

Il potere normativo dei giudici nelle materie bioeticamente e religiosamente rilevanti

Francesco Alicino*

THE NORMATIVE POWER OF JUDGES IN BIOETHICAL AND RELIGIOUS MATTERS

ABSTRACT: This article analyzes the power of judges in defining biolaw. It does so by dwelling on the jurisprudential and normative history of ethically sensitive subjects (abortion, assisted procreation, surrogacy, end-of-life), in which science and technology have led the basic notions of human life (birth, life, death, dignity, health, self-determination) to an epistemological crisis. In constitutional democracies they become a source of intense tensions, from which the need for codified state law emerges. Grappling with electoral interests, parliaments respond with tendencies ranging from inertia to partisanship. From the related normative narratives, the confrontation between different conceptions of bioethics comes out. Both secular and religious ideologies take part in the debate concerning the interpretation of constitutional principles, including those related to the theory of “constitutional originalism” and the “living constitution”. That is evident in the light of the Italian legislative and jurisprudential evolution of the last two decades, which is even more interesting when compared to other jurisdictional contexts. Those pertaining to the American Constitution are of particular interest for the present work.

KEYWORDS: Biolaw; bioethical; constitution; judiciary; parliament

ABSTRACT: Questo articolo analizza il potere dei giudici nel definire il biodiritto. Lo fa soffermandosi sulla storia giurisprudenziale e normativa di temi eticamente sensibili (aborto, procreazione assistita, maternità surrogata, fine vita), in cui la scienza e la tecnologia hanno portato le nozioni fondamentali dell’esistenza (nascita, vita, morte, dignità, salute, autodeterminazione) a una crisi epistemologica. Nelle democrazie costituzionali diventano fonte di tensioni antagoniste, da cui emerge la necessità di norme codificate. Alle prese con interessi elettorali e passioni mediatiche, i parlamenti rispondono con atteggiamenti che vanno dall’inerzia alla spiccata partigianeria. Dalle relative trame normative emerge il confronto tra diverse concezioni della bioetica. Da posizioni laiche e religiose le vediamo riversarsi nei dibattiti riguardanti il ruolo e l’esegesi delle disposizioni costituzionali, compresi quelli legati alla teoria del “constitutional originalism” e della “living constitution”. Ciò è evidente alla luce della storia legislativa e giurisprudenziale italiana degli ultimi due decenni, resa ancora più stimolante se

* Professore ordinario, Università LUM di Bari. Mail: f.alicino@lum.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

comparata con altre giurisdizioni. Quella afferente alla Costituzione americana è di particolare interesse per il presente lavoro.

PAROLE CHIAVE: Biodiritto; bioetica; costituzione; potere giudiziario; Parlamento

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Bioetiche a confronto – 3. Irragionevoli compromessi – 4. Di là dell'esperienza – 5. La ricerca scientifica – 6. Natura, famiglia e procreazione – 7. Adozioni e maternità surrogate – 8. La società naturale e le formazioni sociali – 9. *Stepchild adoption* e genitori d'intenzione – 10. Genitore di intenzione e reato di maternità surrogata – 11. Ermeneutiche costituzionali a confronto – 12. La *living constitution* – 13. La rivincita degli originalisti – 14. La disciplina del fine vita – 15. Giudici e legislatori – 16. Etiche collettive e oggettive – 17. Etiche prudentemente relativistiche – 18. Dignità e diritto alla vita – 19. Autonomia individuale e disponibilità della vita – 20. Conclusioni e prospettive.

1. Introduzione

I progressi della scienza, della tecnologia e della medicina hanno toccato tutti gli ambiti dell'esistenza, dalla nascita alla morte. Lo hanno fatto in modo da veicolare le nozioni di vita, dignità e salute verso una crisi epistemologica. La loro irruenza è tale da impattare sulle materie eticamente sensibili (aborto, procreazione assistita, maternità surrogata, fine vita, per citare le più note), condizionando le rispettive discipline. Nelle democrazie costituzionali diventano fonte di tensioni antagoniste, dalle quali emerge il bisogno di norme codificate. Alle prese con interessi elettorali e passioni mediatiche, i parlamenti rispondono con tendenze che vanno dalla inerzia alla spiccata partigianeria. Nelle relative trame normative si inserisce la giurisprudenza, sovente accompagnata dal confronto fra differenti concezioni di bioetica. Dai fronti laici e religiosi le vediamo riversarsi nei dibattiti riguardanti il ruolo e l'esegesi delle disposizioni costituzionali.

Alcuni ritengono che in questi frangenti il giudice debba trovare la soluzione nello *ius scriptum*, anche quando manchino testi specifici: la tesi discende da una teoria delle fonti che postula un'auto-integrazione dell'ordinamento. Altri sottolineano l'attitudine del potere giudiziario a produrre diritto, sotto la cui influenza cade il paradigma della razionalità intrinseca della legge. Gli spettatori più disincantati si limitano a registrare come talvolta le corti giudiziali esercitino poteri paralegislativi¹. E non è detto che da tale lavoro si possa ricavare una costante. Questo perché il giudice si muove tra una pluralità di forme di normatività², comprese quelle derivanti dalle tecniche interpretative riguardanti, in particolare, i modi di leggere e applicare³ la Costituzione⁴, il più politico dei documenti giuridici e il più giuridico

¹ F. CORDERO, *Diritto*, in 3 *Enciclopedia Einaudi*, 1978, 955-973.

² P. RESCIGNO, in P. RESCIGNO G. RESTA, A. ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, 142.

³ Su cui G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 67, secondo i quali «il rapporto fra interpretazione e applicazione non è una congiunzione occasionale ma un nesso di inscindibilità: che nel diritto non vi sia applicazione senza interpretazione, può apparire chiaro, fino alla banalità; meno chiaro, ma altrettanto vero, è però anche l'inverso: che non c'è interpretazione senza applicazione. L'essenza del diritto è in questo nesso, nel quale si manifesta il suo valore pratico».

⁴ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, Costituzione, democrazia*, Milano, 2006, per il quale «una discussione sui metodi dell'interpretazione costituzionale è sempre anche una discussione sul concetto e sulla teoria della costituzione» (101).

dei documenti politici⁵. In ambito di biodiritto⁶ tali tecniche risultano non di rado polarizzate tra una propensione conservatrice e una progressista: qui i sostenitori di una ermeneutica costituzionale evolutiva⁷; lì i difensori dell'interpretazione originalista basata sulla volontà degli uomini che storicamente hanno partecipato alla redazione della Carta, ovvero secondo il significato attribuito alle sue norme nel periodo in cui sono approvate⁸.

Innanzitutto a manufatti costituzionali più datati il dissenso s'accentua per il non-detto delle formule scritte: non detto perché non immaginabile nel momento in cui la Costituzione è entrata in vigore. Le composizioni testuali diventano così il terreno di contesa fra diversi quadri etici. Lo testimoniano per l'Italia alcuni eventi legislativi e giurisprudenziali, la cui analisi servirà a rendere più intellegibile siffatte dinamiche. Lo saranno anche alla luce dell'insegnamento derivante dalla comparazione con altre esperienze giurisdizionali. Di particolare interesse per il presente lavoro quelle afferenti alla Costituzione americana e alle novità ivi registrate nelle materie bioeticamente e religiosamente rilevanti. Danno la possibilità di rilevare come i giudici non siano in *sensu* stretto il prodotto del processo democratico. La funzione giudiziaria serve tuttavia alla democrazia, nel *sensu* costituzionale della formula.

2. Bioetiche a confronto

In Italia le differenze sono spesso schematizzate attraverso il richiamo alle bioetiche cattolica e laica⁹. Sono ricevibili nella misura in cui si precisa che per la prima si intende quella definita dai documenti

⁵ Su questo punto *ex plurimis* F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, 1981; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 859; O. PFERSMANN, *Le sophisme onomastique: changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution*, in F. Mélin-Soucramanien (a cura di), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, 2005, 44; A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in www.costituzionalismo.it, 2003; 13; A. PACE, *Costituzioni rigide e flessibili*, in *Diritto pubblico*, 2000, 348; A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 35, spec. 37; F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale per valori*, in *Il Diritto ecclesiastico*, I, 1995, 69-85; F. BILANCIA, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 1993, 3036; F. RIMOLI, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazioni per valori*, in *Giur. cost.*, 1992, 3770.

⁶ S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, 2011.

⁷ Su cui già F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, schierato a favore di una interpretazione evolutiva fondata sull'evidenza empirica: «[è] inutile discutere intorno alla possibilità quando l'esperienza ci dimostra giorno per giorno la verità di questo fenomeno. Non tanto la interpretazione può evolversi quanto non può non evolversi. Il vero è che man mano che l'interprete si allontana, nello spazio e soprattutto nel tempo, dal legislatore, si impoverisce quel materiale, in cui, oltre i limiti della formula, consiste la forma della dichiarazione e alla cui conoscenza soprattutto è affidata la fedeltà dell'interpretazione, così che la forma, a poco a poco, si riduce nient'altro che alla formula» (388). Da cui il dibattito con S. ROMANO (*Interpretazione evolutiva*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947) ed E. BETTI (*Teoria generale della interpretazione*, edizione corretta e ampliata a cura di G. CRIFÒ, Milano, 1990), per cui si rinvia per tutti a F. GRECO, *L'interpretazione evolutiva della legge*, Firenze, 2006, 39 ss.

⁸ Per una ricostruzione del dibattito attorno alla interpretazione della Costituzione italiana si vedano i contributi in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA, *Quaderno del "Gruppo di Pisa" Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Catania il 5 ottobre 2007*, Torino, 2008, e alla bibliografia ivi pure riportata.

⁹ Si vedano *ex plurimis* G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano, 2009; L. LO SAPIO, *Bioetica cattolica e bioetica laica nell'era di Papa Francesco*, Milano, 2017; S. SERAFINI, *Da una storia di battaglie etico-politiche a*

della Chiesa, ben essendoci esponenti cattolici, anche della gerarchia, che sostengono almeno in parte la seconda, la bioetica laica nel senso di non religiosa. Non necessariamente significa antireligiosa, ma che trascende l'ipotesi di Dio. Il che non esclude in esponenti laici, agnostici o atei posizioni riconducibili alla bioetica cattolica¹⁰.

Entrambe considerano le implicazioni dei ritrovati della scienza, della tecnologia e della medicina, rispetto ai quali il giudizio cambia a seconda del sistema di valori utilizzato per definire la vita e la dignità delle persone. A una visione giusnaturalistica, propria delle bioetiche cattoliche, ribattono opinioni che, improntate a una concezione profana della natura, sottolineano la necessità di forme etiche nuove come risposta alle novità prodotte dal biodiritto¹¹; che, proprio per questo, non esclude la possibilità di nuovi diritti¹². In sede giuridica il confronto si problematizza quando rapportato ai momenti fisiologici e cruciali dell'esistenza, quali la nascita, l'unione tra due persone e la morte¹³.

Per quanto riguarda la prima, l'esempio giunge dalla legge italiana del 19 febbraio 2004 (n. 40) ideata per «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana e il ricorso alla procreazione medicalmente assistita»¹⁴. Sono tali da generare una serie di domande sui mezzi e sulle pratiche che facilitano o sostituiscono l'atto sessuale. La scriminante etica riguarda la loro ammissibilità nei casi in cui la procreazione presentasse delle difficoltà per la coppia (fecondazione omologa), superabili mediante l'intervento di una persona estranea all'unione; cioè a dire con il dono del seme o dell'ovocita (fecondazione eterologa) ovvero il prestito dell'utero (gestazione per altri, nota anche come maternità surrogata). In tutti i casi la soluzione passa dalla natura giuridica dell'embrione, se possa o no essere legalmente definito come persona e se debba essere o no considerato come frutto di una società naturale che, attraverso il matrimonio eterosessuale, fonda la famiglia (art. 29 Cost.)¹⁵. La bioetica cattolica prende posizione non condannando le ricerche finalizzate a ridurre la sterilità¹⁶. Le reputa però gravemente disoneste quando «dissociano l'atto sessuale dall'atto procreatore»¹⁷ e non si conformano «alla dignità» della natura umana¹⁸. Le tecniche di fecondazione artificiale sono in altre parole incoraggiare a condizione che si pongano al servizio degli uomini, «dei suoi diritti inalienabili e del suo bene vero e integrale, secondo il progetto e la volontà di Dio»¹⁹. Devono perciò essere vietate se ledono «il diritto del figlio a nascere da un padre e da una madre conosciuti da lui e tra loro

spiragli di dialogo tra pensiero cattolico e pensiero laico, Roma, 2019; G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Milano, 2020.

¹⁰ N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Bologna, 2006, 281-283.

¹¹ U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, Milano, 1998, 189.

¹² S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma-Bari, 2009, 70. Da differente prospettiva si veda M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei «nuovi diritti»*. Saggio presentato all'Accademia dei Lincei, durante il Convegno 9-10 gennaio 2008 su *La Costituzione ieri e oggi*.

¹³ Sono questi gli argomenti affrontati nel presente lavoro, come si potrà notare dalle pagine che seguono.

¹⁴ Art. 1 Legge n. 40/2004.

¹⁵ Su quest'ultimo punto si tornerà a breve quando, appunto, si analizzerà la giurisprudenza costituzionale sul sintagma «società naturale» di cui all'art. 29 Cost.

¹⁶ Catechismo della Chiesa cattolica, n. 2375.

¹⁷ *Ivi*, n. 2377.

¹⁸ *Ivi*, n. 2377.

¹⁹ *Ivi*, n. 2375.

legati dal matrimonio»²⁰. Diritto, questo, che discende da quello di tutti, compreso il concepito, ad essere rispettati come persone²¹.

Siamo innanzi a formule che alludono a una geometria di figure etiche sospese *ab eterno* secondo postulati *de Deo legislatore*. Ingenuo chi le condanni senza appello scrollandosene di dosso con snobistici atteggiamenti: rispecchiano legittime specificità confessionali, più o meno corrispondenti a pratiche presenti nelle relative comunità. Il problema si pone sul piano giuridico quando non obbligano in coscienza il singolo cittadino-fedele, ma investono l'intero ordinamento positivo. Lo fanno ostentando Verità che, ponendosi al di sopra delle etiche e delle sapienze diverse, aspirano alla *longa manus* dello Stato, al sigillo tutelare di norme valide *erga omnes*. D'altra parte, la critica a questa impostazione non legittima opposti fondamentalismi, magari improntati a scetticismi estremi o a nichilismi giuridici, per cui tutte le scelte registrate in materia devono essere poste sullo stesso piano, essere cioè sempre e comunque giustificate.

Ne consegue il bisogno di ragionevoli compromessi. A chiederli è un ordinamento democratico, costituzionale, laico e di diritto che, come tale, non si fa specchio di valori religiosi o secolarizzati infallibilmente presupposti. S'atteggia invece a organo improntato a un sostenibile e pragmatico pluralismo etico, il più possibile inclusivo e non escludente. In questi casi la politica legislativa è sottoposta al vaglio delle verità (con la minuscola) costituzionali che, senza sorvolare sulla mischia dell'esperienza empirica, sono indefinitamente perfezionabili. Il che premette la ricerca di mediazioni valutabili al lume di seri tentativi di falsificazione e severi processi conoscitivi per prova ed errore *sine praeiudicio melioris sententiae*. Quello che in effetti è mancato nel processo di elaborazione della legge 40/2004: qui il compromesso è stato trovato a un livello talmente basso da creare irragionevoli e sproporzionati sbilanciamenti.

3. Irragionevoli compromessi

Già dal primo articolo la formula legislativa del 2004 si pone sulla difensiva. Lo fa mettendo in guardia i consociati dalle pratiche eugenetiche, dalle sperimentazioni non rispettose della dignità degli embrioni e dalla possibilità che in futuro la dissociazione tra atto sessuale e procreazione in provetta si attesti come un'opzione da esercitare anche fuori dei casi patologici e di necessità. Il risultato è che la fecondazione omologa è ammessa entro notevoli limiti, mentre quella eterologa è assolutamente vietata. L'esito eticamente partigiano si palesa però con più evidenza in un'altra attestazione di principio contenuta nel medesimo articolo e volta a tutelare «tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». Di modo che quest'ultimo diventa soggetto di diritti fondamentali, a cominciare da quelli alla vita, alla personalità, quindi alla nascita; sempre e comunque rispettosa dello stato di natura. Nel prendere partito a favore dell'etica cattolica, la legge del 2004 si schiera così contro un risalente e consolidato orientamento della Corte costituzionale, come impostato nel 1975²² e solcato tre anni dopo dall'intervento

²⁰ *Ivi*, n. 2377.

²¹ *Ivi*, n. 2378.

²² Corte cost. 18 febbraio 1975, n. 27.

del legislatore²³: per cui, non essendo il feto ancora una persona, i suoi diritti arretrano davanti alla tutela della salute della gestante, che persona lo è già.

I principi di cui all'art. 1 si declinano nelle successive disposizioni. Sono non a caso almanaccate da una serie di divieti, dal cui sfondo politico affiora la tendenza a conferire una impronta quasi teologale al diritto statale. Ciò spiega la discesa in campo della gerarchia ecclesiastica nella campagna elettorale per la consultazione referendaria del 2005, ideata per l'abrogazione della legge 40/2004. La Conferenza episcopale italiana sfrutta l'agone elettorale per difendere l'impianto legislativo. Lo fa mediante una strategia comunicativa senza precedenti: non dà indicazioni sul voto, invita bensì a disertare le urne per impedire il raggiungimento del numero minimo degli aventi diritto, soglia costituzionalmente necessaria affinché il referendum *ex art. 75 Cost.* produca effetti²⁴. E si comprende con altrettanta evidenza perché, raggiunto l'obiettivo del fallimento del quorum, l'attenzione della gerarchia abbia poi virato in direzione dei giudici.

Lo attestano convinti sostenitori della legge del 2004, per cui le vicende giurisprudenziali successive all'entrata in vigore palesano una «antinomia tra Parlamento e magistratura, che ha smontato molto di quanto il Parlamento ha deciso e il popolo lasciato intatto con il referendum (che fu una grande prova di unità dei cattolici in politica)»²⁵. L'occasione è propizia anche per precisare che quella «legge intendeva aiutare le coppie sterili ad avere un figlio tutelando la salute della donna, la dignità dell'embrione e la coesione della famiglia, e ponendo un criterio etico alla ricerca»²⁶.

In realtà, sotto l'imperativo del divieto di denegata giustizia, i giudici non hanno potuto esimersi dall'applicare, e dunque interpretare, la legge in questione. Il che, a sua volta, ha determinato già in sede di corti di merito l'emersione di insuperabili incongruenze, frutto di un'indole normativa eminentemente confessionista e irragionevolmente dirigista²⁷.

4. Di là dell'esperienza

La riprova giunge dagli artt. 13 e 14 della legge 40/2004: il primo pone un «divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale che non sia finalizzata alla tutela dell'embrione»; il secondo prescrive di non creare un numero di embrioni superiore «a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre». Disposizioni, queste, che si raccordano con quelle relative al congelamento in azoto liquido e ai tempi per l'impianto: in casi di necessitata crioconservazione il trasferimento degli embrioni nell'utero deve essere realizzato «non appena possibile». La legge del 2004 si candida in tal modo a produrre contrasti con la Carta del 1948. Sono sanabili solo a costo

²³ Legge 22 maggio 1978, n. 194, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*.

²⁴ Si veda per tutti il Comunicato della CEI, *Legittimo non partecipare al voto referendario sulla legge 40*, in *SIR-Servizio Informazione Religiosa*, 15 marzo 2005.

²⁵ Così P. BINETTI in E. NEGROTTI, *Procreazione. Legge 40, provetta, vita umana: cosa resta 15 anni dopo il referendum*, in *Avvenire*, 18 giugno 2020.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Si veda, ad esempio, il Trib. Cagliari, 24 settembre 2007, poi seguito da Trib. Firenze, 17 dicembre 2007 e recepito dal ministero della Salute nelle nuove linee-guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, art. 7, L. n. 40/2004, emanate il 30 aprile 2008.

di ermeneutiche costituzionali improntate a quadri etici univoci e religiosamente orientati. Fuori da queste ipotesi, molte formule legislative del 2004 non superano il test del diritto all'eguale libertà, pilastro portante del modello di ordinamento che opera nella cornice ragionevole di un prudente e democratico relativismo.

Opera cioè nell'ottica del «compromesso nella formazione della volontà generale», mettendo «in secondo piano ciò che separa gli elementi da unire, in favore di ciò che li unisce»²⁸. La legge 40/2004 è invece frutto di una volontà maggioritaria che privilegia una delle concezioni di bioetica in campo, escluse le altre. Il risultato è un accordo di parte completamente disgiunto dall'accordo più generale sul ruolo, sul senso e sul significato della Costituzione: elementi che, tenendo assieme maggioranza e minoranze, giustificano gli interventi legislativi²⁹. La legge in questione ha in altri termini disatteso l'essenziale promessa delle democrazie costituzionali³⁰, per cui la maggioranza si impegna a rispettare l'uguaglianza e la dignità delle minoranze, tutelandole contro le presunzioni della «nuda forza della società»³¹. Una forza che porta le libertà fondamentali ad essere assoggettate alla sovranità del Parlamento a scapito di quella degli individui. In lingua costituzionale, l'impostazione della 40/2004 si scosta da una lettura razionale degli artt. 3 e 32 Cost., ai sensi dei quali la legge non può superare i limiti imposti dal rispetto della persona umana³².

A sancirlo è la decisione della Consulta del 2009 che, attenta all'effetto pratico dei fatti normativi, registra una improvvida invasione del legislatore del 2004 nel campo della comunità scientifica e della professionalità medica. Al punto che l'incursione, transcendendo la concreta fatica dell'esperienza, finisce per impattare non solo sulla salute della donna ma, con strabilianti effetti di eterogenesi dei fini, anche su quella del feto³³. Detto con le parole della Corte, la legge «non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento»³⁴. Non gli consente in particolare di individuare, caso per caso e al lume della pratica medica, il numero di embrioni ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita. Il che costringe gli operatori sanitari a non ridurre al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto, come i principi costituzionali e la deontologia professionale imporrebbero³⁵. Ecco spiegato il contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost.: da un lato, riservando «il medesimo trattamento a situazioni dissimili», si crea un vulnus sotto il duplice profilo del principio di

²⁸ Come già scriveva H. KELSEN, *La democrazia*, Bologna, 2001, 151.

