

Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione

Paolo Veronesi*

PHYSIOGNOMY AND LIMITS OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO SELF-DETERMINATION

ABSTRACT: The article reconstructs how the right / principle of self-determination has been defined and used in constitutional jurisprudence (and not only). It emerges that it is sometimes used as an independent right, while - in other cases - it is just assumed as a prerogative of rights already recognized. In any case, its use always poses the problem of defining its extension and, consequently, its limits. Analyzing some exemplary cases it is thus evident that the right to self-determination constantly changes its appearance and also changes the perception of the legitimacy of the limits placed on its extension. In principle, the constitutional order generally tends to favor this prerogative: in this sense, the constant application of personalist and pluralist principles is essential.

KEYWORDS: Self-determination; pluralism; reasonableness; constitutional Court; fundamental rights

SOMMARIO: 1. Autodeterminazione: un diritto fondamentale che c'è – 2. Le “spinte” all'emersione di un diritto all'autodeterminazione – 3. Il problema dei “limiti” all'autodeterminazione – 4. I “fili rossi” del principio personalista e del principio pluralista – 5. Interpretazione adeguatrice e interpretazione aggiornata delle norme costituzionali: quale autodeterminazione per i transessuali? – 5.1. Segue: il consenso informato e il diritto alla salute – 5.2. Segue: l'autodeterminazione alla fine della vita (ovvero, sul “diritto a farla finita”) – 6. Autodeterminazione, bilanciamenti e giudizi di uguaglianza-ragionevolezza – 7. (Segue) La legge sulla procreazione assistita: un work in progress – 8. Una digressione? Il “caso vaccini” tra interessi individuali e collettivi – 9. Conclusioni e alcuni casi aperti

1. Autodeterminazione: un diritto fondamentale che c'è

Il diritto all'autodeterminazione individuale viene abitualmente identificato nel diritto della persona di divenire «il centro decisionale sovrano delle scelte che riguardano la sua esistenza», dovendosi in ogni caso stabilire «fin dove è tollerabile che essa si spinga»¹. Tale prerogativa non è menzionata nella Carta costituzionale e neppure nella Convenzione Edu: la Corte costituzionale – come vedremo – l'ha tuttavia spesso chiamata in causa², mentre la giurisprudenza della Corte

* Professore ordinario di Diritto Costituzionale, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Ferrara. Mail: pao-lo.veronesi@unife.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

¹ V. MARZOCCO, *Il diritto ad autodeterminarsi e il “governo di sé”*. La “vita materiale” tra proprietà e personalità, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli 2012, 33 e 36.

² La Corte ragiona indifferentemente di un diritto o di un principio di autodeterminazione: in quest'ultimo senso si v. l'ord. n. 49/2009; per il primo si rinvia invece alle pronunce che si citeranno di seguito nel testo.



di Strasburgo l'ha più volte estrapolata dall'art. 8 Cedu³. Com'è peraltro noto, le Costituzioni (e le varie Carte) non sempre elencano tutti i diritti pur ricavabili – prima o poi – tra le loro pagine⁴.

L'autorevole conferma che l'autodeterminazione costituisce un diritto fondamentale a sé proviene del resto dal giudice delle leggi. Nella sent. n. 438/2008 si legge pertanto che «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto» ex artt. 2, 13 e 32 Cost. La Corte precisa inoltre che esso svolge una «funzione di *sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute*»⁵. Di recente – richiamando le medesime norme costituzionali e lo stesso passaggio testuale – la Corte ha inoltre ragionato di una «*libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze*»⁶. In questi esempi l'autodeterminazione viene dunque assunta quale un diritto a tutto tondo, evidentemente ricavabile (anch'esso) tra le pieghe degli artt. 2, 13 e 32 Cost.; essa costituisce poi il “mattoncino decisivo” per dare corpo anche a un altro diritto fondamentale, quando non a confondersi *tout court* – e settorialmente – con esso (il consenso informato).

Nella sent. n. 162/2014 – affrontando il ben diverso tema della c.d. fecondazione eterologa – la Corte aggiunge poi che «la scelta di [...] coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce *espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi*, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è *riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost.*», concernendo «la sfera privata e familiare»⁷.

Per la Consulta pare dunque assodata l'esistenza di un “fondamentale e alquanto generale” diritto all'autodeterminazione, estraibile – *volta per volta* – da una serie parzialmente variabile di previsioni costituzionali. Negli esempi di cui sopra erano infatti coinvolti, in un caso, i diritti alla libertà personale e alla salute (artt. 2, 13 e 32 Cost.), nonché, nell'altro, il diritto di formare una famiglia con figli

³ Si v., ad esempio, la sent. 24 gennaio 2017, Paradiso e Campanelli c. Italia, ric. n. 25358/12, *Considerando* n. 159. Per S. RODOTÀ, *Relazione introduttiva*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 103 ss., tale diritto ha assunto un vero protagonismo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

⁴ Nella Costituzione italiana, ad esempio, non v'è alcun richiamo esplicito al diritto alla vita e ai principi di legalità, di separazione dei poteri e di laicità, né – ovviamente – si possono ritrovare in essa richiami testuali a quei “nuovi diritti” pur scaturiti dalla sua interpretazione.

⁵ Ciò «proprio al fine di garantire la *libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale*, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione» (punti 3 e 4 del *Considerato in diritto*). Si v. anche la successiva sent. n. 253/2009, punto 2 del *Considerato in diritto* e la sistematizzazione del rapporto qui instaurato tra consenso informato e autodeterminazione svolta da A. CARMINATI, *Libertà di cura e autonomia del medico. Profili costituzionali*, Bari, 2018, spec. 31 ss. Un ulteriore richiamo all'essenzialità del consenso informato è ribadito nelle sentt. n. 151/2009 e n. 96/2015, in materia di procreazione medicalmente assistita. All'autodeterminazione della donna la Corte costituzionale ha inoltre fatto cenno – come si dirà – tra le pieghe della sua giurisprudenza in materia di aborto: G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria di gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, 2009, 815 ss.

⁶ Così nell'ord. n. 207/2018, poi ribadita dalla sent. n. 242/2019 sul caso Cappato – dj Fabo.

⁷ Nella precedente sent. n. 332/2000 la Corte aveva sostenuto che il divieto di avere prole, ai fini del reclutamento nelle forze armate e nella Guardia di Finanza, era da ritenersi «in contrasto con i fondamentali diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l'art. 2 della Costituzione l'integrità della sfera personale della stessa e la sua *libertà di autodeterminarsi nella vita privata*».

(artt. 2, 30 e 31 Cost.): se ne evince tuttavia che anche altre potrebbero essere le combinazioni possibili⁸.

Contemporaneamente, il diritto in esame pare tuttavia (e paradossalmente) essere talvolta configurato non già come un diritto a sé bensì come un “modo d’essere” di quegli stessi diritti (vecchi o nuovi) che sembrerebbero generarlo (costituendo, in realtà, una loro “componente essenziale”)⁹.

Molto spesso – come vedremo – evocare l’autodeterminazione individuale come diritto a sé, serve altresì per troncane risolutivamente il discorso, ossia per sintetizzare il frutto di complesse interpretazioni coinvolgenti più di una prerogativa¹⁰.

E ad arricchire un simile quadro di per sé già complesso intervengono poi – come sempre – le “finestre sul mondo” di cui agli artt. 11 e 117 Cost., le quali certamente incidono anche su tale versante¹¹.

