile con la salute della donna. Si veda B. LIBERALI, *La diagnosi genetica pre-impianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2014; I. RIVERA, *Quando il "desiderio" di avere un figlio diventa un "diritto": il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2014; C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2014.

La previsione legislativa, in assenza di ogni considerazione attinente alle condizioni soggettive della donna che di volta in volta affronta la procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone, all'esito dello scrutinio costituzionale, in contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili e in contrasto con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente del feto – che potrebbe derivare da un intervento non calibrato sulle specifiche condizioni personali e cliniche della donna.

3.5 Controcanto: la giurisprudenza dinanzi alle incertezze della scienza

Nelle notissime vicende Di Bella e Stamina, la Corte costituzionale modella il rapporto fra scienza e diritto ancora secondo figure giurisprudenziali che prendono forma in maniera differente a seconda del grado di certezza e incertezza scientifica che presentano i dati sulla cui base devono essere assunte le rispettive decisioni⁴⁷.

Nel caso Di Bella la controversia riguardava l'efficacia del c.d. multitrattamento che aveva avuto altresì una forte risonanza mediatica e che, tuttora, a fasi alterne, ritorna alla ribalta delle cronache⁴⁸. Nella sentenza n. 185 del 1998, considerata la delicatezza della materia concernente il rapporto fra acquisizioni scientifiche, nel caso specifico incerte e in fase di verifica in sede di sperimentazione, e i diritti dei pazienti affetti da malattie oncologiche, la Consulta svolge una perimetrazione delle sue funzioni e dell'ampiezza del sindacato di costituzionalità in materia.

Il Giudice delle leggi ricorda che la sua funzione non è quella di valutare nel merito le opzioni scientifiche e, ancor più in un caso caratterizzato da incertezza scientifica, neppure quella di valutare gli effetti e l'efficacia terapeutica del trattamento. In secondo luogo, il Giudice costituzionale chiarisce di non possedere titoli per sostituire il proprio giudizio a valutazioni che il legislatore affida per competenza specifica agli organi tecnico-scientifici. Si tratta della previsione di una "riserva di competenza tecnico-scientifica" affidata ad appositi organismi cui il legislatore sulla base della specificità della materia trattata rinvia⁴⁹.

⁴⁷ Sulla vicenda Di Bella, si veda F. PATRUNO, *Ancora su Costituzione, diritto alla salute e somministrazione gratuita di farmaci*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2000, 1891-1902; M. CONTE, *Conseguenze dell'intervento della Corte Costituzionale sul c.d. "caso di Bella": come salvare capra e cavoli*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 4, 1998, 1524-1526.

Sulla vicenda Stamina, si veda G. SERENO, *Il caso Stamina all'esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in *Osservatorio costituzionale*, gennaio 2015; G. D'AMICO, *Caso "Stamina": la "lotta per la salute"*, in *Forum dei quaderni costituzionali*, 1 febbraio 2015.

⁴⁸ Nella sentenza n. 185 del 1998 la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 2, comma 1, ultima proposizione, e dell'art. 3, comma 4, del d.l. 17 febbraio 1998, n. 23 ("Disposizioni urgenti in materia di sperimentazioni cliniche in campo oncologico e altre misure in materia sanitaria"), convertito, con modificazioni, nella legge 8 aprile 1998, n. 94, nella parte in cui non prevede l'erogazione a carico del servizio sanitario nazionale dei medicinali impiegati nella cura delle patologie tumorali, per le quali è disposta la sperimentazione di cui all'art. 1, a favore di coloro che versino in condizioni di insufficienti disponibilità economiche.

⁴⁹ In materia di riserva di competenza scientifica agli organi tecnico-scientifici si veda anche la sentenza n. 121 del 1999. Tale sentenza si colloca sempre all'interno della vicenda Di Bella e contiene una pronuncia nell'ambito di un conflitto di attribuzione promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri nei confronti del pretore di Lecce con riguardo all'ordinanza del 28-29 luglio 1998 che dispone la trasmissione degli elenchi dei pazienti ammessi alla sperimentazione del c.d. multitrattamento in vista di un accertamento medico-legale avente ad oggetto l'efficacia e dei limiti della terapia. L'oggetto del sindacato della Corte attiene

Il sindacato di costituzionalità, sotto il profilo della garanzia del principio di uguaglianza in riferimento al diritto alla salute, consiste nella valutazione di conformità a Costituzione della norma oggetto di censura che prevede una sperimentazione clinica semplificata e accelerata dei medicinali impiegati nel multitrattamento, consentendo ai medici il loro impiego nel campo oncologico e, per effetto del divieto di inserimento nell'elenco dei farmaci innovativi, esclude i privati non ammessi alla sperimentazione dall'accesso gratuito ai farmaci.

Considerato il carattere incerto degli esiti della sperimentazione in corso, la Corte non fa riferimento ai presupposti scientifici – che nel caso non sono robusti e validati – delle norme oggetto di censura, ma preferisce utilizzare la tecnica della stretta interpretazione. La scelta del legislatore di avviare una sperimentazione e l'ammissione di ulteriori soggetti estranei alla sperimentazione – in deroga alla regola prevista dal comma 1 dell'art. 3 del decreto-legge n. 23 – non sono basati su una valutazione di utilità dell'impiego dei farmaci ma sono interpretati come un "fatto legislativo" che ha una sua oggettività tale da ingenerare «aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute»⁵⁰. Il concreto godimento di questo diritto deriva, per i soggetti esclusi dalla sperimentazione, dalle diverse condizioni economiche⁵¹. La tecnica di stretta interpretazione normativa concerne, quindi, la normativa oggetto di censura in riferimento ai parametri costituzionali menzionati e agli effetti derivanti dall'estensione della deroga, realizzata per effetto della dichiarazione di incostituzionalità. La dichiarazione di incostituzionalità viene a proposito limitata, dal punto di vista dell'oggetto, ai farmaci rientranti nel multitrattamento in corso di sperimentazione; dal punto di vista dei soggetti, alle persone affette da patologie tumorali per le quali non esistano valide alternative terapeutiche tramite medicinali o trattamenti già autorizzati per tali patologie; dal punto di vista temporale, al periodo della sperimentazione, cioè fino al momento in cui non sia possibile disporre di dati scientificamente attendibili che consentano di superare la situazione di incertezza scientifica circa l'efficacia del multitrattamento in discorso⁵². In tale condizione di incertezza scientifica concernente l'efficacia del trattamento, la Corte costituzionale ammette un'estensione della deroga alla disciplina ordinaria della

all'accertamento se la consulenza disposta dal pretore produca una illegittima interferenza nelle attribuzioni del potere esecutivo esercitata attraverso l'attività degli organi tecnico-scientifici dell'amministrazione della sanità con riferimento alla sperimentazione della terapia Di Bella. L'ordinanza del pretore diretta a acquisire dati riguardanti tutti i pazienti ammessi alla sperimentazione e tutti coloro che hanno usufruito del multitrattamento al di fuori della sperimentazione appare *prima facie* esorbitare i limiti delle funzioni attribuite alla consulenza tecnica d'ufficio e impiegare questo istituto processuale in modo da metterlo in concorrenza con la complessa procedura di sperimentazione prevista nei decreti-legge n. 23 e 186 del 1998. La Corte costituzionale definisce «abnorme» l'esercizio del potere giurisdizionale che deriva dalle dimensioni della consulenza che trascende l'ambito del giudizio, di natura cautelare e volta a ottenere un *facere* della pubblica amministrazione, per porsi come momento di verifica dell'intera sperimentazione, e la stessa funzione giurisdizionale, per la mancanza di congruenza fra gli accertamenti peritali e i casi concreti rimessi alla cognizione del giudice. Tale anomalo esercizio dei poteri istruttori da parte del pretore integra una illegittima interferenza nella sfera delle attribuzioni spettanti agli organi tecnico-scientifici preposti alla sperimentazione dei farmaci.

⁵⁰ Si veda il paragrafo 9 del Considerato in diritto della sentenza n. 185 del 1998.

⁵¹ Al fine di superare questa possibile violazione dell'art. 3 della Costituzione, non risulta sufficiente la previsione di una riduzione di prezzo di vendita dei medicinali facenti parte del multitrattamento concordate fra il Ministero della Sanità e le aziende farmaceutiche interessate.

⁵² Questi aspetti vengono richiamati come limiti alla operatività della deroga posta alle procedure ordinarie nella sentenza n. 188 del 2000.

sperimentazione soltanto entro questi stretti limiti rispetto ai quali il legislatore viene chiamato a garantire che possano usufruire del multitrattamento anche i soggetti non ammessi a sperimentazione che non sono nelle condizioni di affrontare i costi dei farmaci a causa di insufficienti disponibilità economiche.

Come nel caso Di Bella, anche nel caso Stamina è in discussione la sperimentazione finalizzata a verificare l'efficacia clinica di «una nuova terapia»⁵³. Le circostanze di fatto nelle quali si sviluppa la vicenda sono peculiari e vedono, in un primo momento, la somministrazione della terapia Stamina attraverso l'applicazione delle norme sulle cure compassionevoli che consentivano, a determinate condizioni, l'impiego di alcuni medicinali non validati da una sperimentazione allorquando non esistesse per quei pazienti una valida alternativa terapeutica. Successivamente Aifa nel maggio 2012 impedisce la continuazione dell'utilizzo del cd. metodo Stamina⁵⁴. Tale provvedimento inibitorio a tutela della salute pubblica ha un forte impatto mediatico tale da indurre il Governo, su proposta del Ministro della salute, ad adottare il decreto-legge n. 24 del 2013.