²⁹ C.R. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, 2009, 74.

³⁰ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge-Mass, 1977, trad. it. a cura di G. REBUFFA, *I diritti presi sul serio*, Bologna, il Mulino, 1982, 292. Nello stesso senso P. HÄBERLE, *I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo*, in M. LUCIANI (a cura di), *La democrazia alla fine del secolo*, Roma-Bari, 1994, 97. Sul punto anche M. PEDRAZZA GORLERO, *L'eguaglianza fra libertà e convivenza*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Principi dell'89 e costituzione democratica*, Padova, 1991, 113 ss.; A CAVARERO, *Il modello democratico nell'orizzonte della differenza*, in *Democrazia e diritto*, 2, 1990, 238 ss.

³¹ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 2008, 115.

³² Per dirla con le parole di Luigi Ferrajoli, la maggioranza si appropria della sfera dell'indicibile costituzionale; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit., 19-44 nonché 92.

³³ Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

ragionevolezza e di quello di uguaglianza³⁶; dall'altro, si legittima un «pregiudizio» nei confronti della «salute della donna ed eventualmente – come si è visto – del feto»³⁷.

La legge 40/2004 è pertanto dichiarata incostituzionale con riferimento al numero degli embrioni da impiantare nell'utero e nella parte in cui non prevede che il loro trasferimento debba essere effettuato indipendentemente dalle condizioni di salute della persona che aspira alla gestazione³⁸. La Consulta introduce così una deroga al divieto sancito, in via generale, nel comma 1 dell'art. 13 della legge 40/2004. Lo fa alla luce della necessità del ricorso alla citata tecnica di crioconservazione, nei centri di procreazione medicalmente assistita, con riguardo agli embrioni prodotti ma non impiantati³⁹.

Incurante delle evidenze empiriche, la formula legislativa del 2004 genera anche cortocircuiti legali con gli orientamenti del giudice sovranazionale. Quelli in particolare solcati dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), a cominciare dalla sentenza *Costa e Pavan c. Italia* del 2012, in cui il giudice non può non constatare l'incoerenza del sistema legislativo italiano: un sistema che, per un verso, vieta l'impianto dei soli «embrioni non affetti dalla malattia» e, per l'altro, autorizza la gestante «ad abortire un feto affetto da quella stessa patologia»⁴⁰. Maggiormente tutelato quando si trova in vitro, l'embrione vede così ridimensionare i margini di protezione quando diventa feto nel ventre della donna, alla quale è comunque riconosciuta la possibilità di accedere all'interruzione volontaria della gravidanza nei limiti e con i modi previsti dalla legge 194/1978⁴¹. Piove e non piove, avrebbe chiosato Wittgenstein.

Va anche notato che nel frattempo la Corte europea ha emesso decisioni riguardanti il caso *S.H. et al. c. Austria* dove, riconoscendo agli Stati membri un certo margine di apprezzamento, si sottolinea il bisogno di aggiornare le legislazioni in ambito di procreazione medicalmente assistita, e di farlo alla luce dei continui cambiamenti scientifici⁴². Ma se i legislatori non intervengono o intervengono in modo sbilanciato? La risposta, manco a dirlo, giunge dal potere normativo del giudice che, con riferimento all'Italia, è non a caso intervenuto sul dettato legislativo del 2004. Lo ha fatto attraverso il filtro di interpretazioni costituzionalmente orientate, talvolta stimolate dalla giurisprudenza convenzionale. Si sono così affermate tendenze che, nel rimarcare la necessità costituzionale di una disciplina in materia di procreazione assistita⁴³, hanno incanalato il materiale legislativo del 2004 verso la tutela della

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Come si ribadirà poi in Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84.

⁴⁰ Corte EDU 28 agosto 2012, Ric. n. 54270/10, p.to 64.

⁴¹ Sul punto A. IANNUZZI, V. ZAMBRANO, *Sentenza Costa e Pavan: il giorno dopo. L'emersione del «desiderio» di concepire un figlio sano come paradigma delle interazioni tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Costituzionalismo.it*, 2014; A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Tribunale di Roma, I sezione Civile, che da "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan*, in *Diritticomparati.it*, 2013.

⁴² Corte EDU, 1 aprile 2010, Ric. n. 57813/00; Corte EDU (Grande camera), 3 novembre 2011, Ric. n. 57813/00.

⁴³ La natura costituzionalmente necessaria della disciplina in suddetta materia è stata affermata espressamente nel giudizio di ammissibilità del citato referendum del 2005, di cui a Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 49. Sul punto M. AINIS (a cura di), *referendum sulla fecondazione assistita*, Milano, 2005.

pluralità dei diritti e degli interessi in gioco, soppesandoli sulla bilancia di laiche e ragionevoli considerazioni⁴⁴.

L'evento normativo del 2004 ha in altre parole avuto il merito di coprire un vuoto legislativo sulle questioni di inizio vita, in cui si registrano varietà di beni bisognevoli di sostenibili bilanciamenti. Come però si è notato, il legislatore, scegliendo la strada di una bioetica di parte e partigiana, ha spalancato le porte all'irragionevolezza⁴⁵. Tanto più evidente alla luce di una laica bioetica costituzionale⁴⁶, sotto la cui vigenza si dichiara, tra l'altro, illegittima la parte della legge 40/2004 volta a sancire il divieto assoluto di accesso alle tecniche di fecondazione assistita di tipo eterologo⁴⁷. In questo ambito, precisa la Consulta, il legislatore non deve astenersi dall'intervenire. L'intervento deve però solcare percorsi giuridici improntati alla dignità delle persone, a un concetto laico e secolarizzato di sacralità della vita e, come si diceva, al pluralismo cultural-religioso: ciò che, non a caso, si attesta come principio supremo, come cioè canone interpretativo di altre disposizioni sancite dalla Costituzione e, quindi, anche dalle leggi e dagli atti aventi forza di legge. Motivo per cui il legislatore deve rifuggire da scelte radicali che, insistendo unidirezionalmente su date visioni etiche, creano i presupposti per comprimere in modo eccessivo gli spazi di autodeterminazione delle persone. Una lesione tanto più marcata quanto più esposta ai principi di ragionevolezza e di proporzionalità consentanei, appunto, a quello di laicità⁴⁸. Si comprende in tal modo perché, oltre a ledere i diritti fondamentali della coppia destinataria della legge 40/2004, l'assolutezza del divieto di fecondazione eterologa non trovi giustificazione «nella esigenza di tutela del nato»⁴⁹.

5. La ricerca scientifica

La linea di composizione dei diritti e degli interessi bioeticamente rilevanti si colloca nell'area del potere legislativo, interprete della volontà della collettività. In questa veste deve tradurre sul piano normativo il bilanciamento tra principi fondamentali e supremi in conflitto. Lo deve fare tenendo conto delle istanze e delle tendenze maggiormente radicate «nella coscienza sociale»⁵⁰. Il che non esclude un controllo di ragionevolezza, come ha fatto il suo custode⁵¹ quando ha dichiarato illegittima la

⁴⁴ A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in L. CHIEFFI, S. HERNÁNDEZ, JOSÉ RAMÓN (a cura di), *Questioni di inizio vita: Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, Milano, 2015, 179-2010.

⁴⁵ Sul punto, tra gli altri, già M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.*, 2004, 3, 453; C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della Legge 40/2004, recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2004, 501; A. PATRONI GRIFFI, *L'embrione umano: dimensione costituzionale, modelli legislativi e bilanciamenti ragionevoli, relazione al convegno Quale statuto per l'embrione?*, in *forumcostituzionale.it*, 9 giugno 2005.

⁴⁶ L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, XVI.

⁴⁷ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162.

⁴⁸ Come si è cercato di spiegare in F. ALICINO, *Laicità e bilateralità a trent'anni dalla sentenza madre. I test dell'Islam italiano e dell'ateismo militante*, in *Rivista telematica (www.statoe.chiese.it)*, 1, 2021, 21-42.

⁴⁹ Corte cost., n. 162/2014.

⁵⁰ Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84.

⁵¹ A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Roma, 2000.

disposizione che comprime la possibilità per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche di ricorrere alle tecniche di procreazione assistita: una dichiarazione sostenuta dal fatto che queste stesse malattie corrispondono ai criteri di gravità per accedere legalmente all'aborto terapeutico⁵².

Specchio di stati diffusi di *wishful thinking* bioeticamente orientati, la disciplina del 2004 viola il canone di razionalità dell'ordinamento⁵³. Innanzi a questo vulnus, la Corte costituzionale ha il potere-dovere di rimediare. Lo può fare nei limiti di un sistema di regole di convivenza che qualifica i fatti (normativi ed empirici) al lume della ragione costituzionale⁵⁴. Elimina perciò le barriere che impediscono alle coppie affette da patologie ereditarie di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, inclusa l'analisi preimpianto. Al contempo sottolinea l'importanza del ruolo del legislatore, chiamato a introdurre specifiche discipline al fine dell'auspicabile individuazione delle patologie che giustifichino l'accesso⁵⁵. Ne consegue l'"invito" della Corte costituzionale⁵⁶ al Parlamento affinché intervenga con apposita normativa sul divieto assoluto, previsto dall'art. 13 della legge 40/2004, «di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso». Un intervento necessario *a fronte* della citata deroga introdotta dalla stessa Corte al divieto generale di crioconservazione degli embrioni nei casi in cui il medico rilevi fondati rischi per la salute della donna nel procedere al loro impianto⁵⁷. L'azione del legislatore è insomma necessitata per *far fronte* a situazioni caratterizzate da valutazioni divisive sul piano etico e scientifico, ciò che a volte si traduce nella tragicità delle scelte: quella di rispettare il principio della vita che si racchiude negli embrioni congelati affetti da patologia genetica e, quindi, non più impiantabili; e quella volta a favorire la ricerca biomedica su questi stessi embrioni in funzione della prevenzione e della cura di stati patologici e sanitari, compresi quelli cronici e terminali. Scelte, queste, rese ancor più drammatiche dal fatto che il materiale criocongelato è sovente destinato alla distruzione.

Come sottolinea la decisione delle Corte EDU *Parrillo c. Italia* del 27 agosto 2015⁵⁸, tale dilemma non trova soluzioni nel sistema convenzionale, rispetto al quale i documenti di diritto comparato registrano posizioni e tendenze non uniformi: a Stati che hanno adottato un approccio permissivo⁵⁹ si contrappongono Paesi che vietano espressamente qualunque ricerca sulle cellule embrionali⁶⁰ o, ancora, quelli che la consentono ma a condizioni rigorose⁶¹. Motivo per cui la Corte di Strasburgo ha ritenuto che l'Italia non abbia ecceduto il margine di discrezionalità di cui gli ordinamenti statali godono in questo ambito⁶². Del resto, l'altro grado di tecnicità della materia si riflette anche nella possibilità di una serie di opzioni intermedie che, nell'ottica del bilanciamento dei diritti e degli interessi in gioco, unicamente il legislatore può valutare. Il che, ad esempio, s'impone in ordine: alla utilizzazione a fini di ricerca dei soli embrioni affetti da malattia, ai criteri di individuazione degli embrioni scientificamente non

⁵² Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Corte cost., n. 162/2014.

⁵⁵ Corte cost., n. 96/2015.

⁵⁶ Corte cost., n. 84/2016.

⁵⁷ Corte cost., n. 151/2009.

⁵⁸ Grande Camera, Ric. n. 46470/11.

⁵⁹ *Ivi*, par. 176.

⁶⁰ *Ivi*, par. 177.

⁶¹ *Ivi*, par. 178.

⁶² *Ivi*, par. 197.

biopsabili, alle finalità della ricerca suscettibili di giustificare il sacrificio dell'embrione, alla eventualità di un previo periodo di crioconservazione, alle cautele più idonee a evitare la commercializzazione degli embrioni residui, all'opportunità di un interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell'embrione e di sua destinazione alla sperimentazione⁶³. Onde tuttavia evitare cadute in insanabili incongruenze, il legislatore deve tener conto dell'evoluzione tecnico-scientifica, attingendo eventualmente all'esperienza di «discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa»⁶⁴. Per via giurisprudenziale iniziano così ad emergere gli elementi di una bioetica costituzionale che, assoggettando a dignità logica i diritti della persona e i progressi della scienza, si apre all'insegnamento derivante dalla comparazione con altre esperienze giurisdizionali.

6. Natura, famiglia e procreazione

Si concepita, la bioetica costituzionale cerca di indirizzare la disciplina legislativa in modo da renderla idonea al governo degli avanzamenti scientifici e tecnologici. Lo fa attraverso la giurisprudenza e nell'ambito di sostenibili bilanciamenti, come tali prudentemente inclusivi rispetto alla pluralità dei quadri etici. È l'unico modo per farli coesistere tollerabilmente gli uni accanto agli altri. Tanto più alla luce dell'attuale rivoluzione medico-scientifica, il cui impatto è tale da bypassare lo spazio e il tempo, le due categorie antropologicamente rappresentative delle forme apriori dell'umano, per dirla con Kant.

Questi cambiamenti mettono infatti in discussione il detto biblico del «tutto ha il suo momento, e ogni evento ha il suo tempo sotto il cielo. C'è quindi un tempo per nascere e un tempo per morire»⁶⁵. E, si potrebbe aggiungere, c'è anche un tempo per contrarre matrimonio, un altro evento essenziale dell'esistenza per una vastissima categoria di persone, dalla quale, manco a dirlo, affiorano visioni cultural-religiose differenti. Alcune si sono tradotte in domande di riconoscimento legale di famiglie diverse da quella tradizionale cui, d'altra parte, si è opposta l'esigenza di preservazione di modelli naturali di sessualità e vita coniugale. Ciò ha finito per interrogare la razionalità costituzionale, determinando nuovamente la scesa in campo del suo massimo interprete e custode. Attraverso gli orientamenti del 2014-2015 lo vediamo ancora una volta alle prese con le tematiche bioeticamente sensibili proprie della procreazione assistita, nel loro dialettico confronto con le discipline del matrimonio e della famiglia.

Il nesso è in prima istanza determinato dalla «fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi» della coppia nel «diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli»⁶⁶: le limitazioni a tale libertà possono, anzi devono, essere sancite dal legislatore, ma «devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango»⁶⁷. La Consulta s'appiglia così a un modello di famiglia frutto, sembrerebbe, di una interpretazione evolutiva della

⁶³ Corte cost., n. 84/2016.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Qoelet* 3:1-2.

⁶⁶ Corte cost., n. 162/2014.

⁶⁷ *Ibid.*

Carta del 1948. Laddove, all'opposto, una lettura originalista esalta l'impostazione confessionalmente orientata. Quella che, con una parte non trascurabile dell'Assemblea costituente degli anni Quaranta del secolo scorso, s'impronta alla concezione dello stato di natura come definito dalla Chiesa cattolica⁶⁸. La quale, non a caso, si ritiene massimo interprete della «famiglia come società naturale fondata sul matrimonio» (art. 29 Cost.). Tanto che, nei decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, la Chiesa si fa carico di contrastare tendenze che s'orientano verso la privatizzazione e la secolarizzazione dell'istituzione familiare: lo sono, ad esempio, quelle impresse dalla legge n. 898/1970 che disciplina i casi di scioglimento delle unioni matrimoniali. Una legge, è bene ricordarlo, che alla prova dei fatti non ha sponsorizzato un esasperato individualismo incurante dei doveri di solidarietà e delle relazioni con l'altro. Ha invece spostato l'attenzione dall'atto al rapporto matrimoniale, e senza per questo dimenticare che il primo rimane il presupposto per la nascita e la vita (giuridica) del secondo.⁶⁹

L'impressione a favore di una ermeneutica costituzionale evolutiva è tuttavia attenuata dalla decisione della Consulta del 2019, saldamente attestata sull'idea tradizionale di famiglia naturale: quella che, composta da un padre e una madre, si candida ad essere unica beneficiaria delle possibilità dischiuse dalle tecniche di procreazione medicalmente assistita⁷⁰. Queste possibilità, chiarisce la Corte, implicano una scissione tra atto sessuale e atto procreativo. Mediata dall'intervento medico, la scissione genera a sua volta un interrogativo: è configurabile, e con quali limitazioni, un diritto a procreare, a diventare cioè genitori? Un quesito che, investendo non solo l'an e il quando ma anche il *quomodo*, si declina in altro modo: è configurabile, e con quali limitazioni, un diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale? Si tratta insomma di stabilire se, attraverso i cambiamenti imposti dalla scienza e dalle odierne forme di globalizzazione, pure legate ai progressi scientifici, il desiderio di avere un figlio tramite l'uso delle tecnologie mediche meriti di essere soddisfatto, o se sia invece giustificabile la previsione di limiti più o meno assoluti a tali pratiche⁷¹.

Le soluzioni adottate in questo ambito dalla legge 40/2004 sono, come si è notato, di segno restrittivo: queste tecniche devono essere considerate come rimedio alla sterilità o infertilità umana avente cause patologiche non altrimenti rimovibili; non possono assurgere a modalità di realizzazione del desiderio di genitorialità alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati. A queste limitazioni si sommano quelle determinate dalla struttura del nucleo familiare. Il modo di concepirla spiega l'intento del legislatore del 2004. È improntato a modello di famiglia caratterizzata «dalla presenza di una madre e di un padre»⁷². Ciò si riverbera sul versante sanzionatorio che, prendendo corpo per via amministrativa e pecuniaria (da 200.000 a 400.000 Euro), colpisce chi applica tecniche di procreazione assistita a: coppie formate da persone dello stesso sesso,

⁶⁸ Da cui la «contraddizione», secondo le parole di Piero Calamandrei, che «sorge dal matrimonio, cioè, in sostanza, da un negozio giuridico»; *Assemblea Costituente*, seduta del 23 aprile 1947. Sul punto, tra gli altri, R. BIN, *La famiglia alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, per cui le espressioni ivi richiamate riflettono «attributi tra loro incompatibili» (1068).

⁶⁹ N. COLAIANNI, *La lotta per la laicità. Stato e Chiesa nell'età dei diritti*, Bari, 2017, 227-230.

⁷⁰ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

soggetti non entrambi viventi, minorenni, non coniugati e unioni non connotate da convivenze⁷³. Contraria ad attività sostitutive della copula naturale, la normativa esclude dalla fecondazione artificiale single, omosessuali, non conviventi e inseminazione *post mortem*⁷⁴.

Da parte sua la Corte costituzionale ribadisce che la Carta del 1948 «non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli»⁷⁵. D'altro canto, gli atti volitivi diretti al progetto genitoriale non possono esplicitarsi senza limiti⁷⁶. Devono essere bilanciati con altri interessi costituzionalmente protetti. Tanto più quando si discute della scelta di ricorrere a tecniche di procreazione assistita che, alterando le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui, aprono «scenari innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale»⁷⁷. Paradigmi attorno ai quali, si tiene a precisare, si «è evidentemente costruita la disciplina della famiglia e del matrimonio di cui agli artt. 29, 30 e 31 Cost.»⁷⁸.

7. Adozioni e maternità surrogata

Tutto ciò suscita altri dilemmi di ordine etico⁷⁹. La globalizzazione ha in particolare favorito l'emersione di quelli che attengono alla gestazione per altri, nota anche come maternità surrogata. Si tratta di una pratica utilizzabile da coppie eterosessuali o omosessuali, anche maschili, con la quale una donna accetta di farsi impiantare un ovulo fecondato e di portare avanti la gravidanza per poi consegnare il figlio a una coppia o anche a un singolo⁸⁰. La legge 40/2004 la sanziona anche sul piano penale⁸¹. In altri ordinamenti è invece consentita e regolata. Lo è sia per le coppie eterosessuali, che possono farvi ricorso quando la donna non è in condizione di portare avanti la gravidanza, sia per le coppie omosessuali, comprese quelle formate da due uomini. Può essere praticata utilizzando il seme di uno dei componenti della coppia, che mantiene così il legame genetico con il nato. Ma prende anche corpo attraverso forme di fecondazione eterologa, facendo quindi ricorso al seme di un donatore. Molti dei suddetti ordinamenti si preoccupano di disciplinare le modalità per ottenere – talvolta in modo automatico, talvolta mediante una decisione giudiziale – l'atto di nascita con cui al padre e alla madre di intenzione (che cioè non vanta legami genetici con l'infante) è riconosciuto lo status legale di genitore⁸². Importante notare quanto affermato dalla Corte di Cassazione con riguardo all'affidamento del minore nato da una precedente relazione eterosessuale, dopo la manifestazione dell'omosessualità della

⁷³ Art. 12 Legge n. 40/2004.

⁷⁴ Su cui già M.R. MARELLA, *Esercizi di biopolitica*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1, 2004, 4.

⁷⁵ Corte cost., n. 221/2019.

⁷⁶ Corte cost., nn. 162/2014 e 221/2019.

⁷⁷ Corte cost., n. 221/2019.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Su cui, tra gli altri, K. ZEILER, A. MALMQUIST, *Lesbian Shared Biological Motherhood: The Ethics of IVF with reception of oocytes from partner*, in *Med Health Care Philos*, 17(3), 2014, 347-55.

⁸¹ Art. 12, comma 6: «[c]hiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

⁸² V. BARBA, *Tecniche procreative, genitorialità e interesse del minore*, in A. CORDIANO, R. SENIGAGLIA (a cura di), *Diritto civile minorile*, Napoli, 2022, 125 e 154.

madre e l'instaurazione, da parte sua, della convivenza con altra donna. La Suprema Corte ha rilevato che per questo tipo di convivenza non è configurabile un divieto costituzionale di accogliere e generare figli: non esistono certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del bambino in una siffatta unione abbia ripercussioni negative sul piano educativo e sullo sviluppo della sua personalità. Allo stato delle attuali conoscenze, la dannosità di tale inserimento, se esiste, non può essere dimostrata⁸³. Per la Corte costituzionale tale orientamento non esclude la validità del divieto della maternità surrogata, come imposto dal legislatore del 2004⁸⁴. La Consulta lo afferma sottolineando la differenza tra adozione e procreazione medicalmente assistita posta al servizio della gestazione per altri: la prima presuppone l'esistenza in vita dell'adottando e non serve per dare un figlio a una coppia, bensì per dare una famiglia al minore; la seconda dà corpo ad aspirazioni genitoriali, serve a dare un figlio non ancora venuto ad esistenza a una coppia o a un singolo⁸⁵.