⁸ Ad esempio, potrebbe essere coinvolto il diritto a non subire “degradazioni giuridiche” che impediscano il libero esplicarsi della libertà personale. Si pensi alla sent. n. 11/1956 (sull’ammonizione) nonché a tutte le pronunce che hanno censurato le coercizioni finalizzate a impedire l’autodeterminazione individuale in una serie di libertà: D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, 130 ss. Un saggio del *test* che la Corte applica in questi casi è precisato nell’ord. n. 49/2009: decidendo la manifesta infondatezza della *quaestio* sulla norma del codice della strada che impone l’uso delle cinture di sicurezza – così come, con la sent. n. 180/1994, essa aveva salvato l’obbligo di usare il casco per i motociclisti – la Corte afferma quindi che la salute del singolo, essendo altresì un interesse della collettività, ammette «una trascurabile limitazione della libertà personale, [...] che non costituisce in alcun modo costrizione (che deve essere fisicamente apprezzabile e duratura), giacché non impedisce il raggiungimento dello scopo per cui è concepito l’uso dell’autovettura, e cioè quella del trasferimento da un luogo ad un altro». Analogo è il tono delle pronunce che, in senso inverso, riscontrano incidenze non trascurabili sulla persona (e la sua libertà di autodeterminarsi) pur in assenza di coazioni fisiche (come nel citato caso dell’“ammonizione”).

⁹ Solo per proporre qualche esempio, si pensi al diritto ad autodeterminarsi nel rapporto con il coniuge (sent. n. 42/1972), a esprimere la propria natura omosessuale (sent. n. 138/2010), la propria opzione di coscienza (sentt. n. 470/1989, n. 467/1991 e n. 43/1997), di ammettere qualcuno al proprio domicilio, di avvalersi o no dell’insegnamento religioso nella scuola (sent. n. 203/1989). Di un’autodeterminazione delle popolazioni interessate la Corte ragiona – *ex art.* 133 Cost. – a proposito della modifica delle circoscrizioni comunali (ad es. sent. n. 21/2018); di un diritto all’autodeterminazione nell’esercizio della libertà sessuale ragiona invece, *ex multis*, nelle sentt. n. 561/1987 e n. 325/2005. Nella sua giurisprudenza non mancano inoltre riferimenti espliciti all’autodeterminazione del P.M., dell’imputato e delle Università (in questi casi evidentemente evocata quale mero principio). Per S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it, 2009, quella indicata nel testo sarebbe l’unica, autentica caratteristica del diritto all’autodeterminazione. A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale*, Padova, 2003, 169 ss., 180 ss., estrapola invece una «libertà di autodeterminazione in ordine alle proprie azioni» dall’art. 23 Cost.

¹⁰ Come avviene spesso allorché ci si riferisce al concetto di dignità, o quando si fonda un nuovo diritto sul solo art. 2 Cost. (benché si potesse giungere al medesimo risultato mediante un accorto utilizzo dell’interpretazione sistematica).

¹¹ Sul fatto che «il principio dell’autodeterminazione o dell’autonomia personale, rappresent[] un elemento costitutivo della giurisprudenza della Corte Edu», soprattutto a partire dal noto caso *Pretty c. Regno Unito* 29 aprile 2002, n. 2346/02 (in materia di suicidio assistito) e del caso *Goodwin c. Regno Unito* 11 luglio 2002, n. 28957/95 (sul transessualismo), v. ancora S. RODOTÀ, *Relazione introduttiva*, cit., 103. In materia incidono inoltre – come segnalato dalla stessa Corte costituzionale – la Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (ratificata con legge 27 maggio 1991, n. 176), la Convenzione sui diritti dell’uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 e ratificata dall’Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145 (sebbene ancora non sia stato depositato lo strumento di ratifica), e così pure la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000. Andrebbero peraltro citati tutti i numerosissimi trattati riguardanti i diritti della persona.



Stante ciò, il vero problema giuridico consiste quindi nel definire gli esatti contorni e gli immancabili limiti di un tale diritto che – come si è accennato – presenta “più facce”, interpreta più “parti in commedia” e potrebbe potenzialmente assumere, se “lasciato a sé stesso”, effetti incontrollati e dirimpenti¹².

2. Le “spinte” all’emersione di un diritto all’autodeterminazione

Un vigoroso impulso nel plasmare i tratti del diritto all’autodeterminazione, è certamente scaturito da una sempre più matura riflessione giuridica sul “problema del corpo”¹³. Decisivo rilievo ha assunto poi il diffondersi dei vari Movimenti per il riconoscimento dei diritti civili (si pensi, in particolare, al femminismo e alle lotte per la libertà sessuale e di genere), oltre che il continuo ridisegno delle coordinate religiose e familiari delle società occidentali¹⁴. In contemporanea, un ruolo altrettanto fondamentale è stato assolto dal rapidissimo progredire delle innovazioni scientifiche applicate alla medicina.

Più di recente – in pieno contesto globalista e tecnologicamente informatizzato – è stata la percezione della possibilità di superare tutte le distanze, i confini e le mediazioni storiche o fisiche ad aver disinnescato non pochi freni inibitori e comunitari all’autodeterminazione dei singoli¹⁵.

Tutto ciò ha dunque sempre più calcato l’accento sulle scelte adottabili dai diretti interessati nei diversi contesti in cui essi operano, facendo altresì sorgere desideri o dilemmi giuridici ed esistenziali laddove, un tempo, questi non si sarebbero potuti neppure concepire.

Tali fattori sociali – spesso sconosciuti dai costituenti – hanno quindi “pressato” e continuano a interrogare il diritto e l’interpretazione costituzionale, incrementando sensibilmente il ventaglio delle idee con le quali approcciare la Carta¹⁶. Nel tempo, ciò ha dunque stimolato una corposa serie di letture evolutive dei diritti più tradizionali, favorendo altresì il sorgere di prerogative del tutto “nuove”, assieme all’inevitabile problema del loro giusto contenimento: anche l’emergere del diritto all’autodeterminazione come prerogativa a sé (o come *input* o “porzione” di altri diritti) si colloca in questo scenario costantemente evolutivo¹⁷.

¹² Sul costante problema dei limiti al diritto di autodeterminarsi, inteso come diritto a disporre del proprio corpo, v. A. BARBERA, *Un moderno “Habeas Corpus”?*, in www.forumcostituzionale.it, 27 giugno 2013.

¹³ J.P. BAUD, *Il caso della mano rubata*, Milano, 2003, 50.

¹⁴ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 6 ss. Per un esempio in cui il mutamento della “coscienza sociale” ha determinato la ridefinizione di vicende che muovono dall’“uso” del “corpo coniugale” si v. la notissima successione tra la sent. n. 64/1961, e la n. 126/1968 (sulla repressione penale dell’adulterio femminile).

¹⁵ Per un’acuta ricostruzione di tale vera e propria “mutazione antropologica” si rinvia ad A. BARICCO, *The Game*, Torino, 2018, 214 *ma passim*.

¹⁶ R. ROMBOLI, *La “relatività” dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Politica del diritto*, 1991, 567.

¹⁷ R. BIN, *La Corte costituzionale tra potere e retorica: spunti per una costruzione di un modello ermeneutico dei rapporti tra Corte e giudici*, in AA.VV. (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino, 1993, 10.

3. Il problema dei “limiti” all'autodeterminazione

Più che stabilirne in astratto gli specifici contenuti, spesso pare quindi decisamente più istruttivo affrontare il diritto all'autodeterminazione seguendo una diversa traiettoria logico-giuridica: individuare cioè gli eventuali limiti opponibili al suo pieno dispiegarsi¹⁸. Se è infatti sempre possibile accordarsi circa l'esistenza e la formulazione di una libertà, i problemi sorgono allorché essa vada applicata in concreto¹⁹: ciò vale specie quando si abbia a che fare con un diritto potenzialmente incontrollabile come quello *de quo*, il quale potrebbe cioè puntare verso derive narcisistiche e isolazioniste non prive di venature persino psicotiche²⁰.