Anche in questo caso, la tecnica impiegata dal legislatore è quella di applicare una deroga al regime ordinario della sperimentazione all'interno di un contesto di forte risonanza anche mediatica delle problematiche sanitarie che stanno alla base della richiesta di accesso alle nuove terapie. Mentre relativamente al caso Di Bella, al momento della pronuncia della sentenza della Corte, dovevano ancora essere pubblicati i risultati della sperimentazione, nel caso Stamina, nelle more del giudizio costituzionale, veniva pubblicata la valutazione tecnico-scientifica del Comitato scientifico della sperimentazione clinica che, sostanzialmente, escludeva l'esistenza delle condizioni per la prosecuzione del *trial* clinico⁵⁵. Non siamo, quindi, nonostante i tentennamenti e i tira e molla concernenti la terapia Stamina come cura compassionevole e la sua sperimentazione, nell'ambito di una situazione di perdurante incertezza scientifica in relazione all'efficacia del trattamento. La Corte, infatti, ribadisce i principi espressi nella sentenza n. 282 del 2002, secondo i quali al legislatore non è preclusa in assoluto la possibilità di dettare regole sull'appropriatezza delle scelte terapeutiche, deve farlo però previa verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali tramite organismi nazionali e sovranazionali a ciò preposti. La Consulta aggiunge che la sperimentazione e la somministrazione di nuovi farmaci devono essere improntate a criteri di doverosa cautela. Con riguardo a questo punto, il Giudice delle leggi afferma che «la promozione di una sperimentazione clinica per testare l'efficacia, ed escludere collaterali effetti nocivi, di un nuovo farmaco non consente, di regola, di porre anticipatamente a carico delle strutture pubbliche la somministrazione del farmaco mede-

⁵³ Nella sentenza n. 274 del 2014, relativa al caso Stamina, la Corte dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 del decreto-legge 25 marzo 2013, n. 24 "Disposizioni urgenti in materia sanitaria", convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 23 maggio 2013, n. 57.

⁵⁴ Attraverso l'ordinanza n. 1 del 2012 di Aifa emessa il 15 maggio 2012.

⁵⁵ Si veda il decreto del Ministero della salute, adottato sulla base della relazione del Comitato scientifico della sperimentazione clinica, il 4 novembre 2014. Il provvedimento del Ministero della salute, all'esito della relazione del Comitato scientifico della sperimentazione clinica, nominato sulla base dell'art. 2 comma 4 del decreto del Ministro della salute del 18 giugno 2013, rileva l'inadeguata descrizione del metodo, l'insufficiente definizione delle prodotto della metodica, i potenziali rischi per i pazienti, dà parere negativo sul metodo esaminato poiché risultano insussistenti i presupposti di scientificità e sicurezza richiesti dall'art. 1 del Decreto del Ministro della salute del 18 giugno 2013 per avviare una sperimentazione, e prende atto che la sperimentazione avviata non può essere proseguita.

simo: e ciò per evidenti motivi di tutela della salute, oltre che per esigenze di corretta utilizzazione e destinazione dei fondi e delle risorse a disposizione del Servizio sanitario nazionale»⁵⁶.

Sostanzialmente, proprio sulla base del presupposto relativo alla prova della inefficacia clinica del trattamento con cellule staminali, la Corte addiviene, differentemente rispetto al caso Di Bella, a una pronuncia che non consente l'erogazione della "cura" a persone che non avevano già avuto accesso attraverso l'ammissione alla sperimentazione o attraverso la decisione di un giudice. La deroga predisposta dal legislatore al regime ordinario della sperimentazione clinica risulta essere ragionevole in quanto si fonda, all'interno di un contesto di perdurante incertezza scientifica, sui principi della continuità terapeutica ed esigenze di non interferenza con i provvedimenti dell'autorità giudiziaria che avevano consentito l'accesso alla terapia con le cellule staminali; al contrario – la Corte evidenzia – «irragionevole sarebbe l'estensione indiscriminata di siffatta, temporalmente circoscritta, deroga, che l'ordinanza di rimessione mira ad ottenere, facendo leva sugli evocati parametri costituzionali che, a torto, prospetta violati»⁵⁷.

4. "Relazionalità interpretativa": dalla fecondazione biologica alla genitorialità, le decisioni sull'inizio della vita

Le figure giurisprudenziali che compongono quella che abbiamo definito "relazionalità interpretativa" riguardano primariamente la fase fondamentale dell'inizio della vita e sono contenute innanzitutto nelle sentenze in materia di interruzione di gravidanza, di diritto alla conoscenza delle proprie origini e in materia di procreazione medicalmente assistita. Dalla lettura di queste pronunce emerge una parabola che muove dalla tutela, potremmo dire, "statica" dei diritti della madre e del concepito – il cui bilanciamento viene effettuato dal legislatore e valutato dalla Corte soprattutto rispetto al momento puntuale del parto – per approdare ad una tutela "dinamica", che concerne la dimensione sociale e relazionale della genitorialità e della corrispondente posizione dei figli, giungendo fino alla tutela della genitorialità, realizzata sul piano dei diritti fondamentali, non tralasciando il principio di ragionevolezza – in una sua peculiare prospettiva, che potremmo definire "biogiuridica" – passando attraverso le esigenze di coerenza ordinamentale e la definizione di uno statuto costituzionale specifico per la dignità dell'embrione.

4.1 La tutela del concepito e della madre nella "prima" giurisprudenza costituzionale

Le sentenze n. 27 del 1975 e n. 35 del 1997 sono generalmente menzionate in materia di bilanciamento dei diritti del concepito e della madre⁵⁸. La tutela costituzionale del concepito e della madre concerne, in questa giurisprudenza, soprattutto il momento del parto ed è diretta a circostanziare i presupposti legittimanti l'interruzione volontaria di gravidanza in modo conforme alla tutela dei diritti della madre e del nascituro.

⁵⁶ Si veda il paragrafo 6 del Considerato in diritto della sentenza n. 274.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Si veda C. CASINI, *La legge 194 di fronte alle decisioni della Corte Costituzionale*, in *Medicina e morale*, 6, 2008, 1187-1223; A. LA TORRE, *Ego e alter nell'interruzione della gravidanza*, in *Giustizia civile*, 1, 2010, 3-18.

Nella sentenza n. 27 del 1975 la Corte costituzionale affronta il quesito di costituzionalità del delitto di procurato aborto previsto dall'art. 546 del codice penale. Il Giudice delle leggi, analizzando il contesto socio-normativo nel quale si colloca l'incriminazione dell'aborto, rileva che nel codice Rocco il delitto viene rubricato come «delitto contro l'integrità della stirpe», all'interno del libro II del titolo X del codice, mentre già nel codice Zanardelli l'aborto rientrava fra i «delitti contro la persona». Nell'analisi del relativo contesto normativo e sociale, la Corte ricorda anche l'evoluzione concettuale che concerne «il prodotto del concepimento [che] fu alternativamente ritenuto semplice parte dei visceri della donna, speranza d'uomo, soggetto animato fin dall'inizio, o dopo un periodo più o meno lungo di gestazione»⁵⁹.

La Corte procede a individuare, nell'ambito della interruzione di gravidanza, le situazioni soggettive da tutelare e afferma che ha fondamento costituzionale sia la tutela del concepito che la tutela della vita e della salute della donna gestante. La tutela del concepito si colloca, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, tra i diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti e garantiti dall'art. 2 della Costituzione mentre la protezione della maternità è specificatamente prevista dall'art. 31, secondo comma, della Costituzione. Il bilanciamento tra gli interessi e i diritti fondamentali in gioco, che possono confliggere quando siano entrambi esposti a pericolo, si trova nella salvaguardia della vita e della salute della madre, dovendosi peraltro operare in modo che sia salvata, quando ciò sia possibile, la vita del feto.

Sulla base di queste indicazioni, la disciplina dell'aborto contenuta nel codice penale non è conforme a Costituzionale perché non prende in considerazione l'esigenza di bilanciamento degli interessi del concepito con quelli della madre previsti dagli art. 31 e 32 della Costituzione⁶⁰.

Infine, la Corte pone l'accento sulla natura complessa del bilanciamento prospettato che viene demandato dal giudice costituzionale all'intervento del legislatore chiamato a tenere in considerazione i principi indicati e delineati nella giurisprudenza costituzionale. La Corte, infatti, specifica che è «obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga praticato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire nella gestazione» e che «perciò la liceità dell'aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla».

La Consulta interviene anche successivamente in materia di bilanciamento fra gli interessi del concepito e della madre nella sentenza n. 35 del 1997 nella quale fornisce una valutazione complessivamente positiva sulla – nel frattempo approvata – legge n. 194 del 1978 recante “Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza”. Nella sentenza n. 35 del 1997

⁵⁹ Si veda la parte motiva della sentenza n. 27.

⁶⁰ L'illegittimità costituzionale dell'art. 546 del codice penale concerne la parte in cui la norma non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato nei sensi di cui in motivazione e non altrimenti evitabile, per la salute della madre. La possibile operatività della scriminante di cui all'art. 54 c.p. non è sufficiente a evitare la declaratoria di incostituzionalità perché, da una parte, lo stato di necessità esige l'attualità del danno o del pericolo mentre il danno o pericolo conseguente al protrarsi di una gravidanza può essere previsto, ma non è sempre immediato, e, dall'altro, lo stato di necessità si fonda sul presupposto d'una equivalenza del bene offeso dal fatto dell'autore rispetto all'altro bene che col fatto stesso si vuole salvare, mentre – la Corte afferma – *non esiste equivalenza* fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio della madre e la salvaguardia dell'*embrione* che *persona deve ancora diventare*.

il Giudice delle leggi viene chiamato a giudicare sull'ammissibilità di un referendum abrogativo avente ad oggetto numerose disposizioni della legge n. 194 e afferma che la legge n. 194, avente contenuto costituzionalmente vincolato, ha realizzato quei contemperamenti e quei bilanciamenti che con la sentenza n. 27 del 1975 aveva richiesto al legislatore di porre in essere.

La legge, infatti, «ha enunciato come proprio criterio ispiratore e direttivo esattamente quei beni della maternità e della tutela della vita umana dal suo inizio», a cui la Corte aveva fatto richiamo, ed ha dettato disposizioni dirette a salvaguardare sia la salute e la vita della gestante sia «le cautele necessarie» al fine di evitare la sottoposizione della madre all'aborto senza che vengano effettuati seri accertamenti e verifiche sulla condizione della gestante, anche in relazione alla valutazione delle condizioni che giustificano o meno il ricorso all'intervento abortivo⁶¹.

4.2 La tutela costituzionale della dimensione relazionale della genitorialità

Nelle due figure giurisprudenziali, che di seguito si vanno a delineare, rileva il cambio di approccio che assume la Corte in materia e l'importanza attribuita alla dimensione relazionale nel rapporto madre-figlio. Si tratta di una dimensione dinamica che sposta la tutela costituzionale dal momento del parto alla fase successiva come possibilità di relazioni fra madre e figlio ormai diventato adulto.