Fatta questa premessa, il giudice costituzionale osserva che l'interesse del minore va comunque tutelato. Ciò legittima il ricorso a istituti quali l'adozione in casi particolari,⁸⁶ appositamente ideati per dare veste giuridica a legami che si sono istaurati in via di fatto⁸⁷: una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con il genitore intenzionale, è ben possibile⁸⁸, soprattutto quando occorre attenuare il divario tra realtà fattuale e realtà legale. Le forme per attuarla vanno però rintracciate nel «piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore»⁸⁹.

In attesa che la macchina parlamentare scelga tra le possibili alternative, le Sezioni Unite della Cassazione formulano un altro principio di diritto: il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui è stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto di cui all'art. 12 della legge 40/2004. Il divieto è posto a tutela della dignità umana della gestante ed è definito alla luce dell'istituto dell'adozione. In attesa di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non è tuttavia esclusa la possibilità di conferire rilievo al rapporto fattualmente stabilito. Il conferimento è possibile con il ricorso ad altri strumenti giuridici quali, appunto, l'adozione in casi particolari di cui all'art. 44 (comma 1, lett. d) della legge n. 184/1983⁹⁰: configurata come una clausola di chiusura, questa forma di adozione consente al minore di salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa⁹¹.

⁸³ Cass., Sez. I civ., 30 settembre 2016, n. 19599; Cass., Sez. I civ., 11 gennaio 2013, n. 601.

⁸⁴ Corte cost., n. 221/2019.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Su cui N. CIPRIANI, *Adozione in casi particolari*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, 2022, 25-46.

⁸⁷ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272.

⁸⁸ Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230, su cui M. PICCHI, *"Figli di un dio minore": quando lo status filiationis dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale)*, in *Forum quaderni costituzionali*, 2021; A. GIUBILEI, *L'aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali femminili*, in *Nomos*, 3, 2020; E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2021.

⁸⁹ Corte cost., n. 230/2020.

⁹⁰ Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193.

⁹¹ Cass., Sez. I civ., 22 giugno 2016, n. 12962.

Sulla stessa linea si trova la giurisprudenza della Corte EDU, dalla quale affiora una importante precisazione: l'adozione da parte della madre intenzionale può servire a tale scopo nella misura in cui la procedura sia rapida e la relazione con il minore non subisca alcuna interruzione. Il *best interests of the child* deve prevalere anche su norme imperative del singolo Stato⁹². Considerazioni, queste, che indirizzano il giudice delle leggi italiano a ricalibrare la sua giurisprudenza, tenendo anche conto del sopravvenuto riconoscimento del sistema convenzionale (disposizioni della CEDU come interpretate dalla Corte di Strasburgo) a fonte sub-costituzionale e interposta⁹³.

Sicché, nel marzo 2021 la Consulta stabilisce che l'adozione in caso di maternità surrogata dovrebbe «essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame», assai distante da quelle regolata per mezzo del citato art. 44 della legge 184/1983. Una norma, questa, che non accorda al minore lo status di figlio legittimo dell'adottante e non assicura la creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante⁹⁴. Il che è anche determinato dall'incerta incidenza operata dalla legge 10 dicembre 2012 (n. 219) recante disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali⁹⁵.

8. La società naturale e le formazioni sociali

Nessuna incertezza, invece, emerge dal Codice di Camaldoli del 1943, testo di riferimento dei deputati democristiani all'Assemblea costituente italiana. Per ovvie e legittime ragioni, qui si afferma una visione giusnaturalistica della famiglia, che «ha come base e sorgente il matrimonio, nel senso cristiano di unione giuridica e spirituale, perpetua, una e indissolubile per la procreazione e l'educazione della prole il mutuo aiuto e il rimedio alla concupiscenza»⁹⁶. Ne discendono a cascata altre impostazioni culturali, come emblematicamente schematizzate nei successivi quattro punti programmatici: «a) soltanto nell'unione matrimoniale c'è il diritto alla procreazione della prole; b) il divorzio come soluzione del vincolo è in ogni diritto inammissibile; c) il matrimonio cristiano come Sacramento è soggetto all'esclusivo regime della Chiesa, salva la competenza dello Stato per effetti meramente civili di esso; d) la distinzione fra figli legittimi e illegittimi non è una distinzione convenzionale, ma fondata nella natura delle cose»⁹⁷.

Anche a queste posizioni si deve la chiusura del legislatore che, dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975, ha impiegato altri quarant'anni per dare dignità normativa al principio per cui tutti i bambini,

⁹² Questo orientamento è espresso nel primo parere (richiesta n. P16-2018-001) della Corte EDU (adottato nell'esercizio della nuova competenza prevista dal Protocollo addizionale n. 16) che successivamente viene trasfuso nelle seguenti decisioni: 19 novembre 2019, *C. c. Francia e E. c. Francia*, Ric. nn. 1462/18 e 17348/18; 10 ottobre 2020, *D. c. Francia*, Ric. 11288/18.

⁹³ Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

⁹⁴ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33.

⁹⁵ Su cui *ex plurimis* P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. dir.*, 2013, 838; L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *N. giur. civ.*, II, 2013, 201; M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2013, 231; C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 2.

⁹⁶ Codice di Camaldoli, *Il Famiglia*, 1943, reperibile in <https://bit.ly/46laA4V> (ultimo accesso 28 gennaio 2023).

⁹⁷ *Ibid.*

compresi quelli illegittimi, «hanno lo stesso stato giuridico»⁹⁸ e che ciò risponde «all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio»⁹⁹. Ma ciò può anche aiutare a spiegare il tempo impiegato per introdurre nell'ordinamento una disciplina per unioni che, diverse da quelle tradizionali, comprendano le coppie omosessuali tutelando da irragionevoli distinzioni.

L'attenzione si focalizza sull'evento legislativo del 2016 (n. 76), definito nelle sue linee essenziali dalla giurisprudenza. Quella, in particolare, impostata con la sentenza del 23 marzo 2010 (n. 138) con cui il giudice delle leggi tiene assieme due ermeneutiche costituzionali: una informata all'interpretazione prevalentemente originalista, l'altra improntata alla tecnica interpretativa evolutiva propria della *living constitution*. Il che, peraltro, finisce per riflettersi sulla bioetica costituzionale e sul relativo dibattito giuspolitico. Un dibattito conteso fra il *favor religionis* e il *favor libertatis*: qui l'apertura nei confronti di nuovi modelli di unioni famigliari, incluse le coppie omosessuali; lì la visione confessionale dell'unione matrimoniale, connotata dalla procreazione della prole secondo gli stati della natura. E forse non è un caso se la distanza fra queste due prospettive sia stata rimarcata attraverso i sintagmi «società naturale» (art. 29 Cost.) e «formazione sociale» (art. 2 Cost.).

Quanto al primo, la Consulta lo spiega con il rinvio alla «(potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale»¹⁰⁰. La procreazione, si può aggiungere, è un elemento imprescindibile del matrimonio canonico, non per quello civile: basti dire che nell'ordinamento dello Stato tale finalità può essere volontariamente esclusa senza dar luogo a causa di nullità. Ciò non toglie, spiega la Corte costituzionale, che «i costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile». Lo certificano i «lavori preparatori dell'Assemblea», dai quali emerge l'intenzione del legislatore costituzionale di «sottolineare che la famiglia contemplata dalla norma aveva dei diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere»¹⁰¹. La frase contiene implicazioni tali da richiedere un lavoro, per dir così, di dissezione storica e concettuale.

Dalla disposizione di cui all'art. 29 Cost. emerge il legame tra famiglia e società naturale. Siamo innanzi alla classe degli enunciati che, in ragione di una più elevata carica di generalità e astrattezza¹⁰², covano sensi normativi più ampi e, di conseguenza, maggiori possibilità interpretative¹⁰³. Il giudice costituzionale li riempie calando il sintagma nel contesto culturale e semantico di origine, quello dell'Assemblea costituente. Veste in altre parole i panni dell'archeologo che, disseppellendo i citati lavori preparatori¹⁰⁴, rievoca le tipiche movenze dell'interpretazione originalista. Dà così voce alle donne e agli uomini che storicamente parteciparono alla redazione della Costituzione, scoprendo che «tennero

⁹⁸ Art. 315 c.c., come novellato dalla citata legge n. 219/2012.

⁹⁹ Art. 251 c.c., come novellato dalla legge n. 219/2012. Su cui R. PANE, *Delle adozioni e dintorni: spunti critici a margine della riforma della filiazione*, in R. PANE (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, Napoli, 2015, 213.

¹⁰⁰ Corte cost., 14 aprile 2010, n. 138.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Su cui già C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, spec. 181, nonché in anni più recenti A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *www.costituzionalismo.it.*, 30-5-2007, spec. 7.

¹⁰³ Sul punto si permetta inoltre il rinvio a F. ALICINO, *Souveraineté et séparation des Pouvoirs. Tra bouche de la loi e giusrealismo scettico*, in *Historia constitucional*, 11, 2010, 1-45, e alla bibliografia ivi pure riportata, <https://doi.org/10.17811/hc.v0i11.263>.

¹⁰⁴ Citati più volte nella sentenza in commento; Corte cost., n. 138/2010.

presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942», per cui i coniugi erano (e sono) «persone di sesso diverso»¹⁰⁵. E sono sempre i suddetti lavori preparatori ad evidenziare che «la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta»¹⁰⁶. Il risultato giuridico finale è che le coppie dello stesso sesso non possono accedere alla tutela di cui all'art. 29 Cost.

Non possono anche perché l'estensione della protezione costituzionale a casi e fenomeni non contemplati espressamente da riferimenti testuali segna una linea classica di giurisprudenza evolutiva imposta sulla *living constitution*, opposta a quella appena evocata. Fatto sta che anche la tecnica interpretativa di tipo evolucionista trova posto nel medesimo quadro decisorio del 2010. Solo che su questo versante ermeneutico a venire in rilievo non è il sintagma dell'art. 29. È invece quello di cui all'art. 2 Cost. che, alla maggior carica di astrattezza e generalità, accosta una più marcata neutralità sul piano cultural-religioso. Il che favorisce un diritto vivente sotto la cui vigenza vengono tutelate le coppie dello stesso sesso. Sono formazioni sociali, afferma la Consulta. In quanto tali, sono idonee «a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico»¹⁰⁷. A coloro che ne fanno parte spetta «il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»¹⁰⁸.

La Corte si rende conto dei danni sottesi a una visione dei principi e delle regole costituzionali cristallizzata all'epoca dell'Assemblea: dotati di duttilità, vanno invece «interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi»¹⁰⁹. Ma, in posizione intermedia fra originalismo ed evolucionismo, la Consulta tiene anche a precisare che questa duttilità non può «spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata»¹¹⁰. Quindi, interpretazione originalista per quanto concerne l'art. 29 ed ermeneutica evolucionista per quanto attiene all'art. 2. Se nel primo caso l'ambito applicativo della disposizione si restringe in ossequio al contesto e alla *mens et ratio legislatoris* del 1948, nel secondo si allarga a fatti non considerati meritevoli di specifica tutela al momento dell'approvazione. Per entrambe il *tempo* passato (per l'art. 29) e presente (per l'art. 2) diviene una componente immanente alle vicende interpretative riguardanti il matrimonio tradizionale e le unioni omosessuali¹¹¹. Per il primo esiste già il codice civile, quello approvato nel 1942. Dall'analisi del ruolo delle unioni dello stesso sesso affiora un vuoto legislativo che, come tale, deve essere riempito dal Parlamento, chiamato a individuare le forme concrete di garanzia e di riconoscimento, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni. Può infatti accadere che, in relazione a ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione delle coppie coniugate e quelle

¹⁰⁵ Corte cost., n. 138/2010.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Per dirla con E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, cit., 814, su cui A. LONGO, *La peculiarità ermeneutica della Costituzione nel tempo: quattro passi su una strada tortuosa*, in *ConsultaOnline*, 2014.

dello stesso sesso. Trattamento che, come nei casi afferenti alla procreazione assistita, la Consulta «può garantire con il controllo di ragionevolezza»¹¹².

Ciò spiega il monito nei confronti della macchina legislativa, naturale interlocutore del giudice delle leggi¹¹³. Il Parlamento rimane però inerte. Tanto che nel 2014 la Consulta interviene nuovamente. Lo fa non limitandosi alla esortazione¹¹⁴. Emanando bensì una pronuncia additiva di principio. E questo perché, nel vuoto normativo, il meccanismo di caducazione automatica del vincolo matrimoniale (c.d. divorzio imposto)¹¹⁵ produce effetti incompatibili con la nuova ermeneutica costituzionale, quella determinata dalla sentenza 138/2010 con riferimento all'art. 2 Cost.¹¹⁶. A sua volta, questo orientamento condiziona quello della Corte di Cassazione, nel caso di specie già giudice *a quo*: con l'obiettivo di dare concretezza alla declaratoria d'illegittimità costituzionale, riconosce i diritti e i doveri conseguenti al vincolo legittimamente contratto dai due ricorrenti prima della rettificazione del sesso di uno di essi¹¹⁷. La conservazione dello loro status giuridico pseudo matrimoniale ha tuttavia una scadenza, è cioè sottoposta a condizione temporale risolutiva. Quella che, com'è noto, si concreta un anno dopo con l'entrata in vigore della legge 20 maggio 2016 (n. 76)¹¹⁸, approvata peraltro a seguito della condanna della Corte EDU nel caso *Oleari c. Italia*¹¹⁹. Una legge questa che, sotto la pressione di interessi elettorali-speculativi improntati al "si fa ma non si dice", non manca di manifestare una inedita versione di truffa delle etichette¹²⁰.

9. Stepchild adoption e genitori d'intenzione

La vediamo affiorare dalle disposizioni connesse con la questione della *stepchild adoption*. Si tratta della possibilità che il genitore non biologico adotti il figlio, naturale o adottivo, del partner. È presente nella proposta di legge sulla disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso. Una parte della coalizione dell'allora maggioranza di governo non la vuole. Il riferimento a tale forma di adozione svanisce così dal testo poco prima della sua definitiva approvazione. È depennato assieme all'obbligo di fedeltà¹²¹: ciò che, sempre nell'ottica delle passioni mediatiche sottese al dibattito parlamentare, si

¹¹² Corte cost., n. 138/2010.

¹¹³ Come è stato in più occasioni definito dalla stessa Consulta.

¹¹⁴ Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170. Si veda anche Corte cost., *Riunione straordinaria del 12 aprile 2013. Relazione del Presidente prof. Franco Gallo*, cit., p.to 4, 8.

¹¹⁵ Artt. 2 e 4 della Legge 14 aprile 1982, n. 164.

¹¹⁶ Corte cost., n. 170/2014.

¹¹⁷ Cass., Sez. I civ., 21 aprile 2015, n. 8097/2015, spec.14-18.

¹¹⁸ *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, in *GU Serie generale* n. 118 del 21 maggio 2016.

¹¹⁹ Corte EDU, *Oleari ed altri c. Italia*, 21 luglio 2015, Ric. 18766/11, su cui si premetta il rinvio a F. ALICINO, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, in *Forumquadernicostituzionali*, 22 agosto 2015, e alla bibliografia ivi pure riportata.

¹²⁰ Sul punto già N. COLAIANNI, *La lotta per la laicità. Stato e Chiesa nell'età dei diritti*, cit., 241.

¹²¹ Su cui già Cass., Sez. I civ., 11 giugno 2008, n. 15557, per la quale l'obbligo di fedeltà è da «intendere non soltanto come astensione da relazioni sessuali extraconiugali, ma quale impegno, ricadente su ciascun coniuge, di non tradire la fiducia reciproca, ovvero di non tradire il rapporto di dedizione fisica e spirituale tra i coniugi, che dura quanto dura il matrimonio. In questo modo, il concetto di fedeltà si accosta a quello di "lealtà come emERGE dalla medesima sentenza: «[i]n effetti la nozione di fedeltà coniugale va avvicinata a quella di lealtà, la

giustifica per marcare la distanza tra le unioni omosessuali e il matrimonio tradizionale eterosessuale¹²². Per le prime rimane l'obbligo di assistenza morale e, soprattutto, il sorprendente comma 20 dell'art. 1 della legge 76/2016.

In esso si afferma che, al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi, «le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso»¹²³. Quindi, si applica anche alla disciplina delle adozioni in casi particolari, sembra affermarsi¹²⁴. Senonché, nella frase successiva si stabilisce che la disposizione ora evocata «non si applica alle norme del Codice civile non richiamate espressamente nella presente nonché alle disposizioni di cui alla legge n. 184/1983» la quale, tra le altre cose, regola le adozioni in casi particolari. Dunque, nessuna adozione per le unioni civili fra persone dello stesso sesso, parrebbe di capire. Vero, se non fosse per quanto disposto a chiusura del comma 20 dell'art. 1, in cui il legislatore del 2016 ribadisce che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». Pertanto, le coppie dello stesso sesso possono quantomeno usufruire dell'adozione di cui all'art. 44 della legge n. 184/1983 che, appunto, oltre che ai coniugi, consente l'adozione di minori a chi non è coniugato.

Insomma, un ballo di regole ed eccezioni, di brusche frenate e spinte in avanti, che raggiunge un solo risultato: passare nuovamente la palla nel campo della giurisprudenza. Lo attesta la sentenza del 30 dicembre 2022 delle Sezioni Unite della Cassazione (n. 38162). Le quali, registrata l'inerzia del legislatore innanzi ad un altro monito costituzionale (come contenuto nella sentenza del 2021)¹²⁵, si trovano a dover dirimere una controversia riguardante lo status del figlio di una coppia dello stesso sesso nato all'estero mediante maternità surrogata; una tecnica che, è bene ricordarlo, è sanzionata penalmente dalla legge 40/2004¹²⁶. Ed è così che, onde evitare di fare la fine dell'oca nell'omonimo gioco, le Sezioni Unite affermano la necessità di non lasciare i diritti dei bambini nati con tale tecnica indefinitamente sospesi. Nello specifico, le istanze giudiziali inferiori devono «ricercare nel complessivo sistema

quale impone di sacrificare gli interessi e le scelte individuali di ciascun coniuge che si rivelino in conflitto con gli impegni e le prospettive della vita comune. In questo quadro la fedeltà affettiva diventa componente di una fedeltà più ampia che si traduce nella capacità di sacrificare le proprie scelte personali a quelle imposte dal legame di coppia e dal sodalizio che su di esso si fonda».

¹²² E, come è stata osservato, «non è malizioso, vista la mediocrità che ha caratterizzato il dibattito parlamentare, avanzare il sospetto che si sia voluto conservare un'immagine libertina e licenziosa della l'Unione omosessuale rispetto al matrimonio etero sessuale»: N. COLAIANNI, *La lotta per la laicità. Stato e Chiesa nell'età dei diritti*, cit., 238.

¹²³ Art. 1, comma 20, Legge n. 76/2016.

¹²⁴ Art. 44 e ss. della Legge 4 maggio 1983, n. 184.

¹²⁵ Corte cost., n. 33/2021. Si veda sul punto l'ordinanza (Sez. Un. civ., ord. 29 aprile 2020, n. 8325) con cui le Sezioni Unite sollevano la questione di legittimità costituzionale relativamente all'art. 12 (comma 6) della 40/2004, su cui G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Luci e ombre nella recente pronuncia delle Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 337; G. RECINTO, *La decisione delle Sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere 'filiazione'*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 347; M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle sezioni unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore*, in *Famiglia*, 2019, 369

¹²⁶ Art. 12, comma 6, su cui *supra*.

normativo l'interpretazione idonea ad assicurare, nel caso concreto, la protezione dei beni costituzionali¹²⁷, tenendo conto delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza del giudice delle leggi¹²⁸.

Va notato che la decisione in questione riguarda un bambino nato in Canada mediante la gestazione per altri. A questa tecnica aveva fatto ricorso una coppia maschile di cittadini italiani uniti in matrimonio presso lo Stato canadese e con atto trascritto in Italia nel registro delle unioni civili in base alla legge 76/2016: una legge che, come notato con riferimento alle adozioni, è affetta da una patologica confusione. Non così per le Sezioni Unite, quantomeno riguardo alla maternità surrogata: questa «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, assecondando un'inaccettabile mercificazione del corpo»¹²⁹; ciò che porta ad escludere l'automatica trascrivibilità del provvedimento straniero e dell'originario atto di nascita in cui, oltre al padre biologico, è indicato quale genitore del bambino quello d'intenzione¹³⁰. Tutto questo, però, non toglie che il bambino nato con la gestazione per altri sia titolare del diritto fondamentale al «riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale»¹³¹. Ad imporlo è l'ineludibile esigenza di assicurare la tutela garantita ad altri suoi simili, e di farlo «attraverso l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983»¹³². Tanto più che, alla luce della normativa vigente, l'adozione rappresenta l'unico strumento in grado di dare riconoscimento legale al legame istaurato di fatto con il partner del genitore genetico, che «ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita»¹³³.

In sintesi, l'esclusione dell'automatica trascrivibilità del provvedimento straniero non cancella né affievolisce l'interesse superiore del bambino. Nei casi particolari, quali quello del progetto genitoriale determinato attraverso la gestazione per altri, l'adozione presuppone un accertamento sulla idoneità dell'adottante. Va da sé che una valutazione negativa non può fondarsi sull'orientamento sessuale del richiedente l'adozione e del suo partner.