I limiti al diritto all'autodeterminazione – lo si intenda come una prerogativa a sé, come la somma di più libertà o come l'ingrediente tipico di altri diritti – dovranno quindi rilevare e prevalere in quanto si aggancino ad altri diritti costituzionali degni di privilegiata considerazione. In esito, cioè, di motivati giudizi di bilanciamento, di uguaglianza e di ragionevolezza, innescati dalle singole fattispecie²¹. Così, la stessa Consulta ha di recente contestato la possibilità di «desumere la generale inoffensività dell'aiuto al suicidio da un *generico diritto all'autodeterminazione individuale*», invocando, invece, una più attenta valutazione degli interessi coinvolti nella fattispecie (lasciando comunque intendere che, in taluni casi, la Costituzione imponga di ammetterlo)²².

Né va mai escluso che le prerogative sottese a ogni diritto implicante dosi di autodeterminazione possano incappare in limiti più o meno consistenti a seconda che se ne prendano partitamente in considerazione i risvolti “negativi” o “positivi”: si pensi all'ormai consolidato diritto a rifiutare le cure salvavita di contro alla ben diversa (e più dilacerante) richiesta d'interventi eutanasi attivi²³.

4. I “fili rossi” del principio personalista e del principio pluralista

Anche la più perfezionata comprensione dei principi personalista e pluralista ha acquistato un ruolo centrale in materia di autodeterminazione²⁴.

¹⁸ R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 59.

¹⁹ C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, Bologna, 2009, 80 ss.

²⁰ Si v. G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo*, Venezia, 2018, 52 ss.

²¹ R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 60.

²² Si v. ancora l'ord. n. 207/2018, punto 6 del *Considerato in diritto*, ora ribadita dalla recentissima sent. n. 242/2019 (pubblicata mentre si andava in stampa).

²³ Così, se la libertà di accettare/rifiutare le cure presuppone il consenso informato e il diritto all'autodeterminazione terapeutica, la pretesa apparentemente speculare di rivolgersi a trattamenti sanitari alternativi e inefficaci non può certo obbligare il circuito sanitario ad assecondare simili richieste: v. C. PICIOCCHI, *La libertà terapeutica come diritto culturale*, Padova, 2006, 145 ss., 157 ss. Si pensi al c.d. “caso Stamina”: v. il mio *Al crocevia del “caso Stamina” e dei suoi “problemi costituzionali”*, in *BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto*, 2015, 91 ss. e A. SANTOSUOSSO, *Un altro caso Di Bella?*, in *Minorigiustizia*, 2, 2013, 250.

²⁴ Una conferma della connessione tra principio personalista e pluralista si evince dalla sent. cost. n. 13/1994, sul «diritto all'identità personale», inteso come «diritto ad essere se stesso, ... con le acquisizioni..., con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano l'individuo» (punto 5.1 del *Considerato in diritto*). Sulla centralità del principio pluralista nel biodiritto v. C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI (a cura di), *Biodiritto in dialogo*, Padova, 2006, 14 ss., 26 ss. e L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, XVI ss.

Il primo stabilisce l'assoluta "centralità della persona", ponendo lo Stato al servizio della prima²⁵: come si legge nella sent. n. 364/1998, il nostro ordinamento «pone [infatti] al vertice della scala dei valori la *persona umana* (che *non può*, dunque, neppure a fine di prevenzione generale, *essere strumentalizzata*)». Insomma – come precisa la sent. n. 219/2008 – «il fine ultimo dell'organizzazione sociale [...] è lo *sviluppo della persona umana*, il cui valore si pone al centro dell'ordinamento costituzionale».

Contemporaneamente, «la Costituzione è pluralista» perché non traccia (sempre) «la sintesi immodificabile tra interessi e principi diversi e spesso opposti», limitandosi più spesso a riconoscerli e rinviando la soluzione del loro contemperamento a momenti successivi²⁶.

La proficua interazione tra i principi personalista e pluralista legittima quindi l'«obiettivo della massima estensione possibile della sfera di autodeterminazione degli individui»; le limitazioni vanno invece circoscritte alle sole ipotesi in cui altri beni fondamentali (dello stesso o di altri soggetti) si ritengano ragionevolmente destinati a prevalere²⁷. Da ciò muove, ad esempio, la nota sent. n. 471/1990: il «valore costituzionale della inviolabilità della persona» – nel suo aspetto "attivo" – va «costruito [...] come libertà, nella quale è postulata la sfera di esplicazione del *potere della persona di disporre del proprio corpo*»²⁸, sin quando, però, altri diritti o principi non giungano a limitarla (anche in riferimento alla medesima persona)²⁹. La nostra Carta aderisce infatti a un modello certamente "antipaternalista" ma ciò non comporta che l'autodeterminazione dei singoli possa esplicarsi senza alcun argine o regime³⁰.

²⁵ Rinvio al mio *La dimensione costituzionale della persona*, in A. PUGIOTTO (a cura di), *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Napoli, 2013, 525 ss.

²⁶ R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 25.

²⁷ F. RIMOLI, voce *Laicità (dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVIII, Roma, 1995, 3. È solo motivando circa l'esistenza di questi interessi ulteriori che possono, ad esempio, giustificarsi le discipline restrittive in materia di prostituzione (v. ora la sent. n. 141/2019): per l'opportunità di distinguere i diversi casi v. invece G. MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, Pisa, 2007, 221 ss. Lo stesso vale per il consumo di sostanze stupefacenti (*contra* v. A. PACE, *Diritti fondamentali al di là della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 1993, 9), di eutanasia (v. però le distinzioni proposte da C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Torino, 2004) e degli spettacoli francesi di "lancio del nano" (vietati dal Conseil d'Etat, Ass. 27 ottobre 1995). In molti di tali casi – come si dirà per il fine-vita – le più aggiornate concezioni del diritto all'autodeterminazione esigerebbero spesso la formulazione di attenti distinguo e non già la scorciatoia di divieti assoluti.

²⁸ Punto 3 del *Considerato in diritto*. Già MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in ID., *Raccolta di scritti*, III, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972, 437 s., affermava che, per la Costituzione, senza la volontà della persona è «vietata ogni violazione del diritto alla disponibilità del proprio corpo».

²⁹ Tra i tanti cfr. R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" ed in quello "passivo"*, in *Foro italiano*, 1991, I, c. 17 e c. 19, e G. CAMPANELLI, *Linee giurisprudenziali della Corte costituzionale e della Corte di cassazione in tema di atti di disposizione del corpo*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 202.

³⁰ G. GEMMA, *Paternalismo, Antipaternalismo e Costituzione*, in *Diritto e società*, 2016, 633 ss. Analogamente v. A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Milano, 2015, 333. Si tratta tuttavia di un concetto che la Corte costituzionale ha specificato più volte (nella citata sent. n. 162/2014, ma, prima ancora, nelle notissime sentt. n. 1/1956 e n. 36/1958, in cui essa notoriamente afferma che «ogni diritto nasce limitato»).

5. Interpretazione adeguatrice e interpretazione aggiornata delle norme costituzionali: quale autodeterminazione per i transessuali?

Quanto appena delineato trova sbocco in una notevole serie di vicende.

Uno dei primi casi in cui si ebbe conferma che il “campo da gioco” del principio di autodeterminazione andava acquistando uno spazio sempre più ampio si ebbe con la sent. n. 161/1985. In quella circostanza la Corte respinse i rilievi d’illegittimità promossi avverso la legge n. 164/1982, sancendo che il diritto alla salute della persona transessuale impone di assicurare «l’esigenza fondamentale» di «far coincidere» il suo «soma con la psiche» anche mediante «il ricorso all’operazione chirurgica». La Corte sottolineava come solo in tal modo si potesse garantire ai transessuali «l’affermazione della loro personalità», aiutandoli «a superare l’isolamento, l’ostilità e l’umiliazione» e dando voce a «una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori di libertà e dignità della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie e anomale».