Nella sentenza n. 425 del 2005 viene affrontata la questione di legittimità costituzionale riguardante l'art. 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983 recante norme sul "Diritto del minore ad una famiglia", nel testo sostituito dall'art. 177, comma 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 in materia di "Codice in materia di protezione dei dati personali", «nella parte in cui esclude la possibilità di autorizzare l'adottato all'accesso alle informazioni sulle origini senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non essere nominata da parte della madre biologica»⁶². La Corte rileva come la normativa censurata costituisca «il punto di arrivo di una evoluzione legislativa sul tema dei rapporti tra il minore adottato con adozione legittimante e la sua famiglia di origine»⁶³.

In questo caso, dedotta dal rimettente l'irragionevolezza, in violazione del suo diritto all'identità personale, dell'assolutezza del divieto a carico dell'adottato⁶⁴ di accedere alle informazioni sulle proprie

⁶¹ La Corte costituzionale afferma che, per quanto riguarda i presupposti della interruzione volontaria della gravidanza infratrimestrale, le norme contenute negli artt. 4 e 5 della legge condizionano l'interruzione di gravidanza ad una previa valutazione del serio pericolo per la salute fisica o psichica della madre promuovendo, oltre che «i necessari accertamenti medici», ogni opportuno «intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto». Inoltre, l'art. 6 della legge prevede per quanto riguarda l'interruzione della gravidanza dopo il primo trimestre una limitazione dell'interruzione stessa ai casi in cui la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna o in cui siano accertati processi patologici (ivi includendo anche le rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro) che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna.

⁶² Cfr. A. O. COZZI, *La Corte costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2005, 4602-4611; M. CASINI, *Il dibattito in biogiuridica. Il diritto a conoscere le proprie origini tra fecondazione eterologa, adozione e parto in anonimato*, in *Medicina e morale*, 4, 2015, 641-661.

⁶³ Si veda il paragrafo 2 del Considerato in diritto della sentenza n. 425.

⁶⁴ La questione, sollevata dal Tribunale per i minorenni di Firenze, scaturisce dalla vicenda di un trentenne, adottato all'età di pochi mesi, che, spinto dal desiderio di conoscere le proprie origini, chiedeva di poter accedere alle informazioni circa l'identità della madre biologica la quale, però, al momento del parto, aveva dichiarato l'intenzione di non essere nominata.

origini, la questione viene dichiarata infondata sulla base di un'argomentazione incentrata sulle finalità della norma censurata. Nella sua argomentazione la Corte non procede a valutare l'adeguatezza del bilanciamento degli interessi coinvolti ma preferisce una interpretazione funzionale a valutare la coerenza della finalità della norma censurata rispetto ai valori e ai principi costituzionali⁶⁵. In particolare, la Consulta non sottopone a scrutinio di ragionevolezza il bilanciamento fra il diritto del figlio a conoscere le proprie origini e il diritto della madre a partorire in maniera anonima ma valuta se il sacrificio del diritto del figlio ad accedere alle informazioni relative alle sue origini possa essere finalizzato a distogliere la gestante da propositi di aborto, infanticidio o abbandono. Pertanto, la valutazione degli interessi in gioco si focalizza sugli interessi alla vita e alla salute della gestante e del nascituro, mettendo in secondo piano i profili attinenti alla tutela del diritto alla identità personale del figlio che, peraltro, aveva già trovato alcune risposte nell'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo⁶⁶. Tale prospettiva pone questa sentenza in continuità rispetto alla "prima" giurisprudenza costituzionale che tutela e protegge la maternità e il corrispondente diritto del nascituro alla vita e alla salute.

Questo approccio viene completamente ribaltato nella sentenza n. 278 del 2013, avente ad oggetto la medesima questione di costituzionalità⁶⁷.

La Corte costituzionale, con una sentenza additiva di principio⁶⁸, dichiara l'incostituzionalità dell'art. 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983 nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimen-

⁶⁵ L'infondatezza della questione di legittimità costituzionale viene fatta derivare dalla interpretazione della *ratio* della stessa legge e dalla finalità della norma censurata che è diretta a tutelare la gestante che in situazioni particolarmente delicate dal punto di vista personale abbia deciso di partorire presso una struttura sanitaria ma di non tenere con sé il bambino. La previsione dell'anonimato non sottoposta a limiti temporali o a specifiche condizioni è diretta ad assicurare che il parto avvenga in condizioni ottimali e a evitare che la madre assuma la decisione di non dare alla luce il bambino per evitare conseguenze sia sul piano personale che sociale. Quindi la norma, nella valutazione della Corte, mira a proteggere sia la donna che il nascituro. La scelta della gestante di dare alla luce il bambino in una struttura sanitaria adeguata potrebbe essere ostacolata se il suo diritto all'anonimato potesse essere sottoposto a conferma o revoca in un futuro imprecisato su richiesta del figlio all'interno di un procedimento nel quale un giudice le chiedesse di rivedere la sua iniziale decisione.

⁶⁶ Il riferimento è alla sentenza della Corte Edu, *Odièvre c. Francia*, del 13 febbraio 2002.

Occorre specificare che la Corte costituzionale non accoglie la questione di costituzionalità per la violazione dell'art. 117, comma primo, ma in riferimento agli artt. 2 e 3 della Costituzione, ritenendo assorbiti gli altri motivi di censura formulati in riferimento agli altri parametri addotti.

Su questi aspetti si vedano S. FAVALLI, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini: un dialogo decennale fra Cedu e Corte costituzionale italiana*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 9 dicembre 2013; A. O. COZZI, *La Corte costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2005.

⁶⁷ Cfr. A. AMBROSI, *Interesse dell'adottato a conoscere l'identità della madre biologica "versus" interesse della madre all'anonimato: un nuovo punto di equilibrio*, in *Studium iuris*, 6, 2014, 667-675; E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte Edu e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2013.

⁶⁸ La Corte richiede al legislatore di «introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato, secondo scelte procedurali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso, anche da parte degli uffici competenti, ai dati di tipo identificativo, agli effetti della verifica di cui innanzi si è detto», su questo si veda il paragrafo 6 del Considerato in diritto della sentenza n. 278.

to che garantisca la riservatezza della madre – la possibilità per il giudice di interpellare la madre su richiesta del figlio al fine di chiederle la conferma o la revoca della dichiarazione di anonimato fatta al momento del parto.

Le ragioni di questo *revirement* potrebbero essere rintracciate anche nelle decisioni, che si stavano consolidando in materia, della Corte Edu. In particolare, la sentenza Godelli della Corte Edu censura la rigidità del sistema italiano in violazione del diritto all'identità e allo sviluppo personale del figlio, come tutelato dall'art. 8 della Cedu⁶⁹. Le sue argomentazioni vengono richiamate dalla Corte costituzionale che, tuttavia, procede a costruire le motivazioni della propria pronuncia in maniera sostanzialmente autonoma⁷⁰.

Il ragionamento della Corte impernia la violazione dei parametri costituzionali riportati – art. 2 e art. 3 – sul *vulnus* derivante dalla «irreversibilità del segreto» da cui discende sostanzialmente l'eccessiva rigidità della normativa in oggetto⁷¹.

Al fine di superare la rigida contrapposizione tra i due interessi che possono confliggere, la Corte fa riferimento alla distinzione fra «genitorialità giuridica» e «genitorialità naturale» che incide, in particolare, sulla speciale relazione che sussiste fra madre e figlio fin dal momento del concepimento. In definitiva, la scelta per l'anonimato risulta impattare inevitabilmente sulla «genitorialità giuridica» ma non è ragionevole che sia irreversibilmente preclusiva della «genitorialità naturale». Il Giudice costituzionale, quindi, pone l'accento sulla dinamicità e mutevolezza delle relazioni che permettono di prendere in considerazione il bilanciamento del diritto del figlio di conoscere le proprie origini con il diritto della madre all'anonimato. L'aspetto relazionale, quello della «genitorialità naturale» come rapporto fra madre e figlio, che costituisce il presupposto di fatto per lo sviluppo di una possibile relazione fra loro, assurge a criterio decisivo della pronuncia là dove la Corte afferma che non può essere introdotto nell'ordinamento un divieto destinato a precludere in maniera assoluta e radicale qualsiasi possibilità di reciproca relazione fra madre e figlio con esiti difficilmente compatibili con l'art. 2 della Costituzione⁷².

Occorre menzionare il fatto che, nonostante il legislatore non abbia ancora introdotto una disciplina procedimentale attuativa dei principi stabiliti nella sentenza n. 278 dalla Corte costituzionale, le Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza n. 1946 del 25 gennaio 2017 hanno confermato la ammissibilità da parte del giudice di una richiesta del figlio di interpellare la madre naturale ai fini di una eventuale revoca della dichiarazione di voler restare anonima resa al momento del parto.

⁶⁹ Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Godelli c. Italia*, del 25 settembre 2012.

⁷⁰ La Corte costituzionale evidenzia che la sentenza Godelli invita a riflettere sul «profilo diacronico della tutela assicurata al diritto all'anonimato della madre», cfr. paragrafo 5 del Considerato in diritto della sentenza n. 278. Cfr. E. FRATONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte Edu e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *Osservatorio AIC*, dicembre 2013; V. DE SANTIS, *Il diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna, adozione, PMA eterologa e cognome materno*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3, 2018, 6 ss.

⁷¹ L'irreversibilità della scelta dell'anonimato appare determinare una espropriazione del titolare del diritto a qualsiasi successiva opzione ossia una «cristallizzazione» o «immobilizzazione» delle modalità di esercizio del diritto che non è più nella disponibilità del suo titolare. Cfr. paragrafo 5 del Considerato in diritto della sentenza n. 278.

⁷² Si veda il paragrafo 5 del Considerato in diritto della sentenza n. 278.

4.3 La tutela della genitorialità e dei diritti del concepito al tempo del biodiritto: verso una nuova accezione del principio di *ragionevolezza*?

In materia di procreazione medicalmente assistita la Consulta opera un bilanciamento fra gli interessi in gioco attraverso un riferimento ai delicati equilibri esistenti sia sul piano della coerenza normativa interna alla legge n. 40 del 2004 che sul piano della coerenza ordinamentale delle norme impugnate. Le figure giurisprudenziali, di seguito descritte, evidenziano, a tratti, l'approssimarsi alla soglia costituzionale di una materia complessa e magmatica che richiede un bilanciamento flessibile e aderente alle esigenze che nella realtà si presentano, ma rispetto alle quali non sempre è possibile fare emergere con linearità un univoco percorso argomentativo e valoriale di riferimento.