10. Genitore di intenzione e reato di maternità surrogata

Nel frattempo sulla scena funambolica della politica italiana si insedia (elezioni del 25 settembre 2022) un nuovo Parlamento che, su punto, non manca di solcare la tendenza delle norme manifesto. Lo dimostra la proposta di legge n. 887 presentata alla Camera dei Deputati il 23 febbraio 2023¹³⁴. L'obiettivo è relegare la gestazione per altri nell'ambito dei reati universali, per cui gli autori di questa condotta potranno essere perseguiti per tutto il globo terraqueo. Le posizioni bioetiche e morali contro o

¹²⁷ Cass. Sez. Un. Civ., n. 38162/2022.

¹²⁸ Come, appunto, ricavabile da monito in Corte cost., n. 33/2021.

¹²⁹ Cass. Sez. Un. Civ., n. 38162/2022.

¹³⁰ Ancorché formato in conformità alla *lex loci*, l'atto di nascita deve essere delibato mediante i relativi procedimenti.

¹³¹ Cass. Sez. Un. Civ., n. 38162/2022.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Atto Camera 887 Varchi ed altri "Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano".

a favore della maternità surrogata si attestano così come ennesima occasione per piantare bandierine partigiane e ideologiche, ad uso e consumo di folle e tifoserie compiacenti.

Il punto di partenza della proposta n. 887 è il citato art. 12 della legge 40/2004 che, delineando il delitto di surrogazione di maternità, lo sanziona con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da seicentomila a un milione di euro. L'elevata pena pecuniaria trasmette l'idea non tanto di un mezzo di dissuasione del desiderio di genitorialità dei committenti, quanto di uno strumento legal-repressivo volto a contrastare l'esercizio economico organizzato della gestazione per altri. La pena detentiva, invece, si assesta entro una cornice edittale che colloca il delitto nella fascia medio-bassa di fattispecie per le quali sono possibili gli istituti deflattivi, che consentirebbero di non arrivare ad una sentenza di condanna, comunque di evitare la detenzione. Alla prova dei fatti l'articolo 12 della legge 40/2004 ha prodotto l'incremento del cosiddetto turismo procreativo, in virtù del quale coppie di aspiranti genitori, in maggioranza eterosessuali, fanno ricorso alla maternità surrogata recandosi all'estero. Per contrastarlo la proposta di legge n. 887 intende ampliare l'ambito di applicazione delle pene anche se la condotta è commessa in ordinamenti stranieri, compresi quelli in cui la surrogazione di maternità è regolamentata: Stati Uniti, Canada e Ucraina, ad esempio. Ne derivano insostenibili paradossi, offuscati dagli interessi di imprenditori del consenso, abili nell'ostentare mediaticamente la propria rettitudine morale contro una «esecrabile commercializzazione del corpo femminile e degli stessi bambini che nascono attraverso tali pratiche»¹³⁵. Resta che, sul terreno degli effetti concreti, la proposta rischia di tracciare percorsi inversi e produrre effetti giuridicamente distorsivi.

Alcuni emergono anche a seguito dell'emendamento n. 1.13 del 30 maggio 2023 che, approvato in sede referente dalla Commissione giustizia, confina il divieto di surrogazione di maternità ai soli cittadini italiani. Chi pensa che sia volto a rendere per la prima volta in Italia punibile il turismo procreativo si sbaglia. L'articolo 9 (comma 2) del codice penale stabilisce che i delitti comuni commessi all'estero da italiani e sanzionati con la reclusione inferiore a tre anni – è il caso dell'art. 12 della legge 40/2004 – possono essere legalmente perseguiti su espressa richiesta del Ministro della giustizia. A ribadirlo è la giurisprudenza della Cassazione¹³⁶, dallo sfondo della quale si staglia un'altra esecrabile contraddizione insita nella proposta legislativa in discussione.

Una proposta che, a ben guardare, mira a derogare il principio della doppia incriminazione, per cui nell'arena transnazionale un fatto è punibile quando definito come illecito penale nel territorio italiano e nel Paese nel quale è stato eseguito¹³⁷. È un principio che favorisce una ragionevole ed efficiente collaborazione giudiziaria fra Stati democratici. Tanto più importante in materia di surrogazione di maternità che, nel panorama comparato del costituzionalismo occidentale, si assoggetta a valutazioni etiche rimesse ai singoli ordinamenti. La loro diversità è un dato di realtà: non possiamo farci nulla, a meno di non voler rompere le relazioni con Stati come il Canada, l'America e l'Ucraina inserendoli in una sorta di lista nera¹³⁸. Al lume di queste considerazioni, la deroga al principio della doppia

¹³⁵ È quanto riferiva il 25 giugno 2023 alla Camera dei Deputati l'On. Maria Carolina Varchi, relatrice per la maggioranza della proposta di legge atto camera n. 887.

¹³⁶ Cass. Sez. III pen., 8 ottobre 2020, n. 5198; e Cass. Sez. IV pen., 5 aprile 2016, n. 13525.

¹³⁷ A. MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Torino, 2006, 282 ss.

¹³⁸ A. MANNA, *Rilievi critici sulla penale rilevanza tout court della maternità surrogata e sulle proposte governative di qualificarla come "reato universale"*, in *Sistema penale*, 18 luglio 2023.

incriminazione rischia di affermare l'universale punibilità della surrogazione di maternità solo in astratto e mai in concreto: è evidente la difficoltà dei giudici italiani nel dover sanzionare una siffatta condotta senza la cooperazione delle autorità estere, difficile da ottenere nel caso di Paesi in cui la gestazione per altri è legalizzata. Allo stesso modo, la deroga alla richiesta di cui all'articolo 9 (comma 2) c.p. rischia di impattare sui rapporti internazionali¹³⁹ che, in questi ambiti, richiedono canali comunicativi solcati da specifiche circostanze e da valutazioni politico-istituzionali degli organi governativi, nella specie il Ministro della giustizia¹⁴⁰.

A queste condizioni l'universale affermazione del reato di gestazione per altri equivale al pugno identitario che, sbattuto sul tavolo delle opzioni etiche, vuole ostentare il primato morale della giurisdizione italiana. Lo fa con effetti simbolici e propagandistici. Al punto che, incurante delle conseguenze pratiche dei fatti normativi, le ragioni della proposta di legge n. 887 restano in piedi solo in un orizzonte di scopi strumentali degli impresari del consenso, ai quali non per nulla si contrappongono giudici potenti: i primi usano la legge come corpi contundenti per alimentare battaglie culturali e corporative, i secondi sottolineano, a volte eccentricamente, il potere normativo insito nella funzione giurisdizionale. Lo testimoniano le vicende legate allo *status filiationis* di bambini nati, manco a dirlo, con le tecniche di procreazione medicalmente assistita e di gestazione per altri.

I certificati di nascita registrati con due mamme sono in contrasto con le leggi italiane, ha affermato la Procuratrice di Padova. Lo ha fatto nel periodo aprile-maggio 2023, quando notifica 33 atti giudiziari: solcando le decisioni della Cassazione, chiede al Tribunale del luogo la cancellazione dai suddetti documenti del nome della madre o del padre non biologici¹⁴¹. In precedenza il Prefetto, sollecitato da una Circolare del Ministro dell'interno (Dipartimento per gli affari interni e territoriali)¹⁴², aveva invitato tutti i Sindaci della provincia a rispettare la citata decisione del 30 dicembre 2022 (n. 38162) delle Sezioni Unite della Suprema Corte, che ha disconosciuto l'automatica trascrizione in Italia di dati anagrafici formati all'estero per figli di coppie omogenitoriali: «sono casi uguali», fa sapere la Procuratrice, «non c'è nessun motivo per differenziare»¹⁴³. In realtà la richiesta riguarda neonati venuti al mondo mediante tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. La sentenza delle Sezioni Unite è invece riferita a un bambino che, nato attraverso la gestazione per altri, è in possesso di un certificato di nascita emesso dalle autorità estere con cui si riconoscono come genitori sia il padre biologico che quello d'intenzione. L'elemento comune riguarda semmai gli adulti e non gli infanti. Riguarda, ad esempio, il fatto che alcune delle coppie in questione sono unite civilmente ai sensi della legge n. 76/2016. La distinzione fra le due fattispecie connota la decisione emessa negli stessi giorni

¹³⁹ Sul punto già M. PELLISERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei Deputati, in *Sistema penale*, 29 giugno 2023.

¹⁴⁰ Come affermò in una ordinanza la Corte cost., 25 maggio 1989, n. 289.

¹⁴¹ Si veda la richiesta della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Padova depositata il 16 maggio 2023, reperibile in <https://www.questionegiustizia.it/data/doc/3579/rettifica-atto-di-nascita-oscurato.pdf> (ultimo accesso il 25 luglio 2023).

¹⁴² Circolare n. 3/2023 del 19 gennaio 2023.

¹⁴³ Si veda ANSA, *Padova, la Procura dichiara illegittimo un atto nascita con 2 mamme. "Notifiche per 33 casi"*, 20 giugno 2023.

dal Tribunale di Milano¹⁴⁴. Qui si dichiarano inammissibili tre ricorsi della Procura per l'annullamento della trascrizione dell'atto di nascita di tre figli di altrettante coppie composte da donne che hanno fatto ricorso all'estero alla procreazione medicalmente assistita. In questa stessa sede è invece annullata la trascrizione del genitore d'intenzione: non può comparire nel certificato di nascita riguardante un minore nato all'estero attraverso la gestazione per altri¹⁴⁵.

Questi orientamenti rendono alquanto difficile l'individuazione di armoniche e ragionevoli costanti, oltremodo sacrificate sull'altare di interessi di parte e partigiani. Quelli che hanno caratterizzato gli interventi legislativi in materia di bioetica, su cui pesano i moniti dei giudici costituzionali e apicali. Sono rivolti al detentore della macchina normativa statale, chiamato ad adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini, compresi quelli nati mediante la surrogazione di maternità. E non pare che possa condurre a diverse conclusioni la decisione del 22 giugno 2023 della Corte EDU, con cui si dichiarano inammissibili una serie di ricorsi di coppie omogenitoriali ed eterosessuali, le quali chiedevano di condannare lo Stato italiano perché non permette di trascrivere all'anagrafe gli atti di nascita redatti a seguito del ricorso alla pratica di gestazione per altri: la Corte europea lascia al legislatore nazionale il diritto-dovere di tutelare i bambini nati con tecniche siffatte¹⁴⁶.

11. Ermeneutiche costituzionali a confronto

La valenza e l'impatto di questi orientamenti e dei relativi riverberi legislativi possono assumere una differente, o se si vuole più chiara, connotazione se comparati con coevi eventi giurisprudenziali registrati dall'altra parte dell'Oceano, dove il dibattito sulla disciplina delle materie eticamente e religiosamente rilevanti si intreccia con la lotta per l'interpretazione della Costituzione. Il che, fendendo la tendenza alla polarizzazione fra istanze liberal-progressiste e quelle conservatrici, irrompe nella discussione sul ruolo dei giudici supremi e apicali delle democrazie costituzionali.

Dall'ambito politico, passando da una sempre più pervasiva spettacolarizzazione mediatica, la tendenza alla polarizzazione della società americana ha difatti varcato le soglie dei tribunali. Ivi inclusa quella della Corte Suprema, affetta da una spaccatura tale da rievocare i tempi della fallita conferma (1987) di Robert Bork – l'antesignano degli odierni originalisti¹⁴⁷ – al supremo consesso giudiziale: scelto dal Presidente Reagan come successore di Lewis Powell, la nomina di Bork fu travolta in sede di conferma in Senato al termine di una campagna talmente intensa da lasciare tracce nel vocabolario inglese con un verbo di nuovo conio; *to bork*, appunto¹⁴⁸. Ora come allora approcci interpretativi di

¹⁴⁴ Si veda il Comunicato stampa del Tribunale di Milano "sulla trascrizione del riconoscimento di figli omogenitoriali" del 23 giugno 2023, firmati dal Presidente della Sezione VIII civile Giovanni Battista Rollero e dal Presidente del Tribunale Fabio Roia.

¹⁴⁵ Si veda sul punto Tribunale di Milano, Sez. III civ., sent. 24 aprile 2023, n. 562/2023. Per un primo commento si veda G.M. LOCATI, *Indicazione nell'atto di nascita del genitore intenzionale*, in *Questione giustizia*, 23 giugno 2023.

¹⁴⁶ Corte EDU, 22 giugno 2023, *Stefano Maurizio Bonzano ed altri c. Italia*, n. 10810/20.

¹⁴⁷ Per cui si rinvia a S.R. VINCETI, *L'originalista: l'interpretazione costituzionale nel pensiero e nella vita di Robert Bork*, in *DPCE online*, 2020, 4781-4816 nonché O. CHESSA, *La novità delle origini. Recenti sviluppi del pensiero originalista*, in *Diritto @ Storia*, 2014, 2, e ai riferimenti bibliografici ivi pure contenuti.

¹⁴⁸ Per l'*Oxford dictionary*, *borkizzare (to bork)* significa diffamare o vilificare sistematicamente qualcuno con l'obiettivo di renderne difficile la candidatura ad una carica pubblica: «obstruct (someone, especially a candidate

tipo originalistico ed impostazioni evoluzionistiche si contendono la scena giuspolitica. Una scena tanto più polarizzata quanto più connessa con le materie eticamente e religiosamente sensibili¹⁴⁹.

Basti dire di due recenti filoni giurisprudenziali capeggiati dalle decisioni *Obergefell v. Hodges* del 26 giugno 2015¹⁵⁰ e *Dobbs v. Jackson* del 24 giugno 2022¹⁵¹. La prima, sfruttando linee interpretative evolutive improntate alla *living constitution* e al *progressive constitutionalism*¹⁵², ha sancito il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso, valido per tutto il territorio federale. La seconda, attribuendo il potere di regolamentazione dell'aborto ai singoli Parlamenti statali, ha ribaltato il precedente di *Roe v. Wade* del 1973¹⁵³, considerato dagli esponenti dell'originalismo il manifesto dell'abuso di potere da parte del giudiziario¹⁵⁴. E non è certo un caso se l'arco temporale (2015-2022) disegnato dalle decisioni *Obergefell* e *Dobbs* sia stato marcato dalla prorompente figura di Donald Trump, sotto la cui amministrazione prende vigore una vecchia massima: se con presidenti, senatori e deputati è possibile influire sull'attività normativa della prossima legislatura, con la nomina a vita dei giudici della Corte Suprema è possibile influire sul diritto delle prossime generazioni¹⁵⁵.

12. La living constitution

Con la sentenza *Obergefell v. Hodges* nel 2015 la Suprema Corte stabilisce che la Costituzione americana garantisce alle coppie dello stesso sesso il diritto al matrimonio in tutti gli Stati Uniti d'America. Lo fa senza denigrare la tesi di chi, in base a convinzioni religiose o filosofiche, ritiene il matrimonio omosessuale un affronto ai diritti naturali. Tuttavia, aggiunge la Corte, quando questa sincera posizione diventa legge approvata a maggioranza, l'immediata conseguenza è un imprimatur normativo che, imponendosi in modo non inclusivo, rischia di comprimere il pluralismo e svilire i diritti fondamentali di una parte importante della popolazione¹⁵⁶.

for public office) by systematically defaming or vilifying them». Sul punto, tra tanti, T.B. GRIFFITH, *Was Bork Right about Judges?*, *Harv. J. L. & Pub. Pol'y*, 2011, 34, 157.

¹⁴⁹ Per un inquadramento generale si vedano tra gli altri R. BARNETT, *An Originalism for Nonoriginalists*, in *Loy. L. Rev.*, 1999, 45; I. SOYMIN, *Originalism and Political Ignorance*, in *Minn. L. Rev.*, 2012, 97, 625, 625-27; D. STRAUSS, *The Living Constitution*, New York, 2010, 7-31; M. BERMAN, *Originalism is Bunk*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 1999, 84, 1; J. FLEMING, *Are We All Originalist Now? I Hope Not!*, in *Tex. L. Rev.*, 2013, 91; G. LAWSON, *Reflections Of An Empirical Reader (Or: Could Fleming Be Right This Time?)*, in *B.U. L. Rev.*, 2016, 96, 1457; T. COLBY, P. SMITH, *Living Originalism*, in *Duke L. J.*, 2009, 239.

¹⁵⁰ 576 U.S. 644 (2015).

¹⁵¹ 19-1392, 597 U.S. (2022): «any such right must be deeply rooted in this Nation's history and tradition and implicit in the concept of ordered liberty» (5 e 36)

¹⁵² Si vedano *ex plurimis* R. WEST, *Progressive Constitutionalism Reconstructing the Fourteenth Amendment*, Durham and London, 1994; J.E. FLEMING, L.C. McCLAIN, *Ordered Liberty: Rights, Responsibilities and Virtues*, Cambridge-MA, 2013.

¹⁵³ 410 U.S. 113 (1973).

¹⁵⁴ Come emerge, tra gli altri, dalle riflessioni dello stesso R. BORK, *The Tempting of America*, New York, 1991, 110-126.

¹⁵⁵ Su cui, tra gli altri, J. ADDICOTT, *Reshaping American Jurisprudence in the Trump Era. The Rise of "Originalist" Judges*, in *Cal. W. L. Rev.*, 2019, 55, 341; P. BONINI, *Gorsuch After Scalia. Il Procedimento di nomina ed il pensiero del primo justice di Donald Trump alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Nomos*, 2017, 2.

¹⁵⁶ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015), 18.

Nell'interpretare la Costituzione la Corte Suprema del 2015 riconosce che nuove prospettive sociali possono far affiorare disegualanze durature e stratificate, perciò spesso non notate né censurate. Si aggiunga che se i diritti fossero storicamente definiti da chi li ha esercitati per lungo tempo o secondo il significato attribuito alle disposizioni costituzionali nel momento in cui sono approvate, alcune pratiche manifestamente discriminatorie potrebbero essere giustificate in base alla loro persistenza. L'esempio è fornito dalla millenaria dottrina della *coverture*¹⁵⁷, con cui fino agli anni Settanta del secolo scorso alcuni Stati americani hanno considerato una coppia sposata come entità legalmente dominata dal maschio; donde le formule legislative improntate all'idea del marito come «capo della famiglia» e della moglie come persona «a lui assoggettata», al punto che lo stato legale della donna deve essere «assorbita in quella del marito salvo e fintanto che la legge non la riconosca separatamente per la sua propria protezione o per suo beneficio»¹⁵⁸. Il Supremo consesso del 2015 sottolinea come, alla luce di una nuova consapevolezza delle relazioni di coppia e delle disparità di genere, la giurisprudenza abbia giustamente utilizzato le clausole costituzionali del giusto processo e dell'eguale protezione per definire e correggere siffatte tendenze¹⁵⁹. E questo indipendentemente dalla loro propensione a durare nel tempo o, addirittura, a vestire i panni dei valori naturali e ordinatori della società¹⁶⁰.

Alla maggioranza del collegio di *Obergefell v. Hodges* ribattono il *chief justice* John Glover Roberts e i giudici Samuel Anthony Jr Alito, Antonin Scalia e Clarence Thomas. Lo fanno mediante *dissenting opinions* il cui contenuto può essere assunto a manifesto dei più importanti e influenti filoni dell'odierno originalismo.

I dissenzienti sottolineano come la «Costituzione nulla dica sul diritto al matrimonio omosessuale»¹⁶¹. Ciononostante, la maggioranza della «Corte ritiene che il termine "libertà" di cui alla clausola del giusto processo del XIV Emendamento comprenda questo diritto»¹⁶². La nostra nazione, precisa Alito, è stata fondata sul principio per cui ogni persona ha il diritto inalienabile alla libertà, ma "libertà" è termine con molteplici significati: «per i liberali classici può includere i diritti economici ora limitati dalla regolamentazione governativa; per i socialdemocratici può comprendere il diritto a una serie di benefici governativi; per la maggioranza della Corte ha un significato distintamente postmoderno»¹⁶³. Lo è a tal punto da porsi in contrasto con la volontà degli Stati che difendono la concezione tradizionale del matrimonio¹⁶⁴: quella che, incoraggiando una «condotta potenzialmente procreativa (*potentially*

¹⁵⁷ Si veda *ex plurimis* F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *The History of English Law*, Cambridge, 1968, vol. II, 432; C. MCCARTHY, *Marriage in Medieval England*, Cambridge, 2004, 153-164.

¹⁵⁸ *Ga Code Ann. §53-501 (1935)*: «[t]he husband is the head of the family and the wife is subject to him; her legal civil existence is merged in the husband, except so far as the law recognizes her separately, either for her own protection, or for her benefit». Tutte le traduzioni (dall'inglese e dal francese) presenti in questo lavoro sono mie.

¹⁵⁹ Si vedano, ad esempio, le seguenti decisioni: *Kirchberg v. Feenstra*, 450 U. S. 455 (1981); *Wengler v. Druggists Mut. Ins. Co.*, 446 U. S. 142 (1980); *Califano v. Westcott*, 443 U. S. 76 (1979); *Orr v. Orr*, 440 U. S. 268 (1979); *Califano v. Goldfarb*, 430 U. S. 199 (1977); *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U. S. 636 (1975); *Frontiero v. Richardson*, 411 U. S. 677 (1973).

¹⁶⁰ Come si dimostra nella stessa *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

¹⁶¹ Chief Justice ROBERTS, dissenting, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

¹⁶² THOMAS, dissenting, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

¹⁶³ ALITO, dissenting, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

¹⁶⁴ ALITO, dissenting, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

procreative conduct) all'interno di un'unità di coppia, è in grado di fornire l'atmosfera migliore per la crescita dei figli»¹⁶⁵. Ne consegue l'accusa nei confronti dei giudici di maggioranza, rei di legittimare lo strapotere di soggetti non eletti: «se un numero risicato di magistrati può inventare un nuovo diritto e imporlo al resto del Paese, la decisione *Obergefell v. Hodges* dimostra che decenni di tentativi di limitare l'abuso di autorità da parte della Corte Suprema sono falliti»¹⁶⁶. Antonin Scalia è ancora più netto: «sempre accompagnata (come oggi) da stravaganti elogi della libertà, questa pratica di revisione costituzionale da parte di un comitato non eletto di nove persone priva il popolo della libertà più importante come affermata nella Dichiarazione di indipendenza e nella Rivoluzione del 1776: la libertà di governarsi da soli»¹⁶⁷.