La Corte non fondava quindi il proprio responso chiamando in causa il diritto all’autodeterminazione degli interessati, concentrando invece la sua attenzione su una più “rotonda” e comprensiva idea del loro diritto alla salute: ciò comunque presupponeva che gli interessati si “autodeterminassero” a trattamenti così invasivi.

Più di recente, la stessa Consulta ha finalmente respinto l’idea che l’intervento chirurgico sia imprescindibile³¹. L’aggiornata lettura della Carta – sulla scia di non poche esperienze straniere – ha infatti consentito un’opportuna “interpretazione conforme” delle disposizioni legislative, riconoscendo all’autodeterminazione individuale un “peso” ben più decisivo rispetto al passato³².

Se, nel 1985, la Corte aveva infatti calcato l’accento sul diritto alla salute *tout court* – pur con l’implicito rilievo attribuito alle scelte dell’interessato³³ – oggi il quadro dei diritti fondamentali applicabili nella fattispecie viene ulteriormente arricchito da più evidenti richiami al diritto ad autodeterminarsi. Il «riconoscimento del *diritto all’identità di genere*» viene quindi assunto «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)». Da ciò discende l’affermata «esclusione del carattere necessario dell’intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica», rimettendo «al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l’assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio percorso di transizione»³⁴.

³¹ Sent. n. 221/2015.

³² Non a caso la Corte adotta una “semplice” pronuncia interpretativa di rigetto: v. A. LORENZETTI, *IL cambiamento di sesso secondo la Corte costituzionale: due nuove pronunce (nn. 180 e 185 del 2017)*, in *Studium Iuris*, 2018, 446 ss.

³³ Benché affermasse – quasi a giustificarsi – che costui, «più che compiere una scelta propriamente libera, obbedisce a un’esigenza incoercibile».

³⁴ Per la tesi che l’autodeterminazione evocata dalla Corte nella sent. n. 221 renderebbe l’intervento chirurgico meramente eventuale v. A. SCHUSTER, *La rettificazione di sesso: criticità persistenti*, in www.articolo29.it, 13 luglio 2017; A. LORENZETTI, *Corte costituzionale e transessualismo: ammesso il cambiamento di sesso senza intervento chirurgico ma spetta al giudice la valutazione*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2015, 1006 ss., sottolinea, invece, come la Corte esiga l’includibilità di un «rigoroso» accertamento dei giudici, ai quali spetta pertanto la parola definitiva.

L'autodeterminazione del soggetto pare così certamente sottolineata e potenziata alla luce del suo diritto a perseguire la propria identità personale, sessuale e di genere³⁵: lo si coglie altresì dai “toni” della successiva giurisprudenza (anche di merito) sul tema³⁶.

Che i tempi fossero peraltro maturi per questo passo in avanti – da tempo invocato dalla dottrina ma avversato dalla giurisprudenza³⁷ – lo si comprese nella di poco precedente sentenza della Cass. civ., sez. I, 20 luglio 2015, n. 15138. Innovando al diritto vivente – e “brandendo” con decisione i principi costituzionali – la Cassazione affermava infatti che la scelta di sottoporsi alla modifica dei tratti sessuali dev'essere sempre l'esito di «un *processo di autodeterminazione* verso l'obiettivo del mutamento di sesso».

Le pronunce costituzionali successive alla citata sent. n. 221/2015 meglio calibrano questi approdi. Nella sent. n. 180/2017 la Consulta ribadisce pertanto che l'intervento chirurgico “risolutivo” non è (più) indispensabile ma «*va escluso che il solo elemento volontaristico possa rivestire prioritario o esclusivo rilievo ai fini dell'accertamento della transizione*»³⁸. L'autodeterminazione (assunta in sé o come profilo immanente ai vari diritti coinvolti) viene insomma portata sempre più nitidamente allo scoperto: come di consueto, ciò non significa tuttavia che essa possa annichilire gli altri interessi in gioco (anche dell'interessato), tutelati dalla ribadita necessità del coinvolgimento di un giudice.

5.1. Segue: il consenso informato e il diritto alla salute

Una vicenda in cui il diritto all'autodeterminazione individuale è andato assumendo un rilievo sempre più visibile e pregnante concerne, come già detto, il consenso informato³⁹.

Per la Corte, la «regola di fondo», in materia di salute prevede infatti che debba essere il medico – con l'immane assenso del paziente – a operare le più opportune scelte terapeutiche calibrate sul caso e sulle più aggiornate acquisizioni scientifiche e sperimentali⁴⁰. *Ex art. 32, comma 2, Cost.*, può invece imporsi un trattamento sanitario obbligatorio solo in casi limite: quando sia in pericolo non solo la salute del singolo sul quale s'interviene ma anche di altre persone⁴¹.

La centralità assunta dal consenso informato (sotto il profilo del diritto all'autodeterminazione) ha progressivamente evidenziato come esso non coincida affatto con il diritto alla salute. In altri termini,

³⁵ Sul diritto all'identità personale come «diritto a essere se stessi» si rinvia alla sent. n. 13/1994.

³⁶ Si v. la sent. n. 185/2017 e l'ord. n. 187/2017, nonché la sentenza del Trib. di Trento 21 marzo 2018, nella quale si afferma risolutamente che l'intervento sui genitali «costituisce – per l'attore – una mera facoltà e non certo un obbligo».

³⁷ Si v. A. LORENZETTI, *Il cambiamento di sesso anagrafico e le sue condizioni: la necessità o meno dell'intervento chirurgico. Brevi riflessioni sulla situazione attuale e suoi prossimi sviluppi*, in *Genlus*, 1, 2015, 175 ss.

³⁸ Punto 5.2 del *Considerato in diritto*. Cfr. altresì l'ord. n. 185/2017. Sulla giurisprudenza della Corte Edu in materia – la quale pare esaltare «il profilo del diritto all'autodeterminazione, essendo la persona [...] che deve decidere quali sono le modifiche fisiche che ritiene adeguate per soddisfare la propria aspirazione e il proprio benessere fisico-psichico» – v. S. PATTI, *Il transessualismo tra legge e giurisprudenza della Corte Edu (e delle Corti costituzionali)*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, 145.

³⁹ Cfr. le citate sentt. n. 438/2008 e n. 253/2009.

⁴⁰ Cfr. la sent. n. 282/2002.

⁴¹ V., da ultimo, A.A. NEGRONI, *Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute individuale e collettiva*, in www.forumcostituzionale.it, 1 novembre 2017.

l'autodeterminazione del paziente – essenza del primo diritto – si riferisce a interessi diversi da quelli tutelati dal secondo.

Vi può quindi essere un *vulnus* al diritto all'autodeterminazione se il paziente non sia stato adeguatamente informato o non sia stato messo in condizione di scegliere oculatamente quale strada percorrere. Non vi sarà invece alcuna lesione di tale diritto se la successiva azione medica, rivolta al paziente del tutto "informato", non venga svolta in modo adeguato: sarebbe invece intaccato, in questa eventualità, il suo diritto alla salute.

A sua volta, il diritto alla salute non viene violato ove l'intervento terapeutico risulti perfettamente riuscito; il difetto del consenso determinerebbe però la certa lesione del diritto del malato ad autodeterminarsi, imponendosi un suo adeguato risarcimento⁴².

La più piena (e graduale) comprensione dei margini del diritto all'autodeterminazione ha così consentito di scindere (e rendere sempre più autonomo) il consenso informato dal diritto alla salute *tout court*⁴³. Anche da questo assunto scaturiscono le affermazioni della Corte costituzionale rammentate in apertura.

5.2. Segue: l'autodeterminazione alla fine della vita (ovvero, sul "diritto a farla finita")

Tutto ciò ha certamente inciso anche sulla giurisprudenza in materia di autodeterminazione nelle vicende del "fine vita".