Nella sentenza n. 162 del 2014 la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", nella parte in cui stabiliva il divieto alle coppie affette da patologie irreversibili di sterilità di potere accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo⁷³.

Il divieto oggetto di censura appare contrastante con la finalità dichiarata della stessa legge n. 40 del 2004⁷⁴ e caratterizzato da una assolutezza che viola il canone della ragionevolezza costituzionale⁷⁵. In materia biogiuridica, considerato l'elevato gradiente di eticità delle tematiche, viene evidenziata in molteplici paragrafi della sentenza in parola la necessità di una disciplina possibilmente flessibile e "mite" degli interessi in gioco⁷⁶.

Il Giudice costituzionale interviene qui "su temi eticamente sensibili" suscettibili di incidere ambiti fortemente caratterizzati da discrezionalità politica e lo fa ricorrendo alla tecnica di valutazione della ragionevolezza delle legge⁷⁷, non declinata solo come ragionevolezza scientifica⁷⁸, ma piuttosto, sul piano dei diritti fondamentali – quali il diritto alla salute e il diritto di autodeterminazione della coppia genitoriale – articolata nell'ottica della tutela costituzionale di quella *comunità fondamentale* che è rappresentata dalla famiglia.

⁷³ Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 3, 2015; M. P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 1, 2018.

⁷⁴ L'art. 1 della legge n. 40 stabilisce che «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

⁷⁵ A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta online*, 2014; C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti costituzionali*, 17 giugno 2014; G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 3 luglio 2014.

⁷⁶ Si veda C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, cit.

⁷⁷ La Corte nella sentenza n. 45 del 2005, in cui decide sull'ammissibilità di un quesito referendario abrogativo della legge n. 40, la qualifica come la prima legge organica in materia e, in quanto tale, come legge costituzionalmente necessaria.

⁷⁸ I riferimenti ai dati scientifici e biomedici contenuti nella sentenza rilevano ai fini della valutazione dell'illegittimità della norma censurata rispetto al parametro costituzionale del diritto alla salute della donna e riguardano la nozione dinamica di diritto alla salute, l'inquadramento della nozione di patologia (paragrafo 7 della parte motiva della sentenza) e la qualificazione della tecnica della procreazione assistita di tipo eterologo che sulla base delle risultanze scientifiche non comporterebbe rischi per la salute della donna (paragrafo 9 della parte motiva della sentenza).

La Corte insiste sul carattere irragionevole dell'assolutezza del divieto censurato⁷⁹ «poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute, nei termini sopra esposti, è stabilita in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la *ratio legis*»⁸⁰ individuata alla luce del dichiarato scopo della legge n. 40 del 2004 «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1). L'irragionevolezza della opzione legislativa sta dunque nell'aver posto un divieto assoluto che non trova giustificazione nemmeno nell'esigenza di «garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame»⁸¹.

Il divieto viene dichiarato dal Giudice costituzionale caratterizzato fortemente da irragionevolezza, oltre che per la sua assolutezza, anche per l'effetto di disparità che determina sotto un duplice profilo: fra le coppie assolutamente sterili e quelle affette da patologie riproduttive meno gravi, superabili attraverso la procreazione medicalmente assistita di tipo omologo, e fra le coppie che non hanno i mezzi economici e quelle che possiedono i mezzi economici per recarsi all'estero e accedere alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo⁸².

4.4 La procreazione medicalmente assistita fra “coerenze ordinamentali” e tutela costituzionale dell’embrione

Come messo in evidenza, le nuove modalità procreative rese possibili dallo sviluppo delle biotecnologie hanno sollevato una serie di problematiche, prima inesistenti, attinenti a rilevanti profili bioetici e biogiuridici.

In questo ambito la Corte assume importanti decisioni – contenute nelle sentenze n. 96 del 2015, n. 229 del 2015 e n. 84 del 2016 – che hanno determinato incisive modifiche sulla stessa “sostanza” della legge n. 40 del 2004.

La sentenza n. 96 del 2015 dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, ri-

⁷⁹ L'argomentazione del giudice costituzionale insiste non sul divieto in sé ma sulla sua assolutezza. La sentenza richiama concetti – quali quello di «vita privata e familiare» o «di scelta di diventare genitori» che risuonano le motivazioni della Corte Edu nel caso *S. H. e altri c. Austria*. Occorre specificare che i parametri su cui viene fondata la decisione del Giudice delle leggi sono gli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 della Costituzione. Non vi è quindi il parametro dell'art. 117, primo comma, concernente la violazione indiretta delle norme contenute nella Cedu. Nel caso *S.H. c. Austria* la Corte Edu aveva dichiarato la compatibilità, all'interno del margine di apprezzamento statale, della legislazione austriaca con l'art. 8 della Cedu, pur se limitativa dell'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in quanto essa prevedeva delle eccezioni al divieto generale. Occorre ricordare, infine, che il Giudice costituzionale aveva, con l'ordinanza n. 150/2012, proceduto a restituire gli atti ai giudici *a quibus* (Tribunali ordinari di Milano, Firenze e Catania) in seguito alla pronuncia della Grande Chambre nel caso *S.H. e altri c. Austria*, chiedendogli di valutare la perdurante attualità delle questioni sollevate alla luce della sopravveniente sentenza pronunciata dalla Corte Edu il 3 novembre 2011. I giudici *a quibus*, dopo avere effettuato le valutazioni richieste dalla Corte costituzionale, ripropongono il quesito.

⁸⁰ Si veda il paragrafo 13 del Considerato in diritto della sentenza n. 162.

⁸¹ Si veda il paragrafo 6 del Considerato in diritto della sentenza n. 162. L'assolutezza del divieto non risulta essere, infatti, nemmeno giustificata dalle esigenze di tutela del nascituro, le quali, in virtù delle previsioni costituzionali, sono ritenute dalla Corte congruamente garantite.

⁸² Si veda il paragrafo 13 del Considerato in diritto della sentenza n. 162.

spondenti ai criteri di gravità che consentono l'accesso all'aborto terapeutico (art. 6, lett. b, l. n. 194/1978), accertate da apposite strutture pubbliche⁸³.

La Corte richiama la sentenza n. 162 del 2014⁸⁴ e il caso Costa e Pavan deciso davanti alla Corte Edu⁸⁵. In primo luogo, la Corte ribadisce che l'assolutezza della esclusione prevista dalla norma censurata la pone in contrasto con i parametri costituzionali⁸⁶. Per quanto riguarda il primo parametro – art. 3 della Costituzione – afferma «l'insuperabile aspetto di irragionevolezza dell'indiscriminato divieto» per le coppie affette da malattie geneticamente trasmissibili di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, con possibilità di procedere anche a «diagnosi pre-impianto». L'irragionevolezza, conformemente al percorso argomentativo proposto dalla Corte Edu nel caso *Costa e Pavan contro Italia*, risiede nella «palese antinomia normativa» con quanto previsto dalla legge n. 194/1978, la quale consente alle coppie «l'interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali» al fine di «perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici»⁸⁷.

⁸³ Cfr. si veda S. PENASA, *La sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale: l'insostenibile debolezza della legge n. 40*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2015, 755 ss.; R. POMIATO, *Diagnosi pre-impianto e tutela dell'embrione: un equilibrio ancora precario*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2016, 219-247; C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi pre-impianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2015; Cfr. B. BRANCATI, *Il complesso rapporto tra il giudice costituzionale e il dibattito extra-giuridico, in relazione al problema della ricerca scientifica sugli embrioni*, in *Consulta online*, 2, 2016.

⁸⁴ Cfr. paragrafo 9 del Considerato in diritto della sentenza n. 96.

⁸⁵ Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Costa e Pavan c. Italia*, del 28 agosto 2012 (consultabile al link: <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-Europea-dei-Diritti-dell-Uomo-Costa-e-Pavan-c.-Italia-accesso-alla-DGP-e-malattie-genetiche>). La sentenza della Corte Edu aveva ritenuto esistente una violazione dell'art. 8 della Cedu in quanto l'ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della vita privata e familiare era stata ritenuta sproporzionata. La Corte Edu aveva rilevato l'incoerenza di sistema dell'ordinamento giuridico italiano, in materia di diagnosi pre-impianto, derivante dal concorrente operare della legge n. 40 del 2004, che vietava la selezione degli embrioni da impiantare, e dalla legge 194 del 1978 che autorizzava l'interruzione di gravidanza nel caso in cui il feto fosse affetto da patologia che i ricorrenti volevano scongiurare (i ricorrenti erano affetti da fibrosi cistica). La decisione costituzionale, nonostante dimostri una concordanza sostanziale sul piano delle argomentazioni con la sentenza della Corte Edu, dichiara la incostituzionalità delle norme censurate solo per la violazione degli art. 3 e 32 Cost. ritenendo assorbiti gli ulteriori profili di incostituzionalità dedotti, in particolare, anche quello che si fondava sull'art. 117, primo comma, Cost.

In argomento si veda C. NARDOCCI, *Dalla Convezione alla Costituzione: la tacita sintonia tra le Corti. A margine di Corte cost. sent. n. 96 del 2015*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016.

⁸⁶ La pronuncia costituzionale si fonda su una valutazione di irragionevolezza del divieto che determina un trattamento diseguale di situazioni simili, ossia fra le coppie fertili che sono affette da gravi patologie ereditarie che possono perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla patologia ereditaria attraverso la modalità dell'interruzione di gravidanza quando nelle normali indagini prenatali emergano anomalie o malformazioni del nascituro. Sotto questo profilo la norma censurata è incostituzionale per contrasto con l'art. 3 e 32 della Costituzione in quanto la normativa non consente la massima tutela della salute della donna, che può essere sottoposta a reiterati aborti nella prospettiva di procreare un figlio sano, e della salute del feto, che comunque sarebbe esposto a interruzione di gravidanza.

⁸⁷ Nel nostro ordinamento vige una regolamentazione dell'interruzione di gravidanza, come quella di cui alla l. n. 194 del 1978, che consente l'accesso ad una diagnosi e selezione pre-impianto utili a prevenire la trasmissione al nascituro di una serie di malattie. Tali malattie, accertate durante la gravidanza con diagnosi prenatale, consentirebbero comunque il ricorso all'aborto cd. terapeutico, cioè ad una pratica invasiva per la salute della donna e, comunque, implicante la soppressione del concepito.