Passa un anno, e la minoranza conservatrice-originalista scopre di essere maggioranza. A favorire il cambiamento è il ritiro dalla scena giudiziaria e terrena di alcuni magistrati, inclusa Ruth Bader Ginsburg, pilastro del *progressive constitutionalism*¹⁶⁸. Ne approfitta Donald Trump. Attraverso la sua presidenza i rapporti di forza all'interno dell'organo giurisdizionale letteralmente si capovolgono. Al punto che oggi tre dei nove giudici della Corte si autodefiniscono espressamente e senza esitazioni originalisti: sono Clarence Thomas, Neil Gorsuch e Amy Coney Barrett. Altri due, John Roberts e Samuel Alito si esprimono con opinioni aderenti alle tesi originaliste, come peraltro testimoniano le omonime opinioni dissenzienti alla citata *Obergefell v. Hodges*. A questi s'aggiunge Brett Kavanaugh che, solcando la stessa linea di pensiero, alimenta il disegno di policy giudiziaria come intessuto negli anni da una vecchia conoscenza del conservatorismo americano, il Senatore Mitch McConnell. Il quale, approfittando della presidenza Trump, dopo Gorsuch e Kavanaugh, ha sponsorizzato l'ascesa al supremo scranno di Amy Coney Barrett. Quest'ultima vi accede prendendo idealmente il testimone da Antonin Scalia che, assieme a Robert Bork, è considerato come il caposcuola dell'odierno originalismo¹⁶⁹, di cui la Barrett diventa massimo esponente e sostenitore¹⁷⁰.

È la rivincita di questa corrente di pensiero¹⁷¹, celebrata anche dal fatto che durante la sua presidenza Trump ha nominato più di un quarto di tutti i giudici dei tribunali federali, incluso il 30% di quelli presenti nelle Corti d'Appello: molti sono membri della *Federalist Society* e abbracciano l'originalismo¹⁷².

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ SCALIA, dissenting, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

¹⁶⁸ Su cui per tutti si veda K.L. GIBSON, *Ruth Bader Ginsburg's Legacy of Dissent. Feminist Rhetoric and the Law*, Tuscaloosa, 2018, spec. 115.

¹⁶⁹ Si veda, tra gli altri, D. TEGA, *La mia concezione dei diritti. Intervista a cura di Diletta Tega ad Antonin Scalia*, in *Quad. cost.*, 3, 2013, 669-678. G.F. FERRARI, *Nino Scalia. Analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giur. cost.*, 3, 2016, 1191-1216.

¹⁷⁰ E. CHERMERINSKY, *Worse Than Nothing, The Dangerous Fallacy of Originalism*, New Haven and London, 2022.

¹⁷¹ Si vedano gli episodi del documentario di M. KIRK ET AL., *Supreme Revenge, Battle for the Court*, in *Frontline*, 2019-2020, in cui si sottolinea il ruolo esercitato del potente Mitch McConnell, soprattutto nelle nomine di Gorsuch, Kavanaugh e Barrett, <https://www.pbs.org/wgbh/frontline/documentary/supreme-revenge/> (ultimo accesso 30 gennaio 2023).

¹⁷² E. CHERMERINSKY, *Worse Than Nothing, The Dangerous Fallacy of Originalism*, cit., 7.

Il che incide sul ruolo contro-maggioritario delle Corti, in particolare della Corte Suprema, nell'architettura dei poteri di vertice della più longeva Costituzione occidentale¹⁷³.

13. La rivincita degli originalisti

Va detto che dell'originalismo americano si registrano differenti varianti. Tutte però partono da una convinzione: il significato di una disposizione è fissato al momento della sua adozione e può essere modificato solo attraverso il processo democratico¹⁷⁴. Considerato il gran numero di persone coinvolte nella stesura e nell'approvazione delle disposizioni costituzionali, è però una finzione affermare che il testo sia frutto di un intento chiaramente identificabile e in attesa di essere scoperto¹⁷⁵. In risposta a queste critiche si è allora sviluppata una versione 2.0 dell'originalismo¹⁷⁶, la quale ha ricalibrato l'impostazione di partenza: bisogna tenere conto del modo con cui i legislatori e le "persone ragionevoli" hanno concepito il manufatto normativo al momento dell'entrata in vigore. Il giudice Scalia lo ha spiegato affermando che gli originalisti analizzano «the original meaning of the text, not what the original draftsmen intended»¹⁷⁷. Come a dire, dove va a finire la pioggia quando non cade? La formula, infatti, risulta insopportabile alla luce di un impianto minimo di economia logica: può voler dire tutto e il suo contrario. Non così per la giudice Barrett che, non appena nominata alla Corte Suprema, ribadisce la sua adesione alla filosofia giudiziale di Scalia: il giudicante deve applicare la legge sulla base dello *ius scriptum* (*his [Scalia's] judicial philosophy is mine, too. A judge must apply the law as written*)¹⁷⁸; i tribunali non devono usurpare poteri legislativi; devono al contrario essere risolti nell'accantonare le

¹⁷³ *Ibid.* Una tendenza che, in verità, in modo strisciante è presente da tempo nell'esperienza politica e giurisprudenziale di questo Paese come, fra gli atri, testimonia A.M. BIKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, 1986.

¹⁷⁴ E. CHERMERINSKY, *Worse Than Nothing, The Dangerous Fallacy of Originalism*, cit., 9.

¹⁷⁵ Sul punto già G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, per il quale è molto problematico ricostruire la volontà psicologica di un'assemblea legislativa, forse questa volontà neanche esiste. Non esiste «quando l'iter e le procedure di formazione dei documenti legislativi sono troppo complessi e vi partecipano troppe persone in troppi successivi momenti. Ciò, in ogni caso, non avviene allorché all'iter di formazione del documento partecipano portatori di diversi e confliggenti interessi, volontà e pretese, e questi soggetti pervengono a una soluzione di compromesso non già sulla norma bensì sulla formula, cioè sull'enunciato normativo, proprio in grazia della sua interpretabilità in sensi diversi e confliggenti; in questi casi, ovviamente, si attua nella sostanza una delegazione di potere normativo agli operatori dell'interpretazione, i quali potranno basarsi o farsi convincere dai più disparati argomenti, tranne che da quello relativo alla volontà psicologica del legislatore storico» (365). Sul punto anche G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1988, 73; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 394; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, 399.

¹⁷⁶ K.J. KESSLER, D.E. POZEN, *Working Themselves Impure: A Life Cycle Theory of Legal Theories*, in *The University of Chicago Law Review*, 83, 2016, 1819-1844.

¹⁷⁷ A. SCALIA, *Address Before the Attorney General's Conference on Economic Liberties in Washington, D.C. (June 14, 1986)*, in *Original Meaning Jurisprudence: A Sourcebook*, 1987, 106. Si veda anche A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, in A. SCALIA, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton-NJ, 1997, 38.

¹⁷⁸ M. COYLE, *Amy Barrett Touts Scalia in Remarks from Rose Garden*, in *The National Law Journal*, 2020, <https://www.law.com/nationallawjournal/2020/09/26/his-judicial-philosophy-is-mine-amy-barrett-touts-scalia-in-remarks-from-rose-garden/> (ultimo accesso 28 gennaio 2023).



personali convinzioni dei loro membri¹⁷⁹. In occasione dell'audizione in Senato è ancora più chiara: «in lingua inglese significa che io giudice interpreto la Costituzione come una legge, che interpreto il suo testo attraverso il significato che aveva nel momento in cui è stato approvato. È un significato che non cambia nel tempo. E non spetta a me aggiornarlo o infondervi le mie opinioni»¹⁸⁰.

Che poi sono le stesse considerazioni dei dissenzienti alla decisione *Obergefell v. Hodges* da dove, come si è notato, affiora la preoccupazione a porre vincoli stringenti al giudiziario, a cominciare dalla Corte Suprema. In modo che il contenuto effettivo del diritto costituzionale non sia modellato dalle preferenze di chi veste i panni dell'interprete. Deve invece essere affidato alle macchine legislative democraticamente elette¹⁸¹, quotidiana espressione della volontà generale, avrebbe aggiunto Jean-Jacques Rousseau. In effetti, con tutti gli accorgimenti dettati dal tempo e dal contesto giuspolitico di riferimento, non si può fare a meno di notare una certa similitudine con filoni di pensiero impressi dalla Grande Rivoluzione francese del 1789. Uno, in particolare, salta subito alla mente con l'invettiva che, nell'Assemblea del 10 novembre 1790, Robespierre scaglia contro la *jurisprudence des tribunaux*¹⁸².

Anche in questo caso Maximilien-François-Marie-Isidore vuole che il significato e il ruolo della giurisprudenza siano ripensati a partire *de notre langue*: occorre che le decisioni del giudicante non siano *autre chose que la loi*; e se il contenuto del testo risultasse dubbio, il giudice deve riferire al legislatore che, *expression de la volonté générale*, è idoneo a fornire interpretazioni autentiche. Lo impone la legge 16 agosto 1790¹⁸³ che, non a caso, ha dato corpo all'istituto del *référé au législateur*. Solo che, dopo vari travagli normativi, l'illusoria idea che *il y a identité* fra la legge e la giurisprudenza inizia ad essere scardinata sotto i colpi della quotidiana fatica dell'esperienza pratica. Si sgretola alla luce del più pragmatico art. 4 del *Code Napoléon* (antesignano dell'odierno divieto di denegata giustizia), per essere definitivamente demolita dalla prassi. A codificarla è l'art. 29 della legge 1° aprile 1837¹⁸⁴ riguardante l'autorità delle sentenze rese dalla Cassazione: è ammessa una decisione del giudice difforme dalla massima in base alla quale la *Cour de cassation* annulla la sentenza, ma dopo il secondo annullamento il giudicante deve conformarsi *à la décision sur le point de droit*. In questo modo, solcando la differenza fra giudici di merito e di legittimità, inizia a farsi strada l'ipotesi del *troisième degré de juridiction* che, affidando l'intero metabolismo giurisprudenziale alla Cassazione, consegna i *référés* ai libri di storia. Ciò che resta può essere sintetizzato in una massima: è diritto quello che la Cassazione dichiara tale¹⁸⁵. Alcuni se ne lamentano denunciando un giudice apicale che si pone *en dehors du pouvoir*

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Nomination of Amy Coney Barrett for Supreme Court of the United States: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary, 116th Cong. (2020) (statement from Hon. Amy Coney Barrett, J., then nominee):* «So in English, that means that I interpret the Constitution as a law, that I interpret its text as text and I understand it to have the meaning it had at the time people ratified it. So that meaning doesn't change over time. And it's not up to me to update it or infuse my own policy views into it».

¹⁸¹ A. CONEY BARRETT, *Precedent and Jurisprudential Disagreement*, 2012, 1391, in *Tex. L. Rev.*, 2012-13, 1711.

¹⁸² Tutti i discorsi parlamentari tenuti alle Camere francesi, che qui (e di seguito) sono riportati sono tratti dagli *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, in J. MAVIDAL, E. LAURENT (a cura di), *Is. 1787-1799, IIs. 1800-1860*, Paris, 1862-2000.

¹⁸³ *Loi dite des 16-24 août 1790*.

¹⁸⁴ *Loi du 1 avril 1837 relative à l'autorité des arrêts rendus par la Cour de cassation après deux pourvois*.

¹⁸⁵ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2001, 118, al quale si rinvia anche per una puntuale ricostruzione delle suddette vicende francesi (1111-1119).

judiciaire: in questo modo si attenta alla sovranità democratica e all'autorità della legge, precisano epigoni di Robespierre¹⁸⁶.

Tesi queste che, in formule attualizzate e contestualizzate, riecheggiano nelle posizioni degli originalisti americani. La conferma giunge dalle obiezioni allo *stare decisis* la cui rigida e, secondo la Barrett, inconstituzionale applicazione priverebbe un ricorrente del diritto a un'udienza sul merito¹⁸⁷. Ne consegue la battaglia contro le ermeneutiche basate sulla *living constitution*, come affermata in alcune storiche decisioni, inclusa la *Obergefell v. Hodges* che, sul punto, sostiene l'impostazione dell'altrettanto celebre sentenza *Roe v. Wade* del 1973¹⁸⁸. Una battaglia, questa, rinfocolata dalla decisione *Dobbs v. Jackson* del 24 giugno 2022¹⁸⁹ lì dove, intervenendo sulla questione eticamente delicata dell'interruzione di gravidanza, la Corte Suprema compie un *overruling* proprio rispetto al precedente del 1973¹⁹⁰. Lo fa con l'opinione maggioritaria del giudice Alito sostenuta, inutile dirlo, dai colleghi Thomas, Gorsuch, Kavanaugh e Barrett¹⁹¹.

Per essere tutelati, i diritti non espressamente previsti dalla Costituzione devono essere radicati «nella storia e nella tradizione della nazione», per un verso, e inchiavardati nel concetto di «libertà ordinata», per l'altro¹⁹². Questa generica premessa serve ad Alito per sostenere che la Costituzione americana non fa alcun riferimento all'interruzione di gravidanza: nessun diritto di questo tipo è esplicitamente protetto dalle disposizioni costituzionali. Si aggiunga che «sino all'ultima parte del XX Secolo tale diritto era del tutto sconosciuto alla storia legislativa americana»¹⁹³. L'aborto, peraltro, ha specifiche connotazioni che lo differenziano dai comportamenti che attengono alle relazioni intime, alla contraccezione e al matrimonio. Lo è perché distrugge ciò che Alito definisce come *unborn human being*, l'essere umano non ancora nato. Ne consegue l'attacco al precedente del 1973: affetta da un marcato grado di genericità e astrattezza, l'impostazione interpretativa adottata dalla maggioranza dei giudici in *Roe v. Wade* porta a «licenziare come diritti fondamentali l'uso illecito di droghe e la prostituzione», nonostante «none of these rights has any claim to being deeply rooted in history»¹⁹⁴. E quand'anche si volesse ricondurre l'aborto al diritto all'autodeterminazione personale, esso non giustifica un'incondizionata libertà individuale: la convivenza sociale dà conto di altri diritti e di altri interessi meritevoli di tutela¹⁹⁵. In breve, la maggioranza dei giudici della decisione *Dobbs* del 2022 mette in risalto il fatto

¹⁸⁶ A.S. PATAILLE, intervento alla seduta dell'Assemblea nazionale, 30 marzo 1837.

¹⁸⁷ A. CONEY BARRETT, *Stare Decisis and Due Process*, in *U. Colo. L. Rev.*, 2003, 1011-1013.

¹⁸⁸ *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973). Il caso *Roe* origina da una *class action* promossa da Jane Roe (pseudonimo) alla quale era stato proibito un aborto in base ad una legge del Texas. Si veda anche *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 US at 856.

¹⁸⁹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, no. 19-1392, 597 U.S. (2022): «any such right must be deeply rooted in this Nation's history and tradition and implicit in the concept of ordered liberty» (5 e 36).

¹⁹⁰ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, no. 19-1392, 597 U.S. (2022).

¹⁹¹ Per una ricostruzione della storia normativa e giurisprudenziale relativa alla disciplina d'interruzione di gravidanza negli Stati Uniti si rinvia all'ampio ed articolato studio di L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve: l'aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell'esperienza federale statunitense*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 6-66, e alla letteratura (bibliografica e giurisprudenziale) ivi pure riportata.

¹⁹² *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, no. 19-1392, 597 U.S. (2022): «[a]ny such right must be deeply rooted in this Nation's history and tradition and implicit in the concept of ordered liberty» (5 e 36).

¹⁹³ *Ivi*, 7.

¹⁹⁴ *Ivi*, 32.

¹⁹⁵ *Ivi*, 33.

che la sentenza del 1973 sia democraticamente e costituzionalmente incomprensibile: oltre a non trovare appigli testuali nella Carta, a non essere condivisa da molti Stati, a non poter essere legittimata attraverso la tradizione, l'interpretazione costituzionale adottata in *Roe v. Wade* non bilancia interessi e diritti di pari grado, a cominciare da quello dell'*unborn human being*¹⁹⁶.

Per la Corte Suprema del 2022, in assenza di vincoli costituzionali e di riferimenti *deeply rooted in history*, è necessario un radicale cambio di orientamento. La scelta se vietare o no l'aborto deve in altre parole essere affidata al processo democratico, quindi ai margini di discrezionalità politica riconosciuti dalla Costituzione ai legislatori statali. Non mancano note polemiche nei confronti di coloro che sostengono la *living constitution* come espressa nelle *dissenting opinions*.

Si tratta di opinioni che aderiscono all'idea per cui la tradizione costituzionale non si esaurisce in un singolo momento: il suo significato si acquisisce attraverso la storia e la giurisprudenza, «l'una guardando all'altra e ognuna cercando di applicare i fondamenti della Costituzione a nuove condizioni di vita individuale e sociale»¹⁹⁷. Ciò spiega perché gli americani hanno «il diritto di sposarsi indipendentemente dai pregiudizi razziali e sessuali», per restare all'esempio di *Obergefell v. Hodges*¹⁹⁸. Ma questo chiarisce anche perché, per citare altri noti precedenti, «gli americani possono usare i contraccettivi in modo da scegliere se avere o no figli»¹⁹⁹. Sono esempi tirati in ballo per nascondere l'inconsistenza delle argomentazioni, ribatte la maggioranza dei giudici di *Dobbs v. Jackson*: non in grado di sostenere un diritto all'aborto radicato nella tradizione della nazione, i dissenzienti fanno ricorso a formulazioni talmente vaghe da giustificare quello che nella *dissenting opinion* a *Roe v. Wade* il giudice White chiamava l'esercizio di un grezzo potere giudiziario (*the exercise of raw judicial power*)²⁰⁰.

L'impressione è che, a parti invertite, questa stessa critica potrebbe essere rivolta alla maggioranza dei giudici di *Dobbs*, il cui impatto normativo va oltre l'aborto: riconoscendo l'embrione come persona titolare di diritti fondamentali, si candida ad influire su altre questioni bioeticamente rilevanti, incluse le pratiche di procreazione medicalmente assistita. Lo fa mettendo in discussione l'autorità dello *stare decisis* e con il ritorno ad una versione moderata di testualismo e di legicentismo: per cui in materia di teoria delle fonti si ritiene indispensabile trattare la Costituzione a partire da riferimenti al testo e alle intenzioni di chi l'ha scritto, o quantomeno al contesto culturale in cui è stato approvato²⁰¹. L'esatto contrario della tesi di Michel Troper, secondo il quale «è noto, almeno dai tempi di Marcel Duchamp, che una cosa può essere interpretata sia come ruota per bicicletta sia come un'opera d'arte; sicché,

¹⁹⁶ *Ivi*, 39.

¹⁹⁷ BREYER, SOTOMAYOR e KAGAN, *Joint dissenting. Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, no. 19-1392, 597 U.S. (2022), 18.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ *Ibid.* Sul punto già R. BADER GINSBURG, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, in *North Carolina Law Review*, 1985, 63, 375-386; G. CALABRESI, *Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)*, in *Harvard Law Review*, 105, 1991, 80-151.

²⁰⁰ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, no. 19-1392, 597 U.S. (2022), 36.

²⁰¹ Sul punto le accurate osservazioni di R. TONIATTI, *La sfida di Dobbs al mainstream constitutionalism: il ruolo negli stati membri: prove di resilienza di una poliarchia*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2023, 39-51, spec. 43-44.

come l'interpretazione costituisce l'oggetto e l'opera d'arte, così l'interpretazione costituisce la Costituzione»²⁰².

Una tesi, quella di Troper, che, non pienamente condivisibile²⁰³, serve qui a evidenziare gli insostenibili paradossi sottesi all'interpretazione originalista. Al punto che i vincoli al giudiziario possono essere affermati ma solo al prezzo di risultati ritenuti inaccettabili dagli stessi originalisti, come del resto dimostra il caso della plurisecolare dottrina della *coverture*. Né basta per superare l'impasse il ricorso alle legittimità democratica dei parlamenti: per quanto presentati come attuativi della volontà generale, i loro interventi sono solo in apparenza neutri; in realtà incidono sui diritti delle persone, comprese quelle afferenti ad orientamenti minoritari. I quali, se e quando diventeranno maggioranza, potranno utilizzare le stesse armi argomentative per ribaltare il contenuto dei manufatti legislativi.

Per dirla con altre parole, questi argomenti incidono sulla sfera dell'indicibile che, disegnata in base alla garanzia costituzionale delle libertà fondamentali a presidio della dignità di tutti gli esseri umani, non appartiene alla sovranità dei parlamenti, ma a quella dei singoli individui. Il rischio è quello di stravolgere il significato del principio di eguaglianza piegandolo alla nuda forza del numero²⁰⁴. Il che, come si diceva, potrebbe impattare sulla fondamentale promessa del costituzionalismo, per cui la maggioranza deve rispettare le minoranze, tutelare i loro diritti e la loro dignità. Tanto più nelle materie cariche di implicazioni etiche,²⁰⁵ dove emerge con più vigore l'importanza dello statuto logico delle libertà fondamentali: non sempre sono volute da tutti, ma servono a tutti; non necessariamente si reggono sul consenso popolare, ma sono indispensabili per la vita di una qualsiasi democrazia costituzionale. Ragione per la quale queste libertà ampliano la possibilità di scelte personali, contenendo e limitando le tendenze involute della democrazia: quelle che, agevolando il passaggio dal *quod populo placuit legis habet vigorem* al *quod principi placuit legis habet vigorem (cum lege regia, quae de imperio eius lata est)*²⁰⁶, ne segnano sovente il trapasso²⁰⁷.

Se portato ad estreme conseguenze l'originalismo rischia di fondere due assolutismi: quello improntato alla dittatura della maggioranza e quello basato su una mascherata tirannia di alcuni diritti su altri. Ed ecco che per salvarlo da simili risultati è sovente definito in modo approssimativo e sfuggente. Lo è a tal punto che a farne le spese sono proprio i vincoli interpretativi pretesamente imposti al giudicante. In modo che i giudici conservatori possono utilizzare l'originalismo per giustificare decisioni ideologiche. Diventano però non-originalisti non appena ciò serve alla causa. Il che mina alla base l'affermazione della Barrett secondo cui l'originalismo limita il potere giudiziario depurandolo dalle opinioni politiche dei giudicanti, quando invece di fatto opera in senso diametralmente opposto; come peraltro dimostrano le biografie (politiche) degli originalisti e proprio con riferimento alle materie eticamente

²⁰² «On sait bien, au moins depuis Marcel Duchamp, qu'une chose peut parfaitement être interprétée soit comme route de bicyclette, soit comme une œuvre d'art et de même que l'interprétation constitue l'objet comme l'œuvre d'art, c'est l'interprétation qui constitue la Constitution»; M. TROPER, *L'interprétation constitutionnelle*, in F. MELIN-SOUCRAMANIEN (a cura di), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, 2005, 23.