A tal proposito, occorre prendere le mosse dalla nota vicenda Welby⁴⁴, in cui i giudici – dopo molte titubanze – hanno infine escluso che il rifiuto delle terapie salvavita, espresso da un paziente capace e consapevole, esponga i medici che lo assecondino alle ipotesi di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) o di aiuto al suicidio (580 c.p.). Il loro comportamento risulterebbe infatti scriminato ai sensi dell'art. 51 c.p., interpretato alla luce dell'art. 32 Cost.: l'autodeterminazione del paziente priva insomma di anti-giuridicità le azioni mediche indirettamente tese ad abbreviargli la vita lasciando libero corso alla patologia mortale⁴⁵.

Un approdo più consono al rilievo da assegnarsi all'autodeterminazione *tout court* è poi rinvenibile nell'identico (e più recente) "caso Piludu"⁴⁶. Abbandonando le più contorte argomentazioni praticate dal G.u.p. romano⁴⁷, si sancisce qui che i principi del consenso informato e dell'autodeterminazione

⁴² Si v., da ultimo, Cass. civ., sez. III, 13 febbraio 2015, n. 2854; 27 novembre 2015, n. 24220; 23 marzo 2018, n. 7248; 20 aprile 2018, n. 9807; 22 agosto 2018, n. 20885.

⁴³ C. CASONATO, *Fine vita: il diritto all'autodeterminazione*, in *Il Mulino*, 2017, 602.

⁴⁴ V., tra gli altri, M. AZZALINI, *Il rifiuto di cure. Riflessioni a margine del caso Welby*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 7-8, 2007, pt. II, 313 ss. e U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Milano 2018, 44 ss.

⁴⁵ Gup di Roma 23 luglio - 17 ottobre 2007, n. 2049: l'attività di spegnimento del respiratore artificiale è insomma una condotta doverosa del medico, funzionale a realizzare il diritto del paziente a interrompere un trattamento sanitario.

⁴⁶ Trib. di Cagliari 16 luglio 2016.

⁴⁷ Escludendosi che (come affiorava dalla decisione sul caso Welby) l'attività del medico sia da ritenersi in sé illecita, necessitando di opportune "cause di giustificazione" desumibili dal codice penale.

terapeutica, ricavabili dall'art. 32 Cost., più semplicemente assorbono anche il diritto a rifiutare o d'interrompere qualunque trattamento essenziale⁴⁸.

A un tale approdo ha certamente giovato quanto precedentemente sancito dalla Cassazione nell'assai diverso "caso Englaro"⁴⁹, il quale ha rappresentato un vero «punto di non ritorno» nel dibattito in materia⁵⁰.

Chiarissimi erano i tratti distintivi delle due fattispecie qui evocate: nel caso Englaro mancava del tutto l'"attualità" della richiesta della paziente in stato vegetativo d'interrompere la nutrizione/idratazione artificiale che la manteneva in vita. I principi costituzionali in rilievo nella circostanza venivano però manovrati dalla Cassazione al fine di adottare una più consona interpretazione dei materiali normativi applicabili anche in questo caso. Essi infatti impediscono – come scrive la Suprema Corte – di strumentalizzare la persona «per alcun fine eteronomo e assorbente». Anche in tali situazioni occorre dunque perseguire a tutto tondo il "rispetto della persona" evocato dall'art. 32 Cost⁵¹.

La Cassazione ha così escluso che «il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio [...] della vita». In queste eventualità «c'è spazio [...] per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico»⁵².

⁴⁸ A. D'ALOIA, *Il caso Piludu e il diritto a rifiutare le cure (anche life-sustaining)*, in *Studium Iuris*, 2017, 1462 ss. e F.G. PIZZETTI, *Considerazioni a margine del caso Piludu: fra principi costituzionali e pronunce giurisdizionali in materia di rifiuto di trattamenti sanitari salvavita*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, 2017, 219 ss. Gli stessi concetti sono stati ribaditi – spesso con smagliature – anche nella giurisprudenza sul rifiuto di trasfusioni salvavita invocato da Testimoni di Geova. In Cass. civ., sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676, si precisa quindi che, *di norma*, il dissenso a tali terapie deve essere attuale, ovvero seguire e non precedere la rappresentazione di un pericolo di vita. Di recente, a fronte di pronunce di segno contrario, la Corte d'Appello di Milano 19 agosto 2011, n. 2359 (nel c.d. "caso Lessi") – confermando Trib. di Milano, sez. V, 16 dicembre 2008, n. 14883 – ha invece riconosciuto che il diritto all'autodeterminazione del paziente ex art. 32 Cost. comprende anche il rifiuto di tali terapie (seppur potrebbero mantenerlo in vita). Da qui la condanna al risarcimento del danno nei confronti dell'Azienda Ospedaliera e dei medici che avevano sottoposto a una trasfusione di sangue coattiva il paziente che l'aveva rifiutata ed era poi deceduto.

⁴⁹ Cass. civ., sez. I, 4-16 ottobre 2007, n. 21748, sulla quale v. C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, spec. 557 ss.; E. MALFATTI, *Nella "Babele delle lingue", una logica di inclusione porta con fatica alla composizione giudiziaria del caso Englaro*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite del potere*, III, *Dei diritti e dell'uguaglianza*, Napoli, 2009, 1073 ss. e C. SALAZAR, *Riflessioni sul caso Englaro*, in www.forumcostituzionale.it, 13 febbraio 2009.

⁵⁰ U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 48.

⁵¹ *Contra v.*, tra gli altri, A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 29 marzo 2011; nonché ID., *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in www.forumcostituzionale.it, ove si afferma l'esistenza, in Costituzione, di un dovere «di prendersi cura di sé, fino in fondo [...] Tenersi in vita con dignità è un diritto ed un dovere fondamentale allo stesso tempo».

⁵² Al diritto all'autodeterminazione terapeutica fa ripetutamente riferimento anche la successiva decisione del Consiglio di Stato sul medesimo caso: sez. III, 21 giugno 2017, n. 305.

La stessa Cassazione stabilisce peraltro che, al fine di procedere all'interruzione dei trattamenti salvavita in situazioni simili a quelle in cui versava Eluana Englaro, occorrono peculiari presupposti. In primo luogo, si deve accertare che il paziente versi in uno *stato vegetativo irreversibile*, ovvero che, secondo gli *standard scientifici* riconosciuti a livello internazionale, non si possa supporre la possibilità di un qualche recupero della sua coscienza. In aggiunta, devono sussistere *elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della volontà del paziente d'interrompere le terapie*⁵³.

Di conseguenza, la Corte d'Appello di Milano ha effettuato sia l'accertamento delle volontà a suo tempo manifestate dalla donna (raccolta di sue dichiarazioni, testimonianze di persone a lei vicine, parere del tutore e del curatore speciale nominato *ad hoc*), sia ulteriori verifiche incentrate sulla sua personalità e sulla sua "filosofia di vita", giungendo alla conclusione che da ciò si potesse ricostruire la sua volontà d'interrompere i trattamenti⁵⁴. Essa ha inoltre sancito che lo stesso principio d'uguaglianza impone che i pazienti incapaci siano messi in condizione di esercitare il loro «diritto alla autodeterminazione terapeutica» anche quando si tratti di mettere in conto l'interruzione di trattamenti essenziali⁵⁵. La Corte Edu ha poi confermato che tali accertamenti sono effettivamente consistiti nell'esame di un vasto materiale probatorio, senza pregiudicare la diversa volontà di altri pazienti⁵⁶.

La conferma che questi approdi sono da ritenersi ormai consolidati è giunta dalle successive pronunce che, sulla medesima vicenda, hanno adottato il T.A.R. Lombardia, il Consiglio di Stato e la Corte costituzionale⁵⁷.