Per quanto riguarda il profilo di tutela del diritto alla salute della donna e del feto, l'approccio irragionevole del legislatore nella legge n. 40, che «non consente di far acquisire “prima” alla donna, mediante la diagnosi pre-impianto, una informazione che le permetterebbe di assumere “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute», comporta anche la violazione del diritto alla salute della donna fertile portatrice di grave malattia genetica ereditaria: la compressione di tale diritto, inoltre, non trova – secondo la Corte – «un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque esposto all'aborto».

Il Giudice costituzionale sembra percorrere in questa pronuncia la strada della irragionevolezza del divieto declinata sul piano della coerenza “orizzontale” della disciplina come “razionalità dell'ordinamento” e della – ancorché non dichiarata – “coerenza verticale” rispetto a quanto emerge in sede Edu sul «diritto al rispetto della vita familiare».

Infine, la Consulta introduce uno specifico monito “rinforzato” in materia, poiché non utilizza la formula tradizionale di rinvio al legislatore che garantisca un adeguato bilanciamento degli interessi in gioco, ma fa un esplicito riferimento ai contenuti che l'intervento del legislatore dovrebbe assicurare sia dal punto di vista sostanziale che procedurale⁸⁸.

Nella medesima prospettiva della pronuncia n. 96, si colloca la sentenza n. 229 del 2015 che provvede ad attribuire ancor più chiara legittimazione alla selezione per il trasferimento in utero dei soli embrioni sani, con esclusione, dunque, di quelli gravemente malati, purché quella selezione non comporti la soppressione del concepito affetto da anomalie genetiche⁸⁹. La norma incriminatrice che sanziona la condotta di «soppressione di embrioni» contenuta nell'art. 14, commi 1 e 6, della legge n. 40 del 2004, invece, supera il vaglio della Giudice delle leggi.

Nella sentenza n. 229 del 2015 viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lettera b), e 4 della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978 e accertate da apposite strutture pubbliche. Una volta circostanziato l'obiettivo della dichiarazione di incostituzionalità – che è quello di evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni, che dalla diagnosi pre-impianto, siano risultati affetti da malattie genetiche trasmissibili, alla stregua del «criterio normativo di gravità» – ed esorcizzato il rischio di «selezione a scopo eugenetico» - che la norma censurata si suppone intendesse evitare – la Corte ritiene che debba essere garantita all'embrione sul piano costituzionale la più ampia tutela possibile.

⁸⁸ La Corte rinvia alla discrezionalità delle scelte del legislatore la previsione di disposizioni al fine della individuazione, sulla base della evoluzione tecnica scientifica, delle patologie che possono giustificare l'accesso alla procreazione medicalmente assistita di coppie fertili, delle correlate procedure di accertamento, delle forme di vigilanza e controllo delle strutture abilitate a effettuare le prestazioni.

⁸⁹ La declaratoria di incostituzionalità contenuta nella sentenza n. 229 è logicamente consequenziale alla dichiarazione di incostituzionalità contenuta nella decisione n. 96 e riguardante l'esclusione delle coppie fertili affette da malattie genetiche trasmissibili dall'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Cfr. I. PELLIZZONE, *Dopo la sentenza costituzionale n. 229 del 2015: la rilevanza penale della selezione eugenetica e della soppressione degli embrioni malati*, in *Studium iuris*, 7-8, 2016, 826-834; C. IAGNEMMA, *Diagnosi genetica pre-impianto: problemi aperti in rapporto alla sentenza della Corte costituzionale n. 229/2015*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 1, 2016, 322-338.

Si tratta qui di una preliminare definizione di quello che potrebbe essere considerato uno “statuto” costituzionale della dignità dell’embrione.

Come visto, con la sentenza n. 151 del 2009 la Corte aveva già riconosciuto il fondamento costituzionale della tutela dell’embrione, riconducibile al precetto generale dell’art. 2 Cost., e aveva ritenuto tale tutela suscettibile di “affievolimento” – similmente rispetto alla tutela del concepito delineata nella sentenza n. 27 del 1975 – ma solo in caso di conflitto con altri interessi di pari rilievo costituzionale, come il diritto alla salute della donna gestante⁹⁰.

Nella sentenza n. 229 la tutela della dignità dell’embrione – caduto anche il divieto alla diagnosi pre-impianto con la sentenza n. 96 – è amplissima in quanto la Corte non ravvisa anche per quanto riguarda l’embrione affetto da patologia un interesse antagonista tale da determinare un affievolimento della tutela.

In riferimento a embrioni che risultano, all’esito di diagnosi pre-impianto, affetti da grave malattia genetica, la Corte costituzionale afferma la più ampia tutela dell’embrione, la cui malformazione non ne giustifica un trattamento deteriore rispetto agli embrioni sani cd. soprannumerari⁹¹.

In questo quadro, si profila l’esigenza di una tutela della dignità dell’embrione alla quale, la Corte lo ribadisce, allo stato delle acquisizioni scientifiche e normative, non può essere data altra risposta che quella della crioconservazione. Sulla scorta della sentenza n. 151, la Corte afferma chiaramente che «l’embrione, infatti, quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico»⁹².

Considerato che la prospettabilità del bilanciamento con altri interessi di pari rango è lasciata dalla Corte come una possibilità aperta, è d’uopo pensare che la chiusura del cerchio in materia dovrebbe ragionevolmente avvenire attraverso una definizione legislativa di questo statuto costituzionale dell’embrione che, necessariamente, tenga anche in considerazione l’esigenza di un bilanciamento normativo fra tutela dell’embrione e tutela della ricerca e sperimentazione scientifica, evidenziata dalla successiva sentenza n. 84 del 2016.

Nella sentenza n. 84 del 2016 la Corte affronta la questione di legittimità costituzionale del “divieto assoluto”, previsto dall’art. 13 della legge n. 40 del 2004, «di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull’embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso», per sospetto contrasto con gli artt. 9, 32 e 33, primo comma, della Costituzione⁹³. Una seconda questione riguarda l’irrevocabilità del consenso alla procreazione medicalmente assistita dopo la fecondazione dell’ovulo contenuto nell’art. 6,

⁹⁰ S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, in *Forum di quaderni Costituzionali*, 19 settembre 2009 ; G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 20 maggio 2009.

⁹¹ Si tratta degli embrioni crioconservati che sono non impiantabili perché malati o residuali a seguito di diagnosi pre-impianto. Cfr. R. CRISTIANO, *Gli embrioni soprannumerari: tutela e sperimentazione*, in *Rivista AIC*, 2018; I. RAVERA, *La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione sugli embrioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 2, 2017, 310-315.

⁹² Si veda il paragrafo 3 del Considerato in diritto della sentenza n. 229, nostro il corsivo

⁹³ Sulla pronuncia si veda C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2016; M. P. IADICICCO, *La “scelta tragica” sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2016.

comma 3, della legge n. 40 del 2004. Questa questione viene dichiarata inammissibile per mancanza di rilevanza nel giudizio *a quo* considerato che la ricorrente, dopo avere, in un primo momento, dichiarato di non volersi sottoporre all'impianto in utero dell'unico embrione (tra i dieci prodotti) sicuramente non affetto da patologie, ha poi comunque accettato di portare a termine – sia pur con esito non positivo – il trattamento di procreazione medicalmente assistita.

Appaiono subito evidenti le forti implicazioni bioetiche che la prima questione di legittimità costituzionale pone in relazione ai cd. embrioni soprannumerari⁹⁴.

Il quesito, infatti, riguarda il conflitto, «gravido di implicazioni etiche oltreché giuridiche, tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e il diritto dell'embrione, per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica che gli venga riconosciuto»⁹⁵.

Tale conflitto di tipo bioetico oltre che biogiuridico è determinato da una profonda divisione negli approcci tenuti da giuristi, scienziati e dalla stessa società civile su alcune problematiche, relative ai rapporti fra promozione della ricerca e tutela dell'embrione, per le quali pare non sia possibile rintracciare un consenso che possieda ancora quei caratteri di generalità e inclusività delle diverse posizioni attorno a un nucleo minimo e indefettibile.

Il Giudice costituzionale elabora una articolata argomentazione nella quale richiama la sentenza Parrillo e le ragioni addotte dalla Corte Edu⁹⁶ ed enuclea in maniera dettagliata gli argomenti che farebbero propendere, all'interno del bilanciamento, a favore della ricerca scientifica sugli embrioni⁹⁷ e quelli che farebbero propendere per la tutela dell'embrione⁹⁸.

⁹⁴ L'esistenza degli embrioni soprannumerari, di cui nella sentenza n. 84 si tratta, emerge solo a partire dalla sentenza n. 151 del 2009 che prevede la possibilità della produzione degli embrioni necessari alle esigenze del singolo intervento di procreazione medicalmente assistita e la caducazione del divieto assoluto della crioconservazione. Il destino di tali embrioni è quello di rimanere crioconservati fino al deperimento, considerando il contenuto della sentenza n. 229 del 2015 che mantiene in vita il divieto della loro soppressione.

⁹⁵ Si veda il paragrafo 8.1 del Considerato in diritto della sentenza n. 84.

⁹⁶ Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Parrillo c. Italia*, 27 agosto 2015. Nel caso *Parrillo c. Italia* la Corte Edu si trova ad affrontare il problema della ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni. La Grande Camera, nella decisione citata, riconosce in materia un ampio margine di apprezzamento in capo al legislatore nazionale poichè la questione della donazione degli embrioni non destinati a impianto solleva chiaramente delicate questioni morali ed etiche e i documenti di diritto comparato disponibili non fanno emergere un vasto consenso europeo in materia.

⁹⁷ Nel paragrafo 10.1 del Considerato in diritto della sentenza n. 84 la Corte elenca gli argomenti a favore della ricerca sugli embrioni specificando «che, a fronte dell'inevitabile estinzione cui vanno incontro gli embrioni non impiantabili (esistenze "in nuce" destinate all'ibernazione indefinita, prive di una reale possibilità di venire al mondo), il bilanciamento dovrebbe più ragionevolmente operarsi a favore della destinazione di tali embrioni agli scopi di una ricerca scientifica suscettibile di salvare la vita di milioni di esseri umani; che una tale destinazione manifesti, nella situazione sopra descritta, un rispetto per la vita umana ben superiore al mero "lasciar perire", dando un senso socialmente utile alla futura e inevitabile distruzione dell'embrione; che l'auspicata cedevolezza dei diritti dell'embrione rispetto alle esigenze della scienza inquadrebbe la vicenda degli embrioni soprannumerari, non destinati all'impianto, in una prospettiva umanitaria e solidaristica, riconducibile all'area di operatività del precetto dell'art. 2 Cost.».