²⁰³ Sul punto si permetta il rinvio F. ALICINO, *Souveraineté e séparation des Pouvoirs. Tra bouche de la loi e giusrealismo scettico*, cit., 1-45, e alla bibliografia ivi pure riportata.

²⁰⁴ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli sulla giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, 115.

²⁰⁵ Cassazione, Sez. Unite civili, n. 24414/ 2021, cit., p.to 22.

²⁰⁶ D. 1,4,1, pr. Ulp.; Gai.1,5.

²⁰⁷ Su cui lucidamente L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit., 220.

e religiosamente sensibili. Né più e né meno che l'affermazione del metodo induttivo a ritroso: dalla catena discorsiva si escludono a priori tutte le argomentazioni che non supportano la preventiva presa di posizione. Ciò spiega l'ampio uso di scappatoie retoriche che, sottolineando i pericoli di un giudice con funzioni paralegislative, legittimano di fatto giudici con poteri normativi²⁰⁸. L'operazione da truffa delle etichette riesce annacquando gli enunciati costituzionali di concetti talmente vaghi e modellabili (storia, nazione, tradizione; per non parlare del *original meaning of the text, not what the original draftsmen intended*) che l'originalismo è continuamente costretto a smentire se stesso. È cioè costretto a diventare qualcosa che è indistinguibile dal non-originalismo. Ed è proprio la sentenza *Dobbs v. Jackson* a testimoniarlo platealmente. Qui, infatti, si finge che il giudice trovi la soluzione nel testo e nel rispetto della legge. Salvo poi produrre diritto di nuovo conio la cui matrice di parte e partigiana affiora dai fisiologici spazi vuoti presenti nel manufatto costituzionale²⁰⁹. Anche perché, oltre ad essere stata approvata più di duecento anni fa, la Carta americana impone una procedura di revisione simile a una «gabbia d'acciaio con sbarre quasi di kryptonite»²¹⁰. Onde quindi evitare di cadere in insopportabili contraddizioni, gli originalisti accantonano il testo costituzionale per approdare ad alti strumenti argomentativi quali, appunto, «Nation's history and tradition» o «Nation's concept of ordered liberty».²¹¹ La finzione regge finché il prodotto corrisponde alla politica del gruppo dominante in seno alla Corte Suprema. Quando, invece, con nuove nomine cambieranno i rapporti di forza all'interno dell'organo, altre matrici ideologiche si imporranno nella policy giudiziale. In tutti i casi i giudicanti continueranno a definire gli effetti concreti dei fatti normativi, delimitandone l'ambito del giuridicamente concepibile. Tanto più nelle materie divisive a forte impatto etico, innanzi alle quali vale l'insegnamento di Franco Cordero: a formule legislative irragionevolmente faziose o eccessivamente indeterminate corrispondono giudici potenti²¹². La riprova è fornita dagli eventi giurisprudenziali italiani relativi alle discipline del fine vita, rispetto alle quali gli avanzamenti della tecnologia e della scienza medica alimentano nuovi interrogativi etici.

²⁰⁸ Si veda sul punto il Capitolo 7, *The Hypocrisy Problem*, in E. CHERMERINSKY, *Worse Than Nothing, The Dangerous Fallacy of Originalism*, cit., 126-147.

²⁰⁹ Del resto, come è stato opportunamente affermato, «[i]l diritto costituzionale rappresenta una realtà normativa dotata di un potenziale troppo ricco ed "effervescente" per poter essere identificato esclusivamente con fonti di diritto positivo ed essere privato del contributo offerto da dinamiche evolutive che è compito del giurista saper cogliere ed elaborare con il rigore del metodo giuridico»; R. TONIATTI, *La sfida di Dobbs al mainstream constitutionalism: il ruolo negli stati membri: prove di resilienza di una poliarchia*, cit., 40.

²¹⁰ S. LEVINSON, *Our Undemocratic Constitution. Where the Constitution Goes Wrong (and how We the People Can Correct It)*, Oxford and New York, 2008, p. 165. Di qui il paradosso sotteso all'eternità ordinamentale cui aspirano i testi costituzionali, su cui M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 48: «[l]a Costituzione ha questo, di specificamente peculiare: essa contiene regole che aspirano a quella che potremmo chiamare l'eternità ordinamentale. Anche la legge, certo, è pensata per durare, ma solo la Costituzione ambisce a prescrivere le regole del gioco di un ordinamento che vivrà come tale proprio solo fino a che quelle regole, dettate da quella Costituzione, dureranno».

²¹¹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, no. 19-1392, 597 U.S. (2022), 3, 5, 7, 9, 12, 13, 14, 15, 25, 35, 36.

²¹² F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, 1981, 763.

14. La disciplina del fine vita

Sotto l'imperativo del divieto di denegata giustizia, i giudici se ne sono fatti carico imponendosi laddove possibile *self-restraint* e lasciando al legislativo il potere di scrivere apposite discipline: il compito di ponderare gli interessi in gioco e di trovare un punto di equilibrio fra «le diverse istanze – tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico – deve ritenersi affidato in via primaria al legislatore»²¹³. Come però si è notato, il Parlamento italiano si distingue con atteggiamenti che dall'inerzia, passando dall'indeterminatezza, finiscono sovente nella partigianeria. E, in questo vagar confusamente tra trame etiche differenti, produce con altrettanta frequenza deleghe alla giurisprudenza, a cominciare da quella costituzionale. Ovvio che questa tendenza proietti sulla magistratura e sulla Consulta la mappa sociopolitica e cultural-religiosa del Paese, tanto più evidente quanto più rapportata alle lacune delle formule legislative. Lo sono quelle sperimentate a proposito delle questioni relative al testamento biologico, alle cure palliative, al suicidio assistito e all'omicidio del consenziente. Questioni che, assieme alla nascita e al matrimonio, incidono sulla bioetica costituzionale, la cui definizione passa anche dall'insegnamento derivate dalla comparazione e dagli stimoli provenienti dal sistema convenzionale (le disposizioni della CEDU come interprete dalla Corte di Strasburgo), al quale si possono far risalire recenti orientamenti giurisprudenziali.

Nella decisione del 29 aprile 2002 *Pretty c. Regno*²¹⁴ la Corte EDU stabilisce che dai diritti convenzionali alla vita²¹⁵, alla vita privata e familiare²¹⁶, alla libertà di coscienza e di religione²¹⁷ nonché dal divieto di trattamenti inumani e degradanti²¹⁸ e di discriminazione²¹⁹ non può derivare il diritto a morire. In base alla sistematica interpretazione della CEDU, la Corte riconosce tuttavia all'individuo una sfera di autonomia nelle decisioni che coinvolgono il proprio corpo e la propria salute. Ciò significa che, in presenza di patologie irreversibili e sofferenze ritenute intollerabili da persone capaci di intendere e di volere, risulta irragionevole negare la libertà di decidere come e in quale momento debba avere fine un'esistenza. L'interferenza delle autorità statali è possibile, ma solo se prevista da una legge, il cui contenuto deve in ogni caso essere improntato agli scopi precipui di una società democratica e al rispetto del diritto dei singoli²²⁰. Ne consegue una barriera all'imposizione generalizzata di trattamenti sanitari che, considerati gli impetuosi sviluppi della scienza medica, sono capaci di strappare alla morte persone in condizioni cliniche compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali. A volte non

²¹³ Corte cost., n. 221/2019.

²¹⁴ Corte EDU, *Pretty c. Regno*, Ric. n. 2346/02.

²¹⁵ Art. 2 CEDU.

²¹⁶ Art. 8 CEDU.

²¹⁷ Art. 9 CEDU.

²¹⁸ Art. 3 CEDU.

²¹⁹ Art. 14 CEDU.

²²⁰ Sul punto oltre a *Pretty c. Regno Unito*, cit., si vedano anche Corte EDU: *Haas c. Svizzera*, 20 gennaio 2011, Ric. n. 31322/07; *Koch c. Germania*, 12 luglio 2012, Ric. n. n. 497/09; *Gross c. Svizzera*, 30 settembre 2014, Ric. n. 67810/10; *Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia.*, 10 giugno 2010, Ric. n. 302/02, para. 135-137. Si veda anche Commissione EDU, *Acmanne and Others v. Belgium*, 10 dicembre 1984, Ric. n. 10435/83.

riescono neanche ad alleviare sofferenze fisiche e psicologiche, che i soggetti affetti da siffatte patologie possono ritenere incompatibili con la propria concezione di vita libera e dignitosa²²¹.

Lo attesta nel 2006 Piergiorgio Welby, colpito da un gravissimo stato morboso degenerativo, clinicamente diagnosticato col nome di distrofia fascioscapolomerale. La sua condizione sale agli onori della cronaca anche per una lettera aperta al Presidente della Repubblica. Ripresa dal GUP del Tribunale di Roma²²², la missiva afferma la necessità di «non giocare con le parole» e di chiedersi seriamente se talune condizioni possono essere definite come vita o se, invece, non si è innanzi a stati mortali artificialmente rimandati. In realtà Welby non sta interrogando il Presidente. O meglio, attraverso il Presidente, sta interrogando l'ordinamento e le sue matrici costituzionali, a cominciare dall'art. 32 Cost. che, come emerge tecnicamente dall'ordinanza del GUP, registra l'esistenza di un diritto «di autodeterminazione individuale e consapevole»: un diritto «che non è consentito lasciare senza tutela attraverso una legislazione positiva inesistente o che irragionevolmente si orienta in senso opposto»²²³.

Un anno dopo con il caso *Englaro*²²⁴ al vuoto legislativo si aggiunge la mancanza assoluta di precedenti specifici nell'ordinamento italiano²²⁵. Ragione per la quale la Cassazione attinge, oltre che dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina²²⁶, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE²²⁷ e dalle esperienze giurisprudenziali di altri Paesi²²⁸. In particolare, quelle afferenti alla tradizione del *common law*, «dove la questione del *living will* era da tempo discussa»²²⁹. È una delle prime volte in cui la Cassazione fa un uso importante della comparazione²³⁰, in base alla quale i giudici valorizzano una differente connotazione del diritto ad una vita libera e dignitosa, il «diritto dei diritti»²³¹. Lo fanno sottolineando l'importanza del *favor libertatis* in materia di trattamenti sanitari e di autodeterminazione personale, come prefigurati dal combinato degli artt. 2, 13 e, appunto, 32 della Costituzione. In breve, la Cassazione parte dal presupposto universalistico della vita umana che ha «un valore in sé». Ma questo presupposto non può spingere il principio di eguaglianza fino al punto da comprimere la tutela della differenza del singolo individuo, la sua integrità personale e il «fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive»²³².

²²¹ Sul punto cfr. C. SALAZAR, «Morire sì, non essere aggrediti dalla morte». *Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2019, 567-596.

²²² 16 ottobre 2007, n. 2049.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ Cass., Sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748.

²²⁵ G. TRINCHELLA, *Eluana Englaro. Così in Cassazione stabilimmo che la dignità è il diritto dei diritti. Poi la fase oscura della politica*, in *Il Fatto Quotidiano*, 9 febbraio 2019.

²²⁶ Convenzione approvata ad Oviedo il 4 aprile 1997 e resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica 28 marzo 2001, n. 145. La Cassazione in questo caso rinvia all'art. 5 della Convenzione, secondo cui «[u]ne intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé».

²²⁷ Qui il riferimento è all'art. 3 (*Diritto all'integrità della persona*) del Capo I (*Dignità*) della Carta.

²²⁸ Si veda in particolare il p.to 7 dei *Motivi della decisione* di Cassazione, Sezione Prima civile, n. 21748/2007, cit.

²²⁹ G. TRINCHELLA, *Eluana Englaro*, cit.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ *Ibid.*

²³² Cass., Sez. I civile, n. 21748/2007, cit., p.to 6.1 *Motivi della decisione*.

Non la pensa così una parte della dottrina, per cui nei casi *Welby* ed *Englaro* si annidano le origini di una giurisprudenza creativa connotata da una «non pacifica lettura dell'art. 32 Cost. tesa ad assolutizzare il principio di autodeterminazione»: una assolutizzazione che, trasformando «l'autonomia individuale nella scelta delle possibili terapie in una sorta di *diritto potestativo fonte*» finalizzato ad anticipare artificialmente la morte, sfocerà qualche anno dopo in quella che i critici definiscono come interpretazione altrettanto disinvolta della Corte costituzionale²³³.

15. Giudici e legislatori

Rispetto alla decisione *Englaro* del 2007 la coeva maggioranza parlamentare e, con essa, il Governo in carica si spingono oltre: alla denuncia di un potere giudiziario in balia della deriva creativa s'aggiunge l'accusa di usurpazione di quote importanti di potestà legislativa. La protesta è gridata attraverso la formalità degli atti, tra cui si annoverano: una deliberazione delle Camere volta a promuovere un conflitto di attribuzione di fronte alla Corte costituzionale²³⁴; un atto di indirizzo del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali rivolto ai Presidenti delle regioni affinché le strutture sanitarie pubbliche e private assicurino alle persone in stato vegetativo l'alimentazione e l'idratazione²³⁵; un decreto-legge deliberato dal Consiglio dei Ministri con il quale si stabilisce l'impossibilità di sospendere l'alimentazione e l'idratazione per «i soggetti non in grado di provvedere a se stessi»²³⁶; un disegno di legge calendarizzato per l'esame presso la 12° Commissione permanente e subito trasmesso all'aula del Senato²³⁷. A questi atti s'accosta quello del Direttore generale della sanità della Giunta della Lombardia, Regione dove Eluana Englaro è ricoverata²³⁸. La corposa documentazione converge verso un solo e unico scopo: impedire l'esecuzione della sentenza della Cassazione n. 21748/2007.

Ciononostante, la giurisprudenza fa il suo corso continuando a condizionare e indirizzare l'attività del Parlamento che, con maggioranze differenti rispetto a quella vigente durante il caso *Englaro*, approva la legge 15 marzo 2010 (n. 38) sulle cure palliative e la legge 22 dicembre 2017 (n. 219) sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento. Il risultato è una storia giurisprudenziale e normativa che colloca il biodiritto costituzionale in posizione mediana rispetto ai poli etici

²³³ A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Rivista telematica (www.statoe.chiese.it)*, 14, 2019, 19-20 (corsivo dell'Autore).

²³⁴ Camera dei deputati 31 luglio 2008, Senato della Repubblica 1° agosto 2008; poi dichiarata inammissibile con ordinanza dalla Corte cost., 8 ottobre 2008, n. 334.

²³⁵ 16 dicembre 2008.

²³⁶ Decreto emanato il 6 febbraio 2009 ma non firmato dal Presidente della Repubblica.

²³⁷ AS 1369. La votazione, già programmata per una seduta notturna, non si è svolta a causa del concomitante decesso di Eluana Englaro.

²³⁸ Con il quale «si nega che il personale del servizio pubblico sanitario regionale possa procedere, all'interno delle sue strutture, alla sospensione del sostegno vitale» (3 settembre 2008): da cui poi la Sentenza del TAR Lombardia (2016, n. 52/2015) che ha condannato la Regione a risarcire i danni patrimoniali e non patrimoniali scaturiti dalla decisione di impedire l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, contrariamente a quanto stabilito dalla Corte d'Appello di Milano (25 giugno 2008), in seguito alla pronuncia della citata pronuncia della Cassazione del 2007.

dell'assoluta intangibilità della vita e dell'illimitata autodeterminazione individuale²³⁹. A solcare questa tendenza è ancora una volta la Corte costituzionale che, sollecitata dai fatti concreti sottostanti ai singoli ricorsi presso i giudici ordinari, imprime una svolta al diritto italiano. Lo fa con l'ordinanza del 16 novembre 2018 (n. 207) riguardante l'art. 580 del codice penale e l'intervento di terzi nel porre fine all'esistenza, ciò che in casi particolari può attestarsi come scelta meritevole di considerazione costituzionale²⁴⁰.

Accade in presenza di una vita profondamente vincolata da supporti medico-artificiali e attraversata da gravissime sofferenze fisiche o psicologiche, che la persona malata può ritenere non compatibile con la sua concezione della dignità e che, per questi stessi motivi, deve essere in grado di rifiutare. Deve in altre parole avere la possibilità di chiudere il sipario sulla propria esistenza, rispetto alla quale emerge la necessità di aiuto e assistenza nel momento estremo della vita. Motivo per cui la Consulta, dopo aver atteso invano l'intervento del Parlamento, il 22 novembre 2019 dà seguito alla sua stessa ordinanza. Lo fa dichiarando l'illegittimità dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità di chi agevoli «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»²⁴¹. Ciò significa che la norma in esame non è abrogata. La sua applicazione si attesta però entro gli argini di una interpretazione evolutiva costituzionalmente orientata.

16. Etiche collettive e oggettive

Mediante l'art. 580 c.p. (il cui contenuto rispecchia il previgente art. 370 del codice penale del 1889), il legislatore del 1930 intendeva tutelare la vita umana intesa come bene indisponibile, anche in funzione dell'interesse che la collettività riponeva nella conservazione delle condizioni dei cittadini. La Corte costituzionale ritiene che la disposizione sia valida anche nel tempo presente. Lo è soprattutto con riguardo alle persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine. Potrebbero essere indotte a «congedarsi prematuramente dalla vita, qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragioni di personale tornaconto»²⁴². Non è quindi affatto arduo cogliere, oggi, la ratio di tutela sottesa

²³⁹ È il risultato di un orientamento che cerca laicamente di bilanciare esigenze connesse con la dignità e i diritti umani, così come imposte alla ribalta della scena pubblica mediante alcune vertenze giudiziarie eclatanti. Lo sono quelle che, oltre a *Pretty c. Regno Unito*, conducono alla Corte EDU, *Grande Camera, Lambert e altri c. Francia*, 5 giugno 2015 (ric. N. 46043/14). In questo caso il giudice di Strasburgo ha affermato che, in materia di sospensione dell'alimentazione e delle idratazioni artificiali, nello spazio giuridico europeo esiste un consenso, se non diffuso, quantomeno maggioritario all'autorizzazione. Si veda anche *Ada Rossi e altri c. Italia*, 22 dicembre 2008 (ric. nn. 55185/08, 55483/08, 55516/08, 55519/08, 56010/08, 56278/08, 58420/08 e 58424/08).

²⁴⁰ Sull'ordinanza n. 207/2018 si vedano *ex plurimis* i contributi di Antonio Ruggeri, Marco Bignami, Ugo Adamo, Chiara Tripodina, Salvatore Prisco, Cristiano Cupelli, Pier Francesco Bresciani, Marta Picchi, Giovanna Razzano, Michele Massa, Stefano Canestrari, Costanza Masciotta, Luciano Eusebi, Concetta Giunta, Roberto Bartoli, Antonino Sessa, Andrea Pugiotto, Francesco Dal Canto, Claudio Panzera, Giusi Sorrenti, Gabriella Luccioli, Tomaso Epidendio, Silvia Mattei, Marco D'Arma, Anna Gragnani, rinvenibili in <http://www.giurcost.org/decisioni/2018/0207o-18.html> (accesso 5 gennaio 2023).

²⁴¹ Sempre che, come si vedrà, «tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»; Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242.

²⁴² Corte cost., ord. 207/2018.

all'art. 580, e farlo anche alla luce del mutato quadro costituzionale. Tanto più che, rispetto al fascismo, il sistema normativo repubblicano «guarda alla persona umana come a un valore in sé, e non come a un semplice mezzo per il soddisfacimento di interessi collettivi»²⁴³. La conferma arriva dalle citate discipline legislative del 2010 (n. 38) e del 2017 (n. 219): come sottolinea la Consulta, queste leggi recepiscono e sviluppano, da un lato, le conclusioni alle quali era già pervenuta nella seconda metà degli anni 2000 la giurisprudenza ordinaria²⁴⁴ e, dall'altro, le indicazioni della stessa Corte costituzionale riguardo al consenso informato del paziente al trattamento sanitario proposto dal medico. Principio, questo, «qualificabile come vero e proprio diritto della persona», rispetto al quale gli orientamenti giurisprudenziali e i rispettivi riverberi legislativi svolgono una funzione di sintesi tra autodeterminazione e tutela della salute²⁴⁵. Il che pone sotto una nuova prospettiva interpretativa l'art. 580 del codice penale, dichiarato illegittimo ma solo nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, appunto,

«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 verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»²⁴⁶.

La giurisprudenza costituzionale registra così novità sia dal punto di vista processuale che sul piano del diritto sostanziale. In ordine al primo, la Corte elabora una versione italiana dell'*Unvereinbarkeit*, una tecnica decisoria a due fasi sulla scia della giurisprudenza della giustizia costituzionale tedesca²⁴⁷: più precisamente, quello definito dalla Consulta evoca un modello di controllo operato sulle omissioni del legislatore affine alle più recenti evoluzioni del costituzionalismo, come positivizzato in alcune democrazie²⁴⁸. Nell'ambito del diritto sostanziale si sottolinea il rinvio all'esperienza sviluppata nei contesti

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ Ossia decisioni *Welby* (Tribunale ordinario di Roma, 17 ottobre 2007, n. 2049) ed *Englaro* (Corte di cassazione, Sez. I civile, 16 ottobre 2007, n. 21748) espressamente citate in Corte cost., ord. 207/2018.

²⁴⁵ Corte cost.: 23 dicembre 2008, n. 438, e 30 luglio 2009, n. 253.

²⁴⁶ Corte cost., 242/2019, cit.