Da ultimo, la legge n. 219/2017 si è quindi "accodata" e ha razionalizzato quanto già ampiamente sancito dalla giurisprudenza, recando una disciplina più nitida di almeno alcune fondamentali questioni e procedure relative alla delicata fase del fine-vita⁵⁸.

Va però rimarcato che altre ipotesi riguardanti il diritto di autodeterminarsi in questi delicati frangenti rimangono tuttora vietate e punite: è il caso dell'eutanasia pietosa di pazienti che chiedano di porre fine alla loro esistenza resa ormai intollerabile dalle patologie. In tali casi l'ordinamento continua insomma a imporre all'interessato volontà da lui nient'affatto condivise⁵⁹.

Sul terreno dell'aiuto al suicidio, *ex art. 580 c.p.*, si è tuttavia svolta l'ultima "puntata" di questo intricato "romanzo": il riferimento è al caso Cappato-dj Fabo, dapprima "provvisoriamente" deciso dalla

⁵³ Volontà tratta dalle sue precedenti dichiarazioni, dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona.

⁵⁴ Corte d'Appello di Milano, sez. I civ., 25 giugno - 9 luglio 2008. *Contra v. G.U. RESCIGNO, Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Diritto pubblico*, 2008, 97 ss., per il quale solo il legislatore potrebbe assegnare «il potere a qualcuno di decidere, al posto dell'interessato non in grado di decidere, la esclusione o la interruzione di un determinato trattamento».

⁵⁵ Critiche in C. TRIPODINA, *A chi spettando le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del caso Englaro)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 4089.

⁵⁶ Corte Edu, sez. II, 16 dicembre 2008, *Ada Rossi et al c. Italia*, n. 55185 ecc./2008.

⁵⁷ U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 55. Per quanto riguarda la Corte costituzionale, si v. l'ord. n. 334/2008.

⁵⁸ Per un commento v., il *Forum* apparso su *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1, 2018; nonché G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/2017*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2, 2018, 97 ss.

⁵⁹ C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2018, 12.

Corte costituzionale con la sua ord. n. 207/2018 e ora definito dalla recentissima sent. 242/2019 (pubblicata quando già si era in stampa). Al di là degli interessanti risvolti procedurali di questa originale pronuncia d'incostituzionalità differita⁶⁰, ciò che più interessa in questa sede sono peraltro i suoi profili di merito (e ciò che la Consulta comunque sancisce con riguardo a essi).

La Corte afferma infatti che l'art. 580 c.p. conserva ancora una sua ragion d'essere. Pur se interpretato alla luce della Costituzione, esso continua infatti a non consentire l'apertura a qualsiasi ipotesi di aiuto al suicidio derivante «da un *generico diritto all'autodeterminazione individuale*, riferibile anche al bene della vita». La previsione ha insomma il legittimo scopo di tutelare le persone più deboli e vulnerabili, plagiabili e influenzabili; ammettere il contrario significherebbe appoggiare dunque «una *concezione astratta dell'autonomia individuale*», ignorando «le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite».

Ciò detto, quanto vietato e punito dalla prescrizione codicistica deve comunque fare i conti con ciò che è reso ormai possibile da una serie di progressi medico-tecnologici inimmaginabili al tempo in cui l'art. 580 c.p. è stato concepito. Ipotesi in cui – come nel caso da cui ha preso le mosse la *quaestio* – l'aspirante suicida sia affetto da una patologia irreversibile che provochi sofferenze fisiche e psicologiche da lui repute intollerabili, ma sia tenuto in vita mediante trattamenti di sostegno vitale di nuovo conio, rimanendo peraltro del tutto in grado di prendere decisioni libere e consapevoli relative (anche) al suo fine-vita. In tali circostanze – afferma la Corte – l'assistenza di terzi nel porre fine alla vita del malato che autonomamente lo richieda pare «l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento in vita non più voluto e che egli ha diritto di rifiutare in base all'art. 32, comma 2, Cost.». «Il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la *libertà di autodeterminazione* del malato alla scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost.». In queste vicende, l'aiuto al suicidio finirebbe insomma per coincidere con l'ormai consolidato diritto del paziente ad accettare o rifiutare taluni trattamenti essenziali per la sua vita, costituendo un'ulteriore propaggine della sua libertà di autodeterminarsi.

Quanto sancito in questa ordinanza costituiva dunque un nitidissimo accertamento d'incostituzionalità, oltre che un ulteriore passo in avanti sul difficile terreno delle scelte individuali relative al fine vita. La Corte ha però evitato di pronunciarsi con una qualsiasi pronuncia d'accoglimento, rinviando l'udienza al successivo 24 settembre 2019 e rimanendo in “leale” e “collaborativa” attesa di un intervento del nostro legislatore. In assenza di tutto ciò essa non ha quindi esitato a ribadire i suoi assunti nella sent. n. 242/2019.

⁶⁰ Si v., in particolare, A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in www.giurcost.org, 3, 2018, 568 ss.; Id., *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 208 sul caso Cappato)*, *ivi*, 571 ss.; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 19 novembre 2018; U. ADAMO, *La Corte è “attendista”... «facendo leva sui suoi poteri di gestione del processo costituzionale»*, in www.forumcostituzionale.it, 23 novembre 2018.

6. Autodeterminazione, bilanciamenti e giudizi di uguaglianza-ragionevolezza

Come in altri casi, la Consulta non ha affrontato il tema dell'aborto ragionando direttamente dell'autodeterminazione delle gestanti, preferendo rifarsi invece al più "neutrale" diritto alla loro salute: è stato così sin dalla sua storica sentenza n. 27/1975. Tale suo argomentare ha incontrato non pochi dissensi⁶¹, contestandosi che si sia così «lasciato del tutto in ombra l'aspetto dell'autonomia della donna» e della sua «autodeterminazione... nelle scelte procreative»⁶²: è un'obiezione fondata, restando peraltro vero che – come già detto – non può darsi alcun esercizio del diritto alla salute senza tener conto (anche) delle inevitabili scelte individuali che esso comporta.

Prima facie, l'aborto è quindi affrontato dalla Consulta come un tipico problema di bilanciamento tra il diritto alla salute della donna e quello alla vita dell'aspirante nascituro (per il quale la Corte ragiona di un meno intenso «interesse costituzionalmente protetto»): da questa impostazione discendono, appunto, la procedura e i limiti disegnati dalla legge n. 194/1978.

Quest'ultima identifica tuttavia nella donna l'unica vera responsabile della consapevole decisione di abortire: la Corte lo afferma in modo esplicito nella sent. n. 26/1981 e nell'ord. n. 389/1988, benché, poi, essa non abbia sempre valorizzato questa sua impostazione⁶³. Da un simile assunto deriva comunque la norma – avallata dalla Corte – per cui il padre del potenziale nascituro non deve essere obbligatoriamente sentito⁶⁴; con riguardo alla minore, ciò comporta inoltre che non sia affatto ineluttabile l'assenso dei genitori, senza dire del sempre ribadito divieto di obiezione di coscienza imposto ai giudici tutelari⁶⁵.

Accanto a questi profili, la Costituzione e la legge impongono tuttavia di proteggere anche la vita nascente: le prerogative della gestante si annulleranno dunque allorché il feto risulterà capace di vita autonoma⁶⁶. A partire da quest'istante l'unica autodeterminazione legalmente consentita si tradurrà nel diritto all'anonimato della madre⁶⁷.

Al contempo – a tutela del *pluralismo* – la legge ovviamente consente, a chi lo voglia, di ritenere e trattare il feto come se fosse già una persona: similmente a quanto accade nel fine-vita, anche queste opzioni ricadono dunque entro gli spazi di autodeterminazione dei diretti interessati.