⁹⁸ Nel paragrafo 10.2 del Considerato in diritto della sentenza n. 84 la Corte elenca gli argomenti a favore della tutela degli embrioni rispetto alla ricerca scientifica chiarendo «che l'utilizzo e la manipolazione dell'embrione umano, come oggetto di ricerca, implicherebbe la sua distruzione in evidente contrasto con l'idea che esso possa essere considerato come un soggetto che ha fin dall'inizio la dignità di persona; che, già solo in ossequio

La tecnica impiegata dalla Corte è quella di indicare le due posizioni bioetiche principali – analogamente a quanto fatto dalla Corte di Strasburgo nella sentenza Parrillo – che potrebbero contribuire a modellare la materia, le possibili indicazioni emergenti rispetto alle problematiche derivante dalla “scelta tragica” fra rispetto della vita e le esigenze della ricerca scientifica e rinviare alla discrezionalità del legislatore «quale interprete della volontà della collettività» chiamato a fare emergere sul piano normativo il complesso bilanciamento esistente sul piano assiologico, tenendo in considerazione orientamenti e esigenze provenienti dalla coscienza sociale.

L’inammissibilità della questione in questo caso riposa sostanzialmente sul *self restraint* esercitato dalla Corte, all’interno di una materia caratterizzata dall’elevata problematicità e frammentarietà, derivante anche da una serie di interventi demolitori che la Consulta stessa ha operato sulle rigidità, nella forma di sanzioni penali e divieti assoluti della legge n. 40 del 2004, evidenziate nella precedente giurisprudenza costituzionale⁹⁹.

5. “Relazionalità istituzionale”: il ruolo costituzionalmente insostituibile del Parlamento e le decisioni sulla fine della vita

Giungiamo così a quello che può essere considerato – provvisoriamente...– l’ultimo atto di questa multiforme, ma ultimamente convergente giurisprudenza della Corte in materia di biodiritto.

Ci riferiamo alla recentissima sentenza n. 242 del 2019 (anticipata dalla “rivoluzionaria” ordinanza n. 207 del 2018); decisioni che evidenziano una significativa intensificazione della dimensione della “relazionale istituzionale” nella giurisprudenza costituzionale. Tutte le questioni analizzate sino a qui, in-

ad un “principio di precauzione”, a fronte della possibilità che l’embrione sia ben più che mero materiale biologico, lo scienziato dovrebbe decidere non già di “non fare”, ma di “fare altro”; che esisterebbero infatti, percorsi alternativi, come quelli, ad esempio, che orientano la ricerca in direzione di una tecnica di regressione delle cellule somatiche adulte fino ad uno stadio prossimo a quello embrionale, o comunque dell’utilizzo di cellule staminali umane; che sarebbe, comunque, giuridicamente inaccettabile la pretesa dei genitori di considerarsi “proprietari” degli embrioni che abbiano generato come se questi fossero mero materiale biologico e non loro figli, e che si dona (a fini di ricerca scientifica) “qualcosa”, ma non si dona “qualcuno”, sia pure allo stato embrionale; che, inoltre, la sperimentazione si basa necessariamente sul consenso informato del paziente e, quindi, quella sull’embrione sarebbe illecita, dato che questi, qualora sia considerato persona, non può prendere una decisione su ciò che lo concerne, tanto meno quando questa implichi la sua estinzione; che, comunque, seppur la crioconservazione non è misura sufficiente a preservare gli embrioni dalla loro naturale estinzione, il rispetto dovuto alla vita (ancorché solo “in nuce”) non dovrebbe consentire di equiparare l’ “uccidere” al “lasciar morire”».

⁹⁹ In questo senso, nella consapevolezza della necessità di un intervento del legislatore che apra una discussione il più possibile pubblica e pluralistica sui temi emersi e, che sulla base del dibattito pubblico e scientifico sviluppatosi, riconduca a unità e organicità la normativa in materia, la Consulta afferma che «unicamente al legislatore, infatti, compete la valutazione di opportunità (sulla base anche delle evidenze scientifiche e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale) in ordine, tra l’altro, alla utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente non biopsabili; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il sacrificio dell’embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell’embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la commercializzazione degli embrioni residui». Si veda il paragrafo 11 del Considerato in diritto della sentenza n. 84, nostro il corsivo.

fatti, hanno presentato in maniera evidente una serie di implicazioni di tipo bioetico e biogiuridico, determinando, in alcuni casi, interventi incisivi, ad esempio, sulla sostanza della stessa legge n. 40, e, in altri, l'esigenza di rinviare al legislatore per una compiuta disciplina della materia¹⁰⁰. Tuttavia, mentre le precedenti sentenze della Corte in materia biogiuridica, pur presentando gradualità aspetti di innovatività nell'impiego di tecniche decisorie e principi costituzionali, si inseriscono in un solco tracciato e riconoscibile della giustizia costituzionale, nelle pronunce – ordinanza n. 107 del 2018 e sentenza n. 242 del 2019 – ci pare che gli aspetti “evolutivi” siano qualitativamente maggiori rispetto a quelli di continuità.

5.1 Le scelte sulla fine della vita e il caso “Cappato”

L'enfasi progressivamente accordata dalla Corte al registro distintivo della *relazionalità*¹⁰¹, declinata anche nella ricerca da parte della Corte costituzionale della leale collaborazione istituzionale¹⁰² e del dialogo fra le Corti in materia biogiuridica, è ben rintracciabile sin dall'ordinanza n. 207 del 2018 che ha anticipato la sentenza n. 242 del 2019¹⁰³.

Nell'ordinanza la Corte “inventa” una tecnica decisoria, inedita per il nostro ordinamento¹⁰⁴ con la quale disponeva, in vista di una pronuncia di “incostituzionalità prospettata”, il rinvio della trattazione della causa all'udienza pubblica del 24 settembre 2019, termine entro cui veniva richiesto l'intervento del legislatore al quale, contestualmente, veniva inviata una sollecitazione motivata e circostanziata a disciplinare la materia, indicandone anche l'oggetto individuato, significativamente, nella disciplina del fine vita¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Si pensi al monito “rinforzato” contenuto nelle sentenze n. 96 del 2015 e n. 84 del 2016, su cui si veda *supra*. Occorre ricordare che l'ordinanza n. 334 del 2008, pronunciata nell'ambito del caso Englaro, sul conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato sollevato dalla Camera dei deputati e dal Senato della Repubblica nei confronti della Corte di cassazione e della Corte di appello di Milano, afferma significativamente che «la vicenda processuale che ha originato il presente giudizio non appare ancora esaurita, e che, d'altra parte, il Parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti».

¹⁰¹ Sul punto si veda V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *op. cit.*

¹⁰² Si veda M. PICCHI, “Leale e dialettica collaborazione” fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2018.

¹⁰³ In materia di fine vita occorre citare anche la sentenza n. 144 del 2019 che ha dichiarato l'infondatezza delle questioni di costituzionalità concernenti l'art. 3, commi 4 e 5, della legge n. 219 del 2017 su consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento.

¹⁰⁴ Cfr. A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207/2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta online*, 3, 2018; U. ADAMO, *La Corte è “attendista”... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale» (ord. n. 207/2018)*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 23 novembre 2018; M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 1 dicembre 2018; S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018.

¹⁰⁵ Si veda E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2019; C. SALAZAR, *Morire sì, non essere aggrediti dalla morte. Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2019.

La questione di costituzionalità riguardava l'art. 580 del codice penale sotto due distinti profili. Il primo concerneva l'ambito applicativo della disposizione che incriminava anche le condotte di aiuto al suicidio che non avessero contribuito a determinare o a rafforzare il proposito della vittima, mentre il secondo profilo riguardava il fatto che il trattamento sanzionatorio prevedeva la stessa pena per condotte aventi un peso differente sul proposito di porre fine alla propria vita.

La Corte costituzionale richiama due decisioni straniere, una della Corte suprema canadese e una della Corte suprema inglese in materia di assistenza al suicidio,¹⁰⁶ e esercita il proprio *self restraint* «in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale». Conclude che «l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere, questa Corte reputa doveroso – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale – consentire, nella specie, al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale».

L'invito al legislatore, che verrà ribadito anche nella successiva sentenza n. 242 del 2019¹⁰⁷, risultava, sottoposto a una serie di condizioni sia di ordine temporale che di tipo sostanziale¹⁰⁸.

Trascorsi, quindi, gli undici mesi previsti dalla Corte per un eventuale intervento del legislatore, è scattato il meccanismo della doppia pronuncia, prefigurato nell'ordinanza e, dunque, la Corte ha affermato di non potere «ulteriormente esimersi dal pronunciar[si] sul merito delle questioni, in guida di rimuovere il *vulnus* costituzionale già riscontrato».

Con la sentenza n. 242 del 2019 la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017 (“Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”), «agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state

¹⁰⁶ Significativo l'uso della giurisprudenza straniera su questo punto. La Corte costituzionale menziona i seguenti casi: Corte Suprema del Canada, sentenza 6 febbraio 2015, *Carter contro Canada*; Corte Suprema del Regno Unito, sentenza 25 giugno 2014, *Nicklinson e altri*.

¹⁰⁷ Si veda il paragrafo 9 del Considerato in diritto della sentenza n. 242.

¹⁰⁸ Il requisito di ordine temporale riguardava il termine entro cui l'intervento del legislatore doveva aver luogo, ossia almeno prima dell'udienza del 24 settembre 2019 cui era rinviata la trattazione della causa. I requisiti di ordine sostanziale attenevano alla previsione delle modalità di verifica medica della esistenza dei presupposti sulla base dei quali una persona può richiedere l'aiuto al suicidio, alla disciplina del procedimento di medicalizzazione dell'aiuto al suicidio, alla previsione dell'erogazione del trattamento in una struttura del servizio pubblica del servizio sanitario nazionale, all'introduzione della possibilità dell'obiezione di coscienza da parte del medico richiesto, all'individuazione della sede corretta dell'intervento legislativo nella legge n. 219 del 2017 piuttosto che nel codice penale, all'esigenza di porre in essere politiche adeguate rispetto alla possibilità concreta di accedere alle cure palliative la cui importanza è richiamata dall'art. 2 della legge n. 219/2017. Si veda il paragrafo 10 del Considerato in diritto dell'ordinanza n. 207.

verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»¹⁰⁹.