²⁴⁷ Queste tipo di pronunce si sostanziano nella dissociazione tra l'accertamento dell'incompatibilità fra la disposizione legislativa e la Costituzione, con monito al Parlamento a migliorare la disposizione mediante adattamenti prefigurati dal giudice costituzionale, e la successiva produzione di effetti di incostituzionalità nell'ipotesi di inadempiamento da parte del Legislatore. Sul punto si veda anche Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10. In dottrina *ex plurimis* E. FURNO, *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, 1 Osservatorio costituzionale, 2020, 303-316. D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n.207/2018 della Corte costituzionale*, 3 Corti supreme e salute, 2018, 489; N. FIANO, *Caso Cappato. Vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, Forum quad. cost., 25 ottobre 2018; M.T. RORIG (a cura di), *Le pronunce d'incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, www.cortecostituzionale.it., ottobre 2018; R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, 1993, 99; e alla bibliografia ivi pure riportata.

²⁴⁸ Basti dire della formale segnalazione delle lacune da parte della Corte costituzionale al legislatore, soprattutto in materia di diritti fondamentali, come disciplinate dall'art. 283 della Costituzione portoghese riveduta nel 1982 e dall'art. 103, § 2, di quella brasiliana del 1988. Sul punto L. CASSETTI, *Corte costituzionale e silenzi del legislatore: le criticità di alcuni modelli decisori nel controllo di costituzionalità sulle lacune legislative e il ruolo dei giudici*, in L. CASSETTI, A.S. BRUNO, *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore. Le tradizioni europee e l'esperienza*

di *common law*. Lo testimonia, fra gli altri, il richiamo alla decisione *Carter v. British Columbia* del 2015, con cui la Corte Suprema canadese dichiara l'incostituzionalità del divieto generalizzato di suicidio assistito: compiendo l'*overruling* del precedente del 1993²⁴⁹, questa decisione legalizza alcune forme di suicidio, quindi riesce dove il legislatore ha fallito in più di una occasione²⁵⁰.

Su questo filone giurisprudenziale si riversa il dibattito dottrinario, a sua volta legittimamente attraversato da profonde critiche. Lo sono quelle che evidenziano i rischi di una eccessiva fiducia nel diritto comparato nell'«offrire modelli e soluzioni concrete acriticamente trasponibili, senza ogni necessaria cautela, fuori dal contesto di cultura, di valori, di principi e di regole in cui sono maturate»²⁵¹. L'allontanamento da schemi di giustizia costituzionale consolidati, si precisa, finisce per impattare sul piano del diritto sostanziale, aumentando il «sospetto di un'invasione delle prerogative discrezionali del legislatore», quindi stravolgendo gli equilibri esistenti «tra meccanismi democratici di rappresentanza politica e forme di garanzia affidate a organismi politicamente imparziali»²⁵².

Altri autorevoli commentatori si spingono oltre, paventando rischi più incisivi e penetranti. Si annidano nel «tasso d'innovatività» introdotto dalla Corte costituzionale: è talmente elevato da produrre «legislazione rivestita delle candide forme della sentenza»²⁵³. Un vero e proprio «snaturamento dei ruoli istituzionali»²⁵⁴, che l'ordinamento costituzionale non è in grado di sopportare, anche perché esso «fatalmente contagia gli stessi diritti, secondo la ispirata intuizione dei rivoluzionari francesi, mirabilmente scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione del 1789. Zoppo di una delle due gambe su cui si regge e con le quali soltanto può portarsi avanti nel suo non lineare, comunque sofferto, cammino, lo Stato costituzionale sarebbe infatti condannato a dissolversi e con esso, perciò, ad essere sacrificati proprio quei diritti per la cui salvaguardia è venuto ad esistenza»²⁵⁵. Dal principio della separazione dei poteri, la critica per l'eccessivo grado di creatività della giurisprudenza si sposta allora sul versante bioetico della vicenda.

È una materia, quella trattata dalla Corte costituzionale con il caso *dj Fabo/Cappato*, «a forte impatto etico che, in assenza di orientamenti universalmente condivisi, la circolazione o la definizione per via prevalentemente giurisprudenziale dei modelli stessi di soluzione delle questioni più delicate e controverse può finire con l'ingenerare il dubbio che si vogliano privilegiare convincimenti o sensibilità individuali, non necessariamente coincidenti con quelli più diffusi nell'ambito della comunità, cui si

latino-americana, Torino, 2019, 5; A. RAMOS TAVARES, *The legislative Omission of the Legislative Branch in Brazil: a study about the role of the constitutional jurisdiction*, in *ivi*, 51.

²⁴⁹ *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, 1993, 3 SCR 519, no. 23476.

²⁵⁰ *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015, 1 SCR 331, no. 35591.

²⁵¹ A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, cit., 31.

²⁵² *Ivi*, 32.

²⁵³ A. Ruggeri, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme*, 27 novembre 2019.

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ *Ibid.*

darebbe piena legittimazione senza alcun previo momento di rilevazione e verifica del livello di consenso sociale da cui sono sorretti»²⁵⁶.

Possiamo chiamare le cose come vogliamo, rilanciano altri, «darne una edulcorata (e, in buona sostanza, deformata) rappresentazione, ma resta il fatto che la Consulta, pur avendo in premessa (già nella 207) ribadito la insussistenza di un diritto a morire, in conclusione della vicenda approda alla sponda opposta, dandone il riconoscimento, sia pure a condizioni dalla stessa poste e – va detto senza infingimenti – non discendenti “a rime obbligate” dalla Carta costituzionale»²⁵⁷. Di qui il non lineare passaggio motivazionale che avrebbe operato la Corte la quale, «dalla esaltazione del diritto alla vita, primo dei diritti inviolabili dell’uomo», passa «al diritto di ottenere una morte rapida e dignitosa», lasciando così trasparire «tutte le aporie della decisione»²⁵⁸.

Questo filone critico-interpretativo registra in tal modo altri pericoli. Quello in particolare «di una fessura nella cinta di garanzia posta a tutela della vita. Se le condizioni di non punibilità poste dalla Corte, per un verso, restringono la cerchia di coloro che possono essere aiutati nel suicidio senza conseguenze per chi li assiste, ciò implica inevitabilmente, per altro verso, che solo nei confronti di alcuni soggetti, in determinate condizioni psico-fisiche, lo Stato allenta la garanzia»²⁵⁹. Sicché, in uno scivolamento concettuale progressivo, si giudica negativamente l’ordinamento che «considera in modo differente i soggetti a seconda delle condizioni in cui si trovano»²⁶⁰. Se si ritiene non più riprovevole «l’aiuto a morire di chi si trova in certe condizioni di salute, si determina, automaticamente, un sottoinsieme: la categoria delle persone che possono lecitamente essere aiutate a morire. E questo non può che indurre ad una percezione sociale di minore considerazione e dignità di costoro: vi sono vite meno tutelate, diverse, violabili»²⁶¹. Ragione per la quale, si tiene a precisare, le conseguenze «non si ripercuotono solo sul diritto alla vita e sulla sua inviolabilità, ma anche sull’uguaglianza quale pari dignità, senza

²⁵⁶ A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all’autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l’ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, cit., 32.

²⁵⁷ A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, cit.

²⁵⁸ E. FURNO, *Il “caso Cappato”: le aporie del diritto a morire nell’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, I, 2019, 152.

²⁵⁹ G. RAZZANO, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all’invioabilità della vita e chiama «terapia» l’aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 632.

²⁶⁰ *Ivi*, 633. Sul punto si veda C. TRIPODINA, *Quale morte per gli “immersi in una notte senza fine”? Sulla legittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio e sul “diritto a morire per mano di altri”*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, per cui «una cosa è omettere o sottrarre trattamenti terapeutici salva-vita per lasciare che la malattia faccia il suo corso; altra cosa è aiutare a suicidarsi o uccidere un consenziente provocandone attivamente e direttamente la morte». Non è solo un’ipocrisia decidere in base all’omissività o alla commissività che la scelta richiede. Si tratta di andare a toccare il radicato tabù del non uccidere, fondamento del vivere sociale e di ogni ordinamento giuridico. Non è un tabù che non ammette eccezioni (si pensi all’uccisione per legittima difesa; o alla pena di morte, negli ordinamenti in cui viene ammessa). Ma le eccezioni non possono essere introdotte per analogia; per scivolamento da una fattispecie all’altra; e neppure fatte discendere fumosamente da principi costituzionali tessuti insieme purchessia. Occorre un processo di maturazione collettiva e, alla luce di questo, una decisione politica democratica per introdurre nel nostro ordinamento un’altra eccezione al tabù del non uccidere in nome del diritto di morire per mano d’altri» (147-148).

²⁶¹ G. RAZZANO, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all’invioabilità della vita e chiama «terapia» l’aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 632.

distinzione di condizioni personali e sociali (art. 3 Cost.)»²⁶². Un risultato nefasto che, sul piano costituzionale, genera un altro: quello di una concezione di dignità «estranea alla tradizione giuridica europea, che si dimostra piuttosto incline a valorizzare della dignità la sua *dimensione di carattere sociale, comunitario o relazionale* per coglierne il riflesso di parametri oggettivi ed *eterodeterminati egualmente validi per tutti* (art. 3 Cost.), qualunque sia, sembrerebbe, lo stadio e il livello qualitativo dell'esistenza, e destinati a prevalere su visioni individualistiche e personali»²⁶³.

Prese seriamente, queste affermazioni dovrebbero condurre a una conseguenza logico-giuridica, per cui tutti devono essere trattati allo stesso modo, indipendentemente dalle evidenze empiriche, dalle condizioni sanitarie e dagli orientamenti etici, religiosi, culturali e filosofici che orientano le determinazioni volitive di ciascuno in materia di vita libera e dignitosa. Il che sembra trovare conferma in una attestazione di principio basata sulla similitudine fra suicidio assistito, omicidio e pena di morte: «quanto operato dalla Corte è una deroga al divieto assoluto di uccidere (sia pure chi vuole ed è in un certo stato) e resta grave così come lo sarebbe un'eventuale deroga al divieto di pena di morte, costituzionalmente inaccettabile anche ove fosse reiteratamente richiesta dagli stessi condannati, in casi limitati, dopo aver avuto possibilità alternative, all'esito di una verifica rigorosa sulla loro piena capacità e libertà, oltre che sulle modalità della procedura»²⁶⁴.

17. Etiche prudentemente relativistiche

Ora, l'impressione è che, occupate a sottolineare i pericoli di un giudice con poteri paralegislativi, tali critiche sorvolino sulla quotidiana fatica dell'esperienza umana, indi sugli effetti concreti di una siffatta giurisprudenza. Nel farlo pongono l'accento sul bisogno di riportare l'opera dei giudicanti nei classici confini funzionali come disegnati da una risalente concezione della separazione dei poteri, in cui i tribunali devono tenersi alla larga dalla potestà normativa. E pur di arrestare tendenze opposte si è disposti ad eclissare la loro autorità esaltando, se del caso, quella della collettività, della società e dei medici. Lo testimoniano i continui richiami all'insistenza della Corte costituzionale per una medicalizzazione dell'aiuto al suicidio. Una insistenza che, secondo le suddette critiche, «appare non solo una forzatura, ma anche un'irruzione nella c.d. riserva di scienza»²⁶⁵: la professione del medico «segue da millenni un paradigma che vieta di procurare la morte del paziente. Un dato incontestabile che trova riscontro, com'è noto, in tutti i codici deontologici del mondo e, in particolare, nell'art. 17 del Codice di deontologia medica italiano del 2014 (intitolato Atti finalizzati a provocare la morte), il quale prevede che "il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocarne la morte"»²⁶⁶. Ma se siano innanzi a dati sì certi, incontestabili e generalmente applicabili, allora il medico non dovrebbe favorire atti finalizzati a cessare i trattamenti sanitari anche quando è il paziente a chiederlo. Per non parlare delle cure palliative (legge n. 38/2010) e delle dichiarazioni anticipate di trattamento (legge n. 219/2017) le

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, cit., 31 (corsivo dell'Autore).

²⁶⁴ G. RAZZANO, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all'inviolabilità della vita e chiama «terapia» l'aiuto al suicidio*, cit., 634.

²⁶⁵ *Ivi*, 636.

²⁶⁶ *Ivi*, 637.

quali, prevendendo l'intervento del medico, lo vedono porre in essere atti che, possiamo chiamarli come vogliamo, sono comunque finalizzati a provocare la morte, o almeno la possono favorire.

Insomma, l'impressione è che queste critiche estremizzino, e in un certo qual modo distorcano, il senso della giurisprudenza costituzionale. Lo fanno oscurando la complessità del difficile equilibrio del diritto positivo, tanto più in una materia stravolta dalle possibilità di intervento della tecnica. Possibilità, queste, sconosciute al legislatore del 1930 e al Costituente del 1948, quando l'art. 580 c.p. e la Costituzione furono approvate e, per le ragioni suesposte, non si poneva il problema di assicurare un prolungamento qualitativamente dignitoso della vita in certe condizioni sanitarie. Il che porta a riconsiderare gli orientamenti della Consulta, la quale non può essere accusata di sponsorizzare una tirannica assolutizzazione del principio di autodeterminazione, frutto a sua volta di una conformistica tendenza dei giudici in generale e della Corte costituzionale in particolare verso posizioni di spinto relativismo e di spiccato individualismo. È vero invece il contrario.

In virtù di un laico e sostenibile pluralismo etico, questo filone giurisprudenziale segna semmai il passaggio dei concetti di vita e dignità da una prospettiva definitoria autoritativamente oggettiva e collettiva a una soggettiva e prudentemente relativistica. Lì il bene della dignità e il dono della vita sono definiti dall'alto in conformità alla volontà della collettività come tradotta in norme da legislatori democraticamente eletti e, quindi, da maggioranze contingenti. Nel secondo caso, è la persona che, in base a regole di pacifica convivenza destinate a durare nel tempo, decide cosa sia più giusto e dignitoso per la propria esistenza²⁶⁷, ma senza intaccare i processi democratici né scadere nello scetticismo estremo, o peggio nel nichilismo giuridico. Sono scelte che in quanto tragiche attengono alla sfera personale²⁶⁸. Di modo che per la Consulta i pur ampi margini di discrezionalità politica attribuiti alle macchine legislative non possono spingersi fino al punto da imporre al malato la continuazione della vita anche quando egli la considera non più compatibile con la (sua) concezione di dignità di essere umano. Una dignità che, alla luce e in presenza di gravi patologie, è impedita da sofferenze estreme di cui la scienza medica, lungi da legittimare accanimenti terapeutici, deve ragionevolmente ridurre la portata distruttiva²⁶⁹. Deve cioè evitare che la dignità si traduca nel suo opposto, nell'umiliazione del malato e delle sue determinazioni volitive.

Sul punto è opportuno sottolineare le differenze fra l'ordinanza 207/2018 e la sentenza 242/2019 sul caso *Cappato*. La prima sottolinea la connotazione soggettiva della dignità, declinata nell'«idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale»²⁷⁰. Nella seconda l'inciso è risultato ormai squilibrato dopo che, nell'intervallo di tempo tra ordinanza e sentenza, la Corte, nel respingere la questione di costituzionalità del reato di sfruttamento della prostituzione, ha richiamato il concetto di dignità della persona umana, intesa però in senso oggettivo: un senso

²⁶⁷ V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, spec. 32, 40, 96.

²⁶⁸ Sul punto già Cass., Sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, che vede «nella persona umana un valore etico in sé». Il che «vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo e assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del 'rispetto della persona umana' in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive».

²⁶⁹ Così Cass., Sez. IV pen., 4 giugno 2019, n. 23252.

²⁷⁰ Corte cost., ord. 207/2018, p.to 9 *Considerato in diritto*.

diverso da quello rinvenibile nella nozione di «“dignità soggettiva”, quale la concepisce il singolo imprenditore o il singolo lavoratore»²⁷¹. Il che pone sotto una luce differente i contenuti dell’ordinanza 207/2018, dove si privilegia la nozione soggettiva di morte dignitosa: quella del malato che, nel respingere condotte paternalistiche del legislatore e informate al comune sentimento sociale²⁷², contiene una forza espansiva tale da oltrepassare la fattispecie dell’aiuto al suicidio per scivolare sul terreno, se possibile più eticamente spigoloso, dell’eutanasia. Il che, d’altra parte, rischia di produrre contrasti e paradossi rispetto al cardinale rilievo del valore della vita, pure affermato dalla Corte costituzionale nella suddetta ordinanza.

Il risultato più importante è la rimozione dell’inciso “morte dignitosa” dalla sentenza n. 242/2019. Un intervento imposto da una concezione di dignità non assolutizzata ma, appunto, calata nella realtà della malattia e degli effetti concreti dei fatti scientifici e normativi. Quelli che, sotto i poderosi progressi della scienza medica, sono stati registrati e assunti nell’ordinamento in modo da offrire al malato la possibilità di continuare indefinitamente le terapie, ma senza oscurare il divieto di accanimenti medicali e la possibilità di accedere alle cure palliative, compresa la sedazione profonda. La Corte connette così la razionalità costituzionale con le scelte del paziente, alle quali è conferita maggiore dignità²⁷³. Opera perciò una prudente relativizzazione del concetto che, alieno da una dimensione di pura astrazione, si concretizza entro le coordinate delle condizioni reali della persona. Dovesse trascendere dai suoi bisogni e dai suoi diritti, la dignità rischierebbe di tramutarsi nel suo contrario: nell’umiliazione del malato e delle sue determinazioni volitive.

18. Dignità e diritto alla vita

La prudente caratterizzazione della dignità è ormai un tratto consolidato del diritto vivente che, alle prese con i casi concreti sottostanti alle singole dispute, ha valorizzato «la specifica percezione del sé quale soggetto responsabile, e non mero oggetto passivo, della propria esperienza esistenziale»²⁷⁴. Una valorizzazione tanto più importante quanto più alle prese con i momenti intensi ed emotivamente pregnanti «della vita, qual è il confronto con la realtà della fine»²⁷⁵. La dignità non può prescindere dalla protezione giuridica di una specifica forma dell’autodeterminazione individuale, quella che si esplica nella condizione di una esistenza affetta da patologie a esito certamente infausto²⁷⁶. In questo modo la dignità non assolutizza l’autodeterminazione. Al contrario la relativizza alla luce del bene della vita, a sua volta definita al lume delle situazioni particolari che, per tragica evenienza, la persona malata quotidianamente sperimenta. Il rispetto della sua (personale) dignità si declina nella tutela della

²⁷¹ Corte cost., 7 giugno 2019, n. 141. Va infatti precisato che qui il concetto in questione è evocato nella cornice dell’art. 41 (comma 2) Cost.

²⁷² Come del resto evocato da Corte cost., n. 141/2019: «[è], dunque, il legislatore che – facendosi interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico – ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, una attività che degrada e svisciva l’individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente».

²⁷³ N. COLAIANNI, *Incostituzionalità prospettata e causa di giustificazione dell’aiuto al suicidio: novità nella continuità*, in *Rivista telematica* (www.statoechiese.it), 2, 2020, 1-26.

²⁷⁴ Cass., Sez. III civ., 23 marzo 2018, n. 7260. Si veda anche Cass., Sez. III civ., 15 aprile 2019, n. 10424.

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ *Ibid.*

sua (personale) autonomia decisionale che, per gli stessi motivi, non può essere circoscritta al rifiuto dei trattamenti sanitari e terapeutici senza poi prevedere una qualche forma di aiuto e di assistenza nel momento estremo e finale dell'esistenza.

La denunciata contraddizione tra l'affermazione dell'inviolabilità della vita, il divieto di uccidere e la depenalizzazione dell'aiuto al suicidio sconta invece la presupposizione ideologica del diritto di vivere che implica il dovere di vivere: entrambi non ammettono eccezioni, neppure in situazioni estreme come quelle prese in esame dalla Corte con la decisione 242/2019. Una presupposizione che in sede filosofica coincide con il Catechismo della Chiesa cattolica, per cui «siamo gli amministratori, non i proprietari della vita che Dio ci ha affidato. Non ne disponiamo»²⁷⁷: va pertanto «negato che esista un diritto a darsi la morte; vivere è un dovere, anche per chi è malato e sofferente»²⁷⁸. Non siamo innanzi a un pensiero violento, anzi può portare «molta consolazione il riconoscere che la vita, più che un nostro possesso, è un dono che abbiamo ricevuto e dobbiamo condividere, senza buttarlo, perché restiamo debitori agli altri dell'amore che dobbiamo loro e di cui hanno bisogno»²⁷⁹. Posizione, questa, legittima che, in certo qual modo, riflette attestazioni di principio sviluppate attorno all'art. 2 Cost. e al relativo dovere di solidarietà. Legittima, certo, ma non traducibile in diritto positivo valevole *erga omnes*. Come, del resto, non può trovare tutela generalizzata il diritto a morire. In caso contrario, quest'ultimo implicherebbe la punizione di chi, salvando qualcuno dalla morte, costringe un soggetto a non portare a termine il tentativo di suicidio: condotta ritenuta addirittura doverosa tanto che la sua mancata attuazione, ricorrendone gli altri presupposti, configura il reato di omissione di soccorso (art. 593 c.p.). Allo stesso modo, se il diritto alla vita comprendesse il dovere di vivere bisognerebbe punire anche il tentativo di suicidio non riuscito per cause indipendenti dalla volontà dell'aspirante: pur considerandolo un disvalore ricavabile dall'art. 580 c.p., l'ordinamento razionalmente non ne punisce la condotta²⁸⁰.

Si può quindi osservare che di fronte a casi come quelli di Fabiano Antoniani non si tratta solamente di rispetto della funzione legislativa, di lotte per l'interpretazione costituzionale, di conflitto tra bioetiche, di ideologiche contrapposizioni tra *pro life* e *pro choice*. Si tratta anche e soprattutto di adottare compromessi ragionevoli, ammissibili in quanto compatibili con un circuito semantico a effetti legali in cui i principi costituzionali e le determinazioni volitive delle persone possano confrontarsi senz'odio filosofico e teologico²⁸¹. Solo così può essere recuperata la sacralità della dignità degli esseri umani, reinterpretata laicamente come protezione delle vite in senso bio-grafico e socio-logico, e non in senso puramente bio-logico²⁸². Di modo che la inviolabilità della vita possa poi essere concepita nella sua concretezza e alla luce delle sapienze diverse, evitando le movenze di un diritto tirannico, tale da imporsi sulle persone, indipendentemente dagli orientamenti morali, etici, culturali e religiosi. Se vuol

²⁷⁷ *Catechismo della Chiesa cattolica*, cit., 561.