⁶¹ V., ad esempio, L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in www.costituzionalismo.it, 2, 2006 e S. NICCOLAI, *Una sfera pubblica piccola piccola. La sentenza n. 27/1975 in materia di aborto*, in AA.VV. (a cura di), *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 568 ss.

⁶² G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., 826 ss.

⁶³ Una "pietrificazione" del bilanciamento operato dalla legge n. 194/1978 è operato dalla menzionata sent. n. 35/1997, nella quale tale provvedimento è definito «a contenuto costituzionalmente vincolato», così impedendo, *pro futuro*, le modifiche che mirassero a dare maggiore rilievo all'autodeterminazione femminile: v. ancora G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., 831.

⁶⁴ Ord. n. 389/1998.

⁶⁵ *Ex multis*, sent. n. 197/1987 e ordd. n. 126 e 196/2012.

⁶⁶ Art. 7, legge n. 194/1978.

⁶⁷ V. la sent. n. 278/2013, che innova alla n. 425/2005 (dopo la sentenza della Corte Edu, sez. II, 25 settembre 2012, n. 33783/2009, *Godelli c. Italia*).

7. (Segue) La legge sulla procreazione assistita: un *work in progress*

Sin da subito, la legge n. 40/2004 è parsa (ai più attenti commentatori) platealmente illegittima. Non sorprende quindi che la Consulta ne abbia riscritto tutti gli snodi fondamentali, offrendo il giusto rilievo all'autodeterminazione e alla salute delle persone interessate, così meglio calibrando i numerosi diritti coinvolti da questa particolare disciplina⁶⁸.

Nella sent. n. 151/2009 la Corte sancisce pertanto l'illegittimità sia dell'originario obbligo di un unico e contemporaneo impianto di un numero di embrioni non superiore a tre – irrazionalmente imposto dalla legge – sia il conseguente divieto di crioconservazione degli embrioni sovrannumerari prodotti durante il trattamento. Citando espressamente i suoi precedenti⁶⁹, la Corte contesta la violazione dei tassativi limiti assegnati alla discrezionalità legislativa «in materia di pratica terapeutica», ribadendo che «la regola di fondo», in tali contesti, «deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il *consenso del paziente*, opera le necessarie scelte professionali», adeguandole al caso.

Nella successiva sent. n. 162/2014 la Corte ha quindi demolito l'originario divieto di procedere alla c.d. fecondazione eterologa⁷⁰. In questa decisione – più ancora che nella precedente – il riferimento all'autodeterminazione acquista un peso separato e decisivo. Citando espressamente la già menzionata sent. n. 332/2000, la Corte conferma infatti che la scelta di una coppia sterile o infertile di dar vita a una famiglia con figli «costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi» ai sensi degli artt. 2, 3 e 31 Cost.⁷¹. «La determinazione di avere o meno figlio [...] concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, [...] anche quando sia esercitata mediante una procreazione di tipo eterologo». Va poi da sé che «la libertà e la volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia [...] di sicuro non implica che la libertà in esame non possa esplicitarsi senza limiti»⁷².

La sequenza di decisioni “demolitorie” adottate in materia si conclude idealmente con la sent. n. 96/2015⁷³, già anticipata da un *corpus* di coraggiose interpretazioni adeguate⁷⁴ e da una decisiva pronuncia della Corte Edu⁷⁵. In tale sentenza la Corte dichiara pertanto l'illegittimità della norma che

⁶⁸ Esemplare, in tal senso, quanto proposto nel *Dossier: come è cambiata la legge n. 40 (2004-2017)*, al sito www.biodiritto.org.

⁶⁹ Le già *supra* menzionate sentt. n. 282/2002 e n. 338/2003.

⁷⁰ Si v. il mio *La legge sulla procreazione assistita per un altro pilastro: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 1, 2015, 5 ss. (e in www.forumcostituzionale.it).

⁷¹ Punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁷² Punti 6 e 11.1 del *Considerato in diritto*. G. FERRANDO, *La fecondazione assistita nel dialogo tra le Corti*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 167, sostiene che la Corte, in questa pronuncia, mira a valorizzare l'autodeterminazione degli interessati (titolari di un diritto fondamentale). Essa non crea affatto un «diritto ad avere figli» (così, ad es., C. TRIPODINA, *Il diritto a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra Costituzione e giudici*, in *BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto*, 1, 2014, 81), bensì soltanto un «diritto ad essere liberi di tentare di averlo» (S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano, 2012, 239 ss.).

⁷³ Poi ribadita dall'ord. n. 54/2016 e dalla sent. n. 229/2015. Un'altra significativa decisione è la n. 84/2016, sulla donazione di embrioni a fini di ricerca, che però rinvia alla discrezionalità del legislatore.

⁷⁴ V. Trib. di Cagliari 24 settembre 2007 e Trib. di Firenze 19 dicembre 2007.

⁷⁵ Si v. la sentenza 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*.

impediva ai portatori di malattie genetiche trasmissibili di accedere alle tecniche di procreazione assistita. Ciò determinava infatti «un grave pericolo per la salute della donna», impedendole irrazionalmente di «acquisire “prima” [...] una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute». Né quest'assurda limitazione del suo diritto all'autodeterminazione poteva far effettivamente prevalere gli interessi del nascituro, «il quale sarebbe [stato] comunque esposto all'aborto»⁷⁶.

In questa scansione di pronunce è evidente come il diritto all'autodeterminazione individuale (da solo o in aggancio con il diritto alla salute o con il diritto a diventare genitori) sia andato via via ad acquistare gli spazi a esso sottratti dalla sortita del legislatore, determinando, di fatto, le inevitabili dichiarazioni d'illegittimità.

8. Una digressione?: il “caso vaccini” tra interessi individuali e collettivi

La recente adozione della sent. n. 5/2018, in materia di vaccinazione obbligatorie, consente di inquadrare come e quando l'autodeterminazione individuale possa essere limitata allorché siano contemporaneamente chiamati in causa preminenti interessi di rango costituzionale.

In passato, si è notoriamente avuta una progressiva erosione del principio dell'“obbligatorietà” delle vaccinazioni, cedendosi il passo a forme di adesione consapevole alle stesse⁷⁷. Una svolta è però intervenuta con il recente d.l. n. 73/2017: al fine di migliorare i livelli di salute collettiva, messi a rischio da un sensibile calo delle vaccinazioni volontarie, si è così ampliato l'obbligo vaccinale in vista dell'iscrizione alle scuole.

Chiamata in causa, la Corte costituzionale non ha tuttavia ritenuto che il provvedimento fosse illegittimo: essa ha affermato quindi che il legislatore non ha irragionevolmente sacrificato il diritto all'autodeterminazione individuale, posta la necessità di tutelare altri beni costituzionali.

La giurisprudenza costituzionale è del resto assai salda nell'affermare che «l'art. 32 Cost. postula il necessario temperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività..., nonché, nel caso di vaccinazioni obbligatorie, con l'interesse del bambino [...]». Questi principi «debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia»⁷⁸. In tali casi, posto «il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività», «in nome [...] della solidarietà verso gli altri», «ciascuno» può «essere obbligato, restando così *legittimamente limitata la sua autodeterminazione*, a un dato trattamento sanitario»⁷⁹.

Nessun *vulnus* è stato dunque operato sul diritto all'autodeterminazione individuale, anche perché, a ben vedere, esso non è qui propriamente in gioco: rileva invece «il potere-dovere dei genitori di adottare le misure idonee a evitare pregiudizi o concreti pericoli alla salute» della prole, «non poten-

⁷⁶ Punto 9 del *Considerato in diritto*.

⁷⁷ M. TOMASI, *Lo stato dell'arte sugli obblighi vaccinali all'indomani della sentenza n. 5 del 2018*, in *Studium Iuris*, 2018, 820 ss.