La Consulta riprende sostanzialmente tutti gli argomenti adottati nella ordinanza n. 207¹¹⁰ e introduce nella sentenza n. 242 alcuni elementi distintivi rispetto alla precedente decisione assunta. Innanzitutto, la Consulta elimina il richiamo alla dimensione soggettiva della dignità nella fase del fine vita¹¹¹, estrapolando dal testo della motivazione della sentenza espressioni peculiari inerenti «la propria vi-

¹⁰⁹ Occorre evidenziare che un aspetto rilevante di flessibilizzazione degli effetti della decisione riguarda la scansione temporale del contenuto della sentenza. I requisiti indicati dalla Corte quali condizioni di non punibilità dell'aiuto al suicidio riguardano fatti successivi alla pubblicazione della sentenza. In attesa dell'intervento del legislatore, le condizioni procedurali previste non possono essere richieste rispetto a fatti anteriormente accaduti, come quello oggetto del giudizio *a quo*, che precede anche l'entrata in vigore della legge n. 219 del 2017. Rispetto ai fatti pregressi la Corte applica il principio di equivalenza per il quale la non punibilità del fatto viene subordinata al soddisfacimento del presupposto che l'aiuto al suicidio sia stato prestato con modalità anche diverse da quelle richieste ma idonee a offrire garanzie comunque sostanzialmente equivalenti. La Corte richiede, pertanto, che rispetto ai fatti pregressi il giudice verifichi in concreto le seguenti condizioni: l'irreversibilità della patologia e la grave sofferenza fisica o psicologica; che la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale e capacità di prendere decisioni libere e consapevoli sia stato oggetto di verifica da parte di un medico; che la volontà dell'interessato sia stata manifestata in modo chiaro e univoco, compatibilmente alle sue condizioni; che il paziente sia stato adeguatamente informato in ordine alle sue condizioni, alle possibili soluzioni alternative, anche rispetto alle terapie palliative, e alla sedazione profonda continua. Si veda su questo il paragrafo 7 del Considerato in diritto della sentenza n. 242.

¹¹⁰ All'interno di una ampia argomentazione nella quale impiega argomenti di diritto comparato e fa riferimento alla giurisprudenza della Corte Edu sul diritto alla vita (sentenza del 29 aprile 2002, *Pretty contro Regno Unito*; sentenza del 20 gennaio 2011, *Haas contro Svizzera*; sentenza del 19 luglio 2012, *Koch contro Germania*), il Giudice delle leggi, nell'ordinanza n. 207, rileva la lacuna legislativa esistente che non consente al medico che ne sia richiesto di mettere a disposizione del paziente – che versa nelle condizioni di irreversibilità della malattia, intollerabilità delle sofferenze fisiche e psichiche, dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, capacità di assumere decisioni libere e consapevoli – trattamenti diretti a determinarne la morte (si veda il paragrafo 8 del Considerato in diritto dell'ordinanza n. 207). La Corte, inoltre, fa riferimento, nella prospettiva della coerenza interna dell'ordinamento, alle disposizioni della legge n. 219 del 2017 in materia di diritto di rifiutare o interrompere trattamenti sanitari anche di sostegno vitale e alla legge n. 38 del 2010 sulle cure palliative e terapie del dolore la cui necessità, in caso di sospensione dei trattamenti, viene richiamata anche dall'art. 2 della legge 219 del 2017. Il paziente, che può fare ricorso solo a interruzione e sospensione delle terapie e a cure palliative, si può trovare a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione soggettiva e personale della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care. Infine, la Consulta conferma che la norma incriminatrice prevista dall'art. 580 c.p. è conforme a Costituzione perché persegue la finalità di tutelare il soggetto debole e vulnerabile da decisioni che potrebbero essere non profondamente ponderate. Dal diritto alla vita tutelato dall'art. 2 della Costituzione e 8 della Cedu, la Consulta specifica, non può, infatti, essere fatta derivare, sulla base di un generico diritto all'autodeterminazione, una generalizzata libertà di scegliere come e quando porre fine alla propria esistenza. Su questo la Corte richiama anche il caso *Pretty c. Regno Unito* (sentenza della Corte Edu del 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*). Il Giudice delle leggi ricorda che la Corte Edu aveva anche specificato l'esistenza in materia di un ampio margine di apprezzamento all'interno del quale gli Stati possono prevedere misure limitative volte a tutelare le persone più deboli e vulnerabili.

¹¹¹ Si veda C. SALAZAR, *Morire sì, non essere aggrediti dalla morte. Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit., 579 ss.

sione della dignità del morire» e il divieto assoluto di aiuto al suicidio come «lesione del principio di dignità umana»¹¹².

Sul piano sostanziale, alla omissione relativa alla “dignità del morire”, si accompagna anche l’eliminazione di qualsiasi riferimento¹¹³, seppur operato anche solo in senso negativo, all’esistenza di una situazione giuridica soggettiva attribuibile al malato terminale. Si può affermare che in materia di fine vita la Corte dichiara l’impossibilità di parlare tecnicamente di “diritto” – parola che scompare dalla sentenza n. 242 – facendo menzione, più limitatamente, del riconoscimento di una *libertà*¹¹⁴, quale condensato del principio di autodeterminazione, valorizzato prima sul piano giurisprudenziale¹¹⁵ e poi sul piano legislativo con la legge n. 219. Sostanzialmente, la Corte chiarisce che non può essere enucleata una titolarità, a beneficio del malato, di un diritto ad essere aiutato a suicidarsi con la previsione di tutti i corrispondenti doveri a carico di coloro che ricoprono “posizioni di garanzia”. Estremamente significativa la scelta di ribadire la rilevanza in questa materia della legge n. 219 del 2017¹¹⁶ e non tanto della norma prevista dall’art. 580 del codice penale, sul quale pur s’incentra la *quaestio*.

La legge n. 219, infatti, è un tipico esempio di una legge “flessibile”, composta prevalentemente da principi generali posti a presidio di materie delicate dal punto di vista biogiuridico, caratterizzata dal richiamo delle norme di deontologia professionale e delle «buone pratiche cliniche-assistenziali», e priva, se così si può dire, delle rigidità della legge n. 40 del 2004 che hanno determinato i numerosi interventi della Corte costituzionale.

Entrando nel merito, la Corte costituzionale nella sentenza n. 242 sembrerebbe indicare più che una semplice *sedes materiae*, come era avvenuto nella ordinanza n. 2017, uno specifico *tertium comparationis*, all’interno dello scrutinio di ragionevolezza della norma penale, nei numerosi passaggi argomentativi in cui si trova a ricordare che la legge n. 219 riconosce, ad «ogni persona capace di agire» il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla propria sopravvivenza, comprendendo espressamente nella relativa nozione anche i trattamenti di idratazione e nutrizione artificiale; che tale diritto viene inquadrato nel contesto della «relazione di cura e di fiducia» tra paziente e medico e che, in ogni caso, il medico «è tenuto a rispettare la volontà espressa

¹¹² Sul punto si veda C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità dell’aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2019.

¹¹³ Derivante dallo sviluppo dell’argomentazione contenuta nell’ordinanza n. 207 che affermava chiaramente che dal diritto alla vita, costituzionalmente previsto, non può essere fatto discendere, sul piano costituzionale, un diritto a morire.

¹¹⁴ Si veda il paragrafo 2.3 del Considerato in diritto della sentenza n. 242.

¹¹⁵ Si pensi alle citate sentenze pronunciate nei casi Welby (Giudice dell’udienza preliminare del Tribunale ordinario di Roma, sentenza 23 luglio-17 ottobre 2007, n. 2049) e Englaro (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748).

¹¹⁶ Il riferimento alla disciplina contenuta nella legge n. 219 del 2017, sia nell’ordinanza n. 207 che nella sentenza n. 242, è determinato anche e soprattutto dal fatto che la materia oggetto del giudizio costituzionale inerisce fortemente alla relazione di cura e di fiducia che si instaura fra medico e paziente. Si veda su questo il paragrafo 5 del Considerato in diritto della sentenza n. 242.

dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo», rimanendo, «in conseguenza di ciò, [...] esente da responsabilità civile o penale»¹¹⁷.

Inoltre, la Consulta qui evidenzia, così come nell'ordinanza n. 207, che l'art. 2 della legge n. 219 del 2017, richiamando le disposizioni di cui alla legge n. 38 del 2010 "Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore", prevede che la richiesta di sospensione dei trattamenti sanitari possa essere integrata, in modo da alleviare le sofferenze del paziente, dalla richiesta di accesso alle terapie palliative, la cui rilevanza in materia è stata sottolineata anche dal Comitato Nazionale per la Bioetica che è opportunamente intervenuto nel dibattito sulla legalizzazione del suicidio medicalmente assistito con il parere del 18 luglio 2019.

Sulla base di queste premesse normative, che sembrano essere ritenute capaci di attuare e integrare adeguatamente i parametri costituzionali più volte richiamati, la conclusione cui addivene la Consulta, entro lo specifico ambito considerato, è che «il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare ingiustificatamente nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, della Costituzione, imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita»¹¹⁸.

Rispetto all'ordinanza n. 207 viene, inoltre, introdotto *ex novo* il requisito dell'intervento di un organo collegiale terzo, munito di adeguate competenze in materia di bioetica clinica, la cui attività possa garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità. In attesa, dunque, che il legislatore intervenga, la Corte attribuisce tale compito ai comitati etici territorialmente competenti che sono investiti dalla legge di funzioni di consulenza intese a garantire la tutela dei diritti e dei valori della persona nell'ambito delle sperimentazioni cliniche di medicinali o dispositivi medici – il cui riferimento normativo riportato nella sentenza concerne il d.l. n. 158 del 2102 e l'art. 1 del decreto del Ministro della salute dell'8 febbraio 2013, recante "Criteri per la composizione e il funzionamento dei comitati etici"¹¹⁹. La Corte, sostanzialmente, è "costretta" ad attribuire tale funzione ai comitati etici per la sperimentazione perché non in tutte le Regioni sono previsti appositi comitati di *bioetica clinica* che si occupano specificatamente di fornire consulenza bioetica per le questioni che possono sorgere nel contesto della pratica clinica e che meglio potrebbero occuparsi di questi temi¹²⁰. Mancando una legge nazionale in materia che istituisca i comitati di bioetica per la pratica clinica, nelle Regioni ove non

¹¹⁷ È interessante su questo anche un passaggio contenuto nel paragrafo 3.1 del Considerato in fatto della sentenza n. 242 ove si legge: «Con l'entrata in vigore della Costituzione, tuttavia, il bene della vita dovrebbe essere riguardato unicamente in una prospettiva personalistica, come interesse del suo titolare volto a consentire il pieno sviluppo della persona, secondo il disposto dell'art. 3, secondo comma, Cost. Di qui la maggiore attenzione verso la libertà di autodeterminazione individuale, anche nelle fasi finali della vita, specie quando si tratti di persone che versano in condizioni di eccezionale sofferenza: atteggiamento che ha trovato la sua espressione emblematica nella sentenza della Corte di cassazione relativa al caso di Eluana Englaro (Cass., n. 21748 del 2007). Di fondamentale rilievo, in questa cornice, risulterebbe l'intervento normativo realizzato con la legge n. 219 del 2017, la quale, nel quadro della valorizzazione del principio costituzionale del consenso informato, ha "positivizzato" il diritto del paziente di rifiutare le cure e di "lasciarsi morire"».

¹¹⁸ Si veda il paragrafo 2.3 del Considerato in diritto della sentenza n. 242.

¹¹⁹ Si veda il paragrafo 5 del Considerato in diritto della sentenza n. 242.

¹²⁰ Sia consentito rinviare a C. Di COSTANZO, *I comitati di bioetica per la pratica clinica: un universo da esplorare (e disciplinare)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2017.

siano previsti, tale funzione di consulenza bioetica è ordinariamente svolta dai comitati per la sperimentazione. Nelle Regioni in cui, invece, i comitati di bioetica per la pratica clinica sono istituiti potrebbe, in futuro, essere sollevato il problema della maggior competenza di questi ultimi rispetto ai comitati per la sperimentazione sui profili bioetici e biogiuridici attinenti al suicidio medicalmente assistito.

In generale, è possibile affermare che la Corte, con questo riferimento, abbia voluto evidenziare la necessità di ampliare la platea della discussione nel caso specifico all'interno di una procedura collegiale di valutazione, così come previsto dalla legge francese sul fine vita¹²¹ e dal nostro ordinamento in materia di accertamento della morte cerebrale¹²². D'altra parte, la Consulta lascia al legislatore la previsione di quale peso attribuire al parere dell'organo collegiale all'interno del procedimento medicalizzato di assistenza al suicidio. Nelle more dell'intervento del legislatore, il ruolo svolto in materia bioetica dai comitati etici suggerisce che tale funzione si concretizzi nell'emissione di pareri non vincolanti che attribuiscono al medico, seppure supportato dal parere del comitato, la responsabilità di decidere, in ultima analisi, nel singolo caso concreto.

In futuro, sulla base della auspicata legislazione parlamentare, il parere dell'organo collegiale potrebbe rivestire un peso maggiore ed in questo caso occorrerebbe garantire l'indipendenza di giudizio e di pratica del singolo medico non solo a fronte delle posizioni dell'organo collegiale competente ma anche rispetto alle richieste dei malati, poiché, nonostante non sia previsto tecnicamente un diritto in materia ma solo una libertà, occorre essere comunque consapevoli del rilevante impatto emotivo che le scelte drammatiche di fine vita hanno la potenzialità di ingenerare¹²³.

La sentenza della Corte lascia, infatti, ai medici la scelta se esaudire o meno la richiesta del malato, non prevedendo alcun obbligo né in capo al singolo professionista né a carico della struttura sanitaria – alla quale spettano solo oneri di verifica delle condizioni del paziente e delle modalità di esecuzione dell'aiuto al suicidio.

In questo senso, il tema dell'obiezione di coscienza potrebbe assumere nuovamente una centralità strategica nell'ambito del dibattito e della discussione pubblica che la Corte ancora una volta chiede coinvolgendo la società civile e le Aule parlamentari¹²⁴.

¹²¹ Si tratta della legge n. 2016-87 del 2 febbraio 2016 "*Créant de nouveaux droits en faveur des malade et des persone en fin de vie*".

¹²² La prima legge che in Italia si è occupata di morte cerebrale è, come abbiamo visto *supra*, la legge n. 644 del 1975. Successivamente la legge n. 578 del 1993 ha introdotto nuove norme sulla definizione di morte cerebrale e sui parametri di riferimento. I criteri e le procedure attualmente vigenti per la diagnosi di morte cerebrale sono previsti nel Decreto del Ministero della salute del 11 aprile 2008, "Aggiornamento del decreto 22 agosto 1994, n. 582 relativo al Regolamento recante le modalità per l'accertamento e la certificazione di morte". Il DM dell'11 aprile 2008 stabilisce che in presenza di determinate condizioni il medico della struttura sanitaria dà tempestiva comunicazione alla Direzione Sanitaria che avrà l'onere di convocare un collegio medico composto da un medico legale, un anestesista, un neurofisiopatologo. Il collegio medico nominato ha il compito di accertare la presenza, in contemporanea, delle condizioni necessarie ai fini della diagnosi di morte cerebrale, per almeno due volte, all'inizio e alla fine dell'osservazione che, in tutti i casi, ha una durata complessiva non inferiore alle 6 ore.

¹²³ Si veda il paragrafo 6 del Considerato in diritto della sentenza n. 242.

¹²⁴ La Corte costituzionale ha opportunamente tematizzato, sia nell'ordinanza n. 207 che nella sentenza n. 242, al paragrafo 6 del Considerato in diritto, l'esigenza di prevedere in materia il diritto all'obiezione di coscienza -

6. Considerazioni conclusive. Certezza del diritto, evoluzione della scienza e trasformazione della cultura: la Corte alla ricerca di un “equilibrio relazionale”

Proviamo a tirare le fila di questo nostro *excursus* tornando al quesito dal quale abbiamo preso le mosse. Quale ruolo ha svolto in questi anni la Corte nello sviluppo di quel settore del nostro ordinamento che chiamiamo *biodiritto*?

É indubbiamente un ruolo chiave e l'ampiezza della giurisprudenza esaminata lo dimostra. Ampiezza non solo in termini quantitativi, ma anche per la qualità di decisioni che – a nostro avviso – hanno sempre cercato un punto di equilibrio tra le spesso opposte esigenze della certezza del diritto, delle travolgenti evoluzioni della scienza e della tecnica e, infine, della profonda trasformazione dei riferimenti culturali della nostra società.

Volendo cercare un fattore esplicativo, un elemento determinante ci pare sia quello del *tempo*. Le nuove domande indotte dell'evoluzione tecnico-scientifica si muovono ad una velocità incommensurabile rispetto ai tempi della politica e del diritto

Uno dei caratteri distintivi della nostra epoca contemporanea è il ritardo strutturale della decisione politica (e, dunque, del diritto legislativo) rispetto alla velocità della tecnica. É evidente che oggi la tutela e la promozione della libertà individuale (quantomeno nell'immaginario collettivo) è affidata molto più alla tecnica che alla politica. E per questo, figli come siamo dell'«età dei diritti»¹²⁵, le possibilità offerte dalla tecnica di frequente divengono pretese giuridicamente rilevanti molto prima che la politica ed il diritto si organizzino.

Per questo, la legge giunge quasi sempre in ritardo e la spinta alla creazione di diritto per via giurisprudenziale è fortissima.

Gran parte del biodiritto è nato per via giudiziaria e solo in seguito ha avuto una sistemazione legislativa, ma non sempre questa dissociazione temporale ha giocato a favore della coerenza o della comprensibilità.

La Corte avrebbe avuto, forte del suo potere di manipolazione creativa implicito nel modello italiano – forte¹²⁶ – di giurisdizione costituzionale sulle leggi, un'ampia possibilità di «trovare un ruolo di *rulemaking* generalmente accettato»¹²⁷.

L'analisi fatta, però, ci dice che la Corte ha preferito usare questo suo potere in maniera molto “dialogante”, utilizzando la facoltà di sostituirsi al legislatore in modo estremamente cauto e solo come “*extrema ratio*”. Abbiamo chiamato “relazionale” questo carattere proprio della giurisprudenza della Corte sui temi biogiuridici, indicando con esso la chiara propensione a non voler eliminare quella tensione immanente tra nucleo “duro” della Costituzione ed evoluzione della tecnica e della cultura, attraverso la fissazione di confini rigidi.

non prevista in maniera esplicita dalla legge n. 219 del 2017 ma, si può dire, in maniera implicita, attraverso il rinvio effettuato dall'art. 1, comma 6, della legge n. 219 del 2017 al codice di deontologia medica.

¹²⁵ Il riferimento, ovviamente, è a N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990

¹²⁶ Per tutti, sulla distinzione tra «*strong and weak models of judicial review of legislation*» si veda M. TUSHNET *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Perspective*, Princeton and Oxford, 2008.

¹²⁷ C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, cit.

La Corte in questo campo mostra – se si può riferire questa virtù ad un organo costituzionale – una grande “umiltà” istituzionale, riconoscendo alla scienza ed alla tecnica la autonomia che compete loro, così come rispettando la discrezionalità del legislatore.

L’impressione conclusiva è che i giudici costituzionali ritengano la tensione tra principi costituzionali e biodiritto come ineliminabile e, anzi, che essa stessa sia il vero motore dello sviluppo di questa materia nel nostro ordinamento; perciò più che orientata a tracciare un confine, ci sembra alla ricerca di un punto di equilibrio mobile – verrebbe da dire “relazionale” - richiamando quanto abbiamo descritto.

Ed in questo tentativo la Corte non solo sta provando a governare lo sviluppo di un settore sempre più rilevante per nostra vita sociale qual è l’interazione tra vita e tecnica, ma in qualche modo sta cercando di delineare un percorso per il futuro del costituzionalismo democratico, mostrando come possano convivere pluralismo etico e tutela costituzionale dei diritti.