⁷⁸ Punto 8.2 del *Considerato in diritto*.

⁷⁹ Sent. n. 307/1990, punto 2 del *Considerato in diritto*.

dosi ammettere una totale libertà dei genitori di effettuare anche scelte che potrebbero essere gravemente pregiudizievoli al figlio»⁸⁰ (o ad altri).

Per la Corte, la proporzionalità degli interventi adottati dal legislatore è riscontrabile anche in riferimento al “tempo”. Nulla insomma esclude che, mutata la situazione, tale scelta non possa essere riconsiderata: si è infatti «opportunamente introdotto in sede di conversione un sistema di monitoraggio periodico» che potrà «sfociare nella cessazione della obbligatorietà di alcuni vaccini». La Consulta sollecita anzi l'estensione di tale «strumento di flessibilizzazione» anche ad altri obblighi, evidenziando come gli spazi concessi all'autodeterminazione possano sempre variare (in più o in meno) al mutare delle condizioni fattuali nelle quali essa è chiamata a operare.

9. Conclusioni e alcuni casi aperti

L'*excursus* sull'utilizzo del principio/diritto di autodeterminazione consente di rimarcare alcuni profili davvero peculiari.

Può intanto affermarsi che l'esistenza autonoma di questo “diritto fondamentale” costituisce un dato ormai certo: la Consulta l'ha più volte ribadita, rinvenendone, di volta in volta, gli elementi costitutivi in una serie (parzialmente variabile) di articoli e principi⁸¹. In altre ipotesi, la Corte ha anzi dato per scontata l'esistenza di questo diritto per giustificare il conio di ulteriori prerogative che da (anche) esso scaturiscono (si pensi alla nota vicenda del consenso informato)⁸².

Tale diritto trova terreno alquanto fertile soprattutto nel sempre più vasto campo del biodiritto, ma conosce – in realtà – moltissime altre implementazioni, progressivamente evidenziate dalla giurisprudenza. Queste affiorano, in genere, nei momenti “di svolta”: allorché occorra cioè certificare nuove conquiste o consumare “rottture” con la tradizione⁸³.

Talvolta, l'autonoma invocazione del diritto in discorso pare tuttavia servire da mera scorciatoia argomentativa per bypassare l'illustrazione delle ben più complesse interpretazioni sistematiche che potrebbero condurre al medesimo risultato finale.

In molte altre circostanze, il diritto all'autodeterminazione viene invece assunto quale un “ingrediente” tipico e necessario di molti altri diritti testualmente previsti nella Carta⁸⁴. In questo senso, è davvero esemplare il suo automatico abbinarsi alle varie declinazioni della libertà personale, del diritto alla propria vita familiare o del diritto alla salute.

Dunque, non solo il diritto all'autodeterminazione sembra talvolta fiorire dall'originale “messa a sistema” di una serie di previsioni costituzionali “classiche” – variabile nei diversi casi – ma, al contempo, esso è in certi casi utilizzato come un diritto autonomo, mentre anche l'esercizio di ciascun diritto fondamentale chiama sostanzialmente in causa questa prerogativa (e i suoi limiti), essendo essa immanente a ogni diritto costituzionale: in diverso grado, una simile polivalenza del diritto all'autodeterminazione emerge dal complesso degli esempi sopra riportati.

⁸⁰ V., ad esempio, la sent. n. 132/1992 e l'ord. n. 262/2004.

⁸¹ V. *supra* § 1.

⁸² V. *supra* §§ 1 e 5.1.

⁸³ V. *supra* §1.

⁸⁴ Per alcuni esempi v. ancora *supra* § 1.

Resta che – come ha più volte ribadito la Consulta – mai l'autodeterminazione (assunta come diritto a sé), così come gli altri diritti dai quali essa scaturisce o ai quali si aggancia, vanno ritenuti privi di limiti. Questo è anzi il vero problema. Perché se lo Stato liberale di diritto conia vincoli per lo stesso titolare della sovranità, esso deve analogamente ammettere eccezioni alla regola altrimenti incontenibile per cui l'autodeterminazione consisterebbe nella sovranità assoluta della persona su sé stessa (e così, inevitabilmente, sugli altri)⁸⁵. È questa la sfida immanente a tutte le vicende giuridiche appena menzionate, ossia l'esigenza d'individuare in esse un esatto (quanto spesso provvisorio) dosaggio tra autodeterminazione individuale e suoi vincoli (solidaristici e no)⁸⁶. Senza dire che sempre vi saranno "vecchie" situazioni da rileggere aggiornando i contenuti da attribuire al diritto di autodeterminarsi degli interessati⁸⁷; così come sempre sorgeranno questioni del tutto originali da affrontare manovrando oculatamente le leve di questo principio o dei diritti che lo evocano. Si pensi al recente dibattito sugli interventi chirurgici assurdamente praticati su molti neonati intersessuali⁸⁸, a quello (assai delicato) della c.d. surrogazione di maternità⁸⁹, al tentativo di rivisitare la classificazione di alcune forme di prostituzione volontaria⁹⁰, all'eterna questione relativa all'assunzione di stupefacenti e al tema – tutto da approfondire – delle possibili applicazioni dell'intelligenza artificiale.

Dalle vicende *supra* evocate emerge altresì che il tasso d'implementazione di tale principio – indifferentemente assunto come diritto a sé ovvero come frutto o elemento costitutivo di altri diritti – non è necessariamente uniforme: esso conosce, cioè, vari gradi d'attuazione in ragione delle specifiche fattispecie alle quali viene applicato e della "percezione" che di quelle singole vicende matura la coscienza giuridica del momento. Non esiste insomma un "tasso" di autodeterminazione omogeneo per ogni circostanza, per ogni diritto e per ogni ordinamento: anche in questo tale principio "polimorfo" e "trasversale" – assunto come prodotto in sé oppure quale "carburante" di tanti altri diritti – rivela la sua peculiare natura.

⁸⁵ C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza*, cit., 23.

⁸⁶ Si pensi alla disciplina dell'eutanasia in Belgio, Olanda, Lussemburgo o a quella dell'aiuto al suicidio in altri Paesi occidentali. Sull'articolata procedura che l'ordinamento belga prescrive nel controverso caso dell'eutanasia dei minori v. C. CASONATO, *Il primo caso di eutanasia minorile in Belgio*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 3, 2016, 5 ss.

⁸⁷ E non è detto che ciò comporti sempre un incremento degli spazi di autodeterminazione: si pensi al già citato obbligo di indossare il casco allorché s'inforca un motociclo o la cintura di sicurezza in auto.

⁸⁸ I neonati che presentano genitali non ben definiti sono quindi spesso sottoposti a una loro immediata correzione chirurgica, con conseguenze alquanto negative sulla loro salute e sulla loro futura vita personale e sociale. Ciò avviene senza valutare la possibilità di attendere che sia lo stesso interessato a decidere su questioni così intime: si v. B. PEZZINI, *La condizione intersessuale in Italia: ripensare la frontiera del corpo e del diritto*, in *Responsabilità medica - Diritto e pratica clinica*, 2017, 443 ss. e A. LORENZETTI, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2015, 109 ss. Cfr. altresì il *focus* apparso sul n. 1/2018 di *Genlus*.

⁸⁹ Si v. la sent. n. 272/2017, in cui la Corte costituzionale assume una posizione assai negativa sul tema. Cfr., ad esempio, le varieguate tesi emergenti dal dibattito pubblicato su *Genlus* 2017, fasc. 2, e in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità Filiazione Genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017.

⁹⁰ Rigettato dalla Corte con la sent. n. 141/2019. A favore di un diverso approccio al problema v. A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e rimedi interpretativa ipotizzabili*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 marzo 2018.