²⁷⁸ G. BASSETTI, *Eutanasia e suicidio assistito, quale dignità della morte e del morire?*, in *Avvenire*, 11 settembre 2019.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ Sul punto efficacemente N. COLAIANNI, *Incostituzionalità prospettata e causa di giustificazione dell'aiuto al suicidio: novità nella continuità*, cit., 1-26.

²⁸¹ U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, cit., 28.

²⁸² J. RACHELS, *La fine della vita. La moralità dell'eutanasia*, Torino, 43.

essere dignitosa, l'inviolabilità del diritto alla vita tiene conto delle differenze. Tiene cioè conto di quanto capita ad ogni persona e di quello che ogni persona è, ha, apprezza e desidera.

Detto in lingua costituzionale, la laica sacralizzazione della vita si traduce in un bilanciamento tra inviolabilità e disponibilità. Talché, il cardinale rilievo del suo valore «non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari, anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore)»²⁸³. E, allo stato attuale dell'umile e fallibile conoscenza umana, non si capisce perché il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento, conseguente all'interruzione delle terapie e dei presidi di sostegno vitale: se può rifiutare e sospendere questi (trattamenti sanitari) non si comprende perché non possa accedere a quello (aiuto al suicidio)²⁸⁴.

Il che serve a scandagliare l'effetto pratico di un vuoto normativo, rispetto al quale è opportuno distinguere la posizione del giudice delle leggi da quella del legislatore: qui si impone la discrezionalità politica; lì invece a rilevare è l'obbligatorietà. Sicché, posta di fronte a un vulnus costituzionale non sanato dal Parlamento, la Consulta «è tenuta comunque a porvi rimedio»²⁸⁵ evitando che «l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale: e ciò specie negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte [o dall'inerzia] del legislatore»²⁸⁶.

19. Autonomia individuale e disponibilità della vita

Il fatto è che queste scelte (o non scelte) sovente si traducono in delegazione di potere normativo dal Parlamento ai giudici: a causa della difficoltà dei compromessi politici per l'approvazione delle leggi in

²⁸³ Corte cost., ord. 207/2018.

²⁸⁴ *Ibid.* Sul punto in senso contrario A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. n.207 del 2018)*, in *Consulta online*, 2019, I, per cui il diritto all'aiuto al morire poggia sul diritto a morire della persona gravemente malata ed in tanto «se ne può predicare la esistenza e reclamare la tutela, in quanto previamente si ammetta quest'ultimo. Ciò che, però, non può aversi e non si ha, la Costituzione (e le altre Carte dei diritti) salvaguardando la vita, non la morte». Secondo l'A., «si assiste così ad un ribaltamento dell'ordine logico ed assiologico risultante dalla Carta: il diritto alla vita è snaturato, fatto scivolare e risolto nel diritto alla morte». Su questa intercettazione anche E. FURNO, *Il "caso Cappato": le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit., 147: «[l]a "posta in palio" della quaestio riguarda il passaggio dalla presa d'atto della pretesa individuale alla autodeterminazione terapeutica al riconoscimento di un diritto soggettivo assoluto, in modo da forzare il legislatore a superare il sottile crinale che separa il rifiuto delle cure (legittimo) e la richiesta di una condotta eutanasi (sinora illecita), il "letting die or nature take its course" ed il "killing" del suicidio medicalmente assistito, il lasciarsi morire e "l'uccisione pietosa" del consenziente, che, allo stato, rappresenta una lacuna della nostra legislazione». Di «assolutezza del diritto all'autodeterminazione terapeutica e la sua prevalenza sulla "indisponibilità" del diritto alla vita» parla A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, 9-18.

²⁸⁵ Corte cost.: 10 giugno 2014, n. 162; 7 aprile 2011, n. 113; 5 giugno 2015, n. 96 Tutte richiamate in Corte cost. 242/2019.

²⁸⁶ Corte cost., 19 aprile 2019, n. 99.

materie sì divisive, il primo finisce per investire i secondi del compito di fornire contenuti giuridici precisi e costituzionalmente orientati. Da parte loro, i giudici si trovano innanzi a problemi complessi e intricati, tali perché generati dal rapporto fra diritti fondamentali e utilizzo della tecnica in ambito medico e sanitario. Ne consegue l'ulteriore delega alla Corte costituzionale, chiamata a risolvere le contraddizioni all'interno del tessuto normativo o addirittura a riempirne i vuoti. Ciò incide sulla fisiologia della produzione legislativa e sulla separazione dei poteri, complicati anche dall'atteggiamento del Parlamento: sovente omette di legiferare, lascia che i nodi vengano al pettine del giudiziario e implicitamente affida alle corti la soluzione. Salvo poi insorgere e gridare contro l'usurpazione di potere normativo. Motivo per cui i giudici costituzionali, prima di intervenire in modo incisivo, si ritraggono in ossequio alla discrezionalità del legislatore, molto più attrezzato a fornire indicazioni generali su problemi drammatici e specifici senza dover sottostare agli elementi del singolo ricorso²⁸⁷. Non rinunciano tuttavia a delegare il Parlamento con indicazione dei principi e delle regole costituzionali, come del resto è accaduto con l'ordinanza n. 207/2018 e la conseguente sentenza n. 242/2019²⁸⁸.

Da notare che l'intervallo tra questi due eventi è stato segnato dalla precisazione del Comitato nazionale per la bioetica, per il quale «permane una netta differenza di fatto, con effetti sul piano etico e giuridico, tra il paziente libero di rifiutare o di accettare un trattamento terapeutico e il paziente che chiede di farsi aiutare a morire»²⁸⁹. Rifiutare trattamenti terapeutici per lasciare che la malattia faccia il proprio corso differisce dalla richiesta finalizzata all'aiuto nel suicidio. Sono due situazioni giuridicamente diverse: «l'una ammessa in forza dell'art. 32, comma 2, della Carta costituzionale e della legge 219/2017; l'altra vietata sulla scorta del principio di "non uccidere", posto a fondamento del vivere

²⁸⁷ La riprova è data dalla confusione generata a seguito della sentenza *Cappato* attorno alla nozione di "sostegno vitale", per alcuni circoscritta ad un macchinario che assicura alla persona malata la persistenza di funzioni vitali, come è accaduto nel caso di Fabiano Antoniani e della relativa condizione presa in esame dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 207/2018 e la sentenza n. 242/2019. Per altri, invece, tale nozione deve essere estesa alle terapie farmacologiche. Sul punto nel momento in cui si scrive il Procuratore di Bologna Giuseppe Amato ha avanzato una richiesta di archiviazione del fascicolo a carico di Felicetta Maltese, Virginia Fiume e Marco Cappato (auto denunciati per l'aiuto offerto alla signora Paola, morta in Svizzera dove ha ottenuto la morte volontaria assistita) per il reato di cui agli articoli 110 e 580 c.p., nella quale si afferma testualmente che «diversamente, essendo la questione empiricamente rilevante, dovrebbe porsi una questione di costituzionalità dell'art. 580 c.p., per contrasto con gli articoli 2 e 3 della Costituzione, laddove si ritenesse ancora di rilievo penale la condotta di aiuto al suicidio intendendo la condizione dell'essere 'tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale' come impeditiva dal ricomprendersi anche la somministrazione di farmaci non immediatamente "salva vita"»; cit. in Associazione Luca Coscioni, *Aiuto al suicidio: la Procura di Bologna applica ed estende la sentenza della Consulta su Dj Fabo e la sentenza della Corte di Massa su Davide Trentini*, 13 febbraio 2023, <https://www.associazionelucacoscioni.it/notizie/comunicati/richiesta-di-archiviazione-del-fascicolo-aperto-per-felicetta-maltese-virginia-fiume-e-marco-cappato> (ultimo accesso 15 febbraio 2023). Sul punto si veda anche F. OGNIBENE, *Suicidio assistito "allargato"? Ma così si forza la Consulta*, in *Avvenire*, 14, febbraio 2023; L. LUNDARI PERINI, *La legale "Scelta decisiva ora attendiamo i giudici*, in *la Repubblica Bologna*, 14 febbraio 2023.

²⁸⁸ Sul punto si vedano le considerazioni di S. PRISCO, *Il diritto e la fine della vita. Note preliminari*, in *Astrid*, https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Pris/Prisco_fine-vita_.pdf (ultimo accesso 15 febbraio 2023) per cui «[u]na difficoltà ontologica, per così dire, investe peraltro le relazioni tra bioetica e diritto. Per dirla in breve, si tratta dell'incommensurabilità di principio tra lo strumento primario in cui si esprime ordinariamente il secondo (la legge dell'assemblea rappresentativa) e la strutturale irriducibilità a norma dei problemi posti dalla prima».

²⁸⁹ Comitato nazionale di bioetica, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, 18 luglio 2019, 12.

sociale»²⁹⁰. Le eventuali «eccezioni non possono essere invocate per analogia, ma in merito alla loro possibile liceità, essere semmai oggetto di una decisione specifica da parte della Corte costituzionale o del legislatore»²⁹¹. L'inerzia di questo si è infatti tradotta nella decisione (n. 242/2019) di quella. In entrambi i casi assume ancor più rilievo l'ordinanza del 15 dicembre 2021 con cui la Cassazione trasmette alla Corte costituzionale la richiesta di referendum *ex art. 75 Cost.*

L'obiettivo dei suoi promotori è una parziale abrogazione dell'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente), in particolare dell'intero comma 2 e, per quanto riguarda il primo e il terzo comma, delle parole «la reclusione da sei a quindici anni» e «si applicano». Fosse ammesso alla consultazione ed approvato per via popolare, l'art. 579 così reciterebbe:

«[c]hiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso: 1) contro una persona minore degli anni diciotto; 2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno»²⁹².

In questo modo, la richiesta fa venire al pettine il nodo lasciato irrisolto dalla Consulta con la citata sentenza *Cappato* che, come si è notato, esclude la punibilità della interruzione dei trattamenti sanitari «anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore)»²⁹³. In altre parole, la proposta referendaria sottolinea con più vigore la porosità tra la condotta omissiva delle cure e la condotta attiva dell'aiuto al suicidio che, in determinate circostanze (quelle previste dalla sentenza *Cappato*) sostanzialmente si equivalgono, quantomeno sul piano naturalistico. Tanto più che, secondo la Consulta, non vi è ragione per la quale il fondamentale rilievo del valore della vita debba tradursi in un rifiuto alla richiesta di un aiuto da parte del malato di interrompere le cure e rendere meno doloroso, quindi più dignitoso, il congedo dall'esistenza terrena. Il che, a sua volta, rende permeabile il muro tra omissione o rifiuto delle cure e intervento di un terzo finalizzato all'aiuto al suicidio, sostanzialmente equivalenti in ordine – appunto – agli effetti naturali e finali²⁹⁴. Ammessa la capacità del soggetto di prendere decisioni libere e consapevoli, emerge anche una affinità fra gli articoli 580 e 579 c.p., al punto da prospettarsi una irragionevolezza della differenza di trattamento sanzionatorio e di esigibilità della pena: almeno nell'area individuata dalla sentenza *Cappato*, sanzione ed esigibilità sono escluse dal primo articolo, non anche dal secondo.

Il problema giuridico che tuttavia si prospetta con la richiesta referendaria è l'effetto generalizzato di liceità dell'omicidio del consenziente: un effetto che, conseguente alla vittoria del SI alla consultazione popolare, non sarebbe circoscritto alla causazione, con il suo consenso, della morte di una persona

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² Sull'ammissibilità di questo quesito referendario si vedano i lavori in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali - Rassegna*, 1, 2012 reperibile in <http://www.amicuscuriae.it/wp-content/uploads/2022/01/volume-intero-Amicus-Curiae-2021.pdf> (ultimo accesso 10 febbraio 2023).

²⁹³ Corte cost., n. 242/2019.

²⁹⁴ *Ibid.*

affetta da malattie gravi e irreversibili. Questa delimitazione non emerge dal quesito, bensì dalle intenzioni del comitato promotore, per il quale l'intervento mediante referendum consente l'eutanasia attiva nelle forme previste dalla legge, attraverso cioè l'alleanza terapeutica e la dichiarazione anticipata di trattamento: lecita «in presenza dei requisiti introdotti dalla Sentenza della Consulta sul "Caso Cappato"», la condotta rimarrà punita se «commessa contro una persona incapace o contro una persona il cui consenso sia stato estorto con violenza, minaccia o contro un minore di diciotto anni»²⁹⁵. Fatto sta che, come si diceva, queste informazioni non si desumono dal quesito referendario che, alla luce delle considerazioni del comitato, è importante non tanto per quello che dice, quanto per quello che non afferma, per il non-detto improntato alla piena disponibilità della vita. Fuori da queste intenzioni e dai casi di incapacità o dai vizi nella formazione del consenso, il successo dell'iniziativa referendaria renderebbe lecita l'uccisione di una persona con l'accordo della stessa: né più e né meno che un generico diritto all'autodeterminazione individuale e una generale inoffensività della condotta prevista dall'art. 579 c.p., condotta esercitabile anche di là delle ipotesi individuate dalla sentenza *Cappato* in relazione all'art. 580 c.p. La riprova arriva dagli stessi promotori, per cui «l'esito abrogativo del referendum farebbe venir meno il divieto assoluto dell'eutanasia e la consentirebbe limitatamente alle forme previste dalla citata legge n. 219/2017 in materia di consenso informato»²⁹⁶: quando valido (cioè quando reso da un soggetto capace di agire, intendere, volere e non vittima di reati contro la sua libertà morale) il consenso di cui all'art. 579 andrebbe incanalato nelle forme previste dalla legge del 2017 e nei limiti introdotti dalla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale. Ma ciò è relegato nell'ambito degli auspici. L'inserimento del nuovo art. 579 (ossia quello della normativa di risulta a seguito dell'eventuale successo del SI al referendum) nel quadro ordinamentale indicato dal comitato non è automatico. È il frutto di una interpretazione futura, quindi incerta: una interpretazione difficilmente praticabile dalle giurisdizioni ordinarie se non «sollevando una eccezione di incostituzionalità sulla disparità di trattamento dei soggetti vulnerabili, e quindi degli agenti che a loro prestino aiuto, a seconda che essi siano o non fisicamente in grado di procurarsi da soli la morte»²⁹⁷.

Si aggiunga che l'applicabilità della legge n. 217/2019 al fine di procedimentalizzare il consenso riguarda «la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza»²⁹⁸, non anche un trattamento sanitario che, all'opposto, procura la morte. Il che illumina la differenza rispetto all'ipotesi previste dall'art. 580 che, a seguito della sentenza *Cappato*, è possibile inquadrare in un contesto di cure ritenute, come nel caso di Fabiano Antoniani, insopportabili al punto di volerne l'interruzione ex art. 32 Cost.

Per tutte queste ragioni, la Corte costituzionale giudica inammissibile la richiesta, proprio perché, eliminando la fattispecie meno severamente punita di omicidio consentito e limitando l'applicabilità delle disposizioni sull'omicidio comune alle sole ipotesi di invalidità del consenso, «il testo risultante dall'approvazione del referendum escluderebbe implicitamente, ma univocamente, a contrario, la rilevanza

²⁹⁵ Referendum Eutanasia Legale, *Liberi fino alla fine*, <https://referendum.eutanasialeale.it/il-quesito-referendario/> (ultimo accesso 15 febbraio 2023).

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ N. COLAIANNI, "A chiare lettere - Confronti". *Ammissibile? Alcuni dubbi sul referendum fine vita*, in *Rivista telematica* (www.statoechiese.it), 2021, 22, 42, anche in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, 77-83.

²⁹⁸ Art. 1, quinto comma, legge 219/2017.



penale dell'omicidio del consenziente in tutte le altre ipotesi: sicché la norma verrebbe a sancire, all'inverso di quanto attualmente avviene, la piena disponibilità della vita da parte di chiunque sia in grado di prestare un valido consenso alla propria morte, senza alcun riferimento limitativo»²⁹⁹. A dimostrazione del fatto che il risultato auspicato dai promotori non è per definizione automatico. Non lo è anche perché la Corte costituzionale non si trova nella posizione del legislatore. Si aggiunga che in sede di giudizio di ammissibilità del referendum la Corte deve valutare la chiarezza del quesito anche alla luce della determinatezza della norma di risulta. Sul punto occorre ribadire che in apparenza la domanda referendaria è chiara: si vuole la decriminalizzazione dell'omicidio del consenziente. Se però l'oggetto vero è il non-detto, allora diventa opaca: per coglierne il senso non basta la lettura, bisogna conoscere anche l'intenzione dei proponenti. Ma come precisato a più riprese dalla giurisprudenza costituzionale, i propositi e gli intenti dei comitati promotori circa la futura disciplina legislativa che potrebbe o dovrebbe eventualmente sostituire quella abrogata sono irrilevanti. Né tanto meno «ad una richiesta referendaria abrogativa è possibile di per sé attribuire un significato ricostruttivo di una nuova e diversa disciplina»³⁰⁰. Quello che conta è il quesito, che va valutato nella sua portata concreta ed effettiva. E il quesito in esame incide su una normativa costituzionalmente necessaria³⁰¹: l'oggetto della richiesta ex art. 75 Cost. è una disposizione legislativa ordinaria a contenuto costituzionalmente vincolato, il cui nucleo «normativo non può essere alterato o privato di efficacia senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa (o di altre leggi costituzionali)»³⁰².

Detto altrimenti, l'effetto pratico del fatto normativo conseguente al successo referendario sarebbe stato quello di una liberalizzazione della disciplina del fine vita. Una sorta di effetto tirannico dell'autodeterminazione individuale, invocabile anche in assenza di malattia, da parte di chiunque e al di fuori di procedimenti preventivi di autorizzazione e verifica in ambiente medico e sanitario. Con la conseguenza di un controllo affidato al solo procedimento penale che, sebbene obbligatorio, interviene *ex post*, ovvero mediante un accertamento sulla validità del consenso di un soggetto ormai deceduto. Il che porta nuovamente a focalizzare l'attenzione su quanto esaminato in precedenza rispetto al doppio intervento della Corte costituzionale del 2018 (n. 207) e del 2019 (n. 242).

²⁹⁹ Corte cost., 2 marzo 2022, n. 50. Per commenti alla decisione si vedano per tutti G. LUCCIOLI, *Le ragioni di un'inammissibilità. Il grande equivoco dell'eutanasia*, in *Giustizia Insieme*, 8 marzo 2022; A. RUGGERI, *Autodeterminazione versus vita, a proposito della disciplina penale dell'omicidio del consenziente e della sua giusta sottrazione ad abrogazione popolare parziale (traendo spunto da Corte cost. n. 50 del 2022)*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2022, 465-485; S. TROZZI, *Aspetti de iure condito e prospettive de iure condendo in materia di fine vita. La Consulta si pronuncia per l'inammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2022, 323-345; S. PENASA, *Una disposizione costituzionalmente necessaria ma un bilanciamento non costituzionalmente vincolato? Prime note alla sentenza n. 50 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Diritto comparati*, 17 marzo 2022; R. D'Andrea, *Inammissibile il quesito sull'omicidio del consenziente: tutela minima della vita o conferma del dovere di vivere?*, in *Sistema penale*, 1 aprile 2022.

³⁰⁰ *Ibid.* Sul punto si veda la capostipite di questo filone giurisprudenziale ossia Corte cost., 7 febbraio 1978, n. 16. Su cui per tutti si veda G. AZZARITI, *Il "modello" della sentenza n. 16 del 1978 e il carattere abrogativo del referendum: un ritorno al futuro?*, in *Costituzionalismo.it*, 25 maggio 2005. Si veda anche Corte cost.: 10 ottobre 1997, n. 35; 7 febbraio 2000, n. 49; 28 gennaio 2005, n. 45. Si veda anche F. ALICINO, *Un referendum sull'otto per mille? Riflessioni sulle fonti*, in *Rivista telematica (www.statoechiase.it)*, 33, 2013, 1-35, e alla bibliografia ivi pure riportata.

³⁰¹ Corte cost., n. 50/2022.

³⁰² *Ibid.*

Vero è che il cardinale rilievo del valore della vita non può tradursi in un dovere di vivere a tutti i costi. Ma è altrettanto evidente che questo valore neppure consente una disciplina delle scelte di fine vita che, in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale, ignori le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite³⁰³. Innanzi al bene della vita umana, la libertà di autodeterminazione non può mai prevalere incondizionatamente sulle ragioni di tutela del medesimo bene risultando, al contrario, necessario un bilanciamento che assicuri una protezione minima³⁰⁴. D'altra parte, ciò autorizza l'affermazione per cui, in materie caratterizzate da delicate questioni di bioetica e da un alto grado di tecnicità, l'intervento dei giudici da solo non basta. Alla luce di istanze etiche di vario genere, i limiti del potere normativo dei giudicanti semmai s'accennano.

20. Conclusioni e prospettive

Lo testimonia il tragico precedente di Federico Carboni, la prima persona a morire in Italia mediante suicidio medicalmente assistito. Un caso, questo, risolto con l'intervento dell'amministrazione sanitaria marchigiana, nel solco di quanto stabilito dalla Consulta con la sentenza *Cappato*. Ma solo dopo anni di indecente attesa, almanaccata da vani dibattiti, molteplici pareri³⁰⁵ e ulteriori pronunce giudiziarie³⁰⁶. Con il risultato che Federico Carboni ha dovuto reperire il farmaco (costoso) dietro prescrizione di un medico privato e si è pure dovuto procurare la strumentazione necessaria per l'auto-somministrazione. Cosa che è stata possibile con l'aiuto di una associazione³⁰⁷, quella di cui è tesoriere Marco Cappato, protagonista della vicenda giudiziaria sfociata nel doppio intervento della Corte costituzionale del 2018-2019. Per evitare simili crudeltà è bene allora che le Regioni intervengano preventivamente e in spirito di leale e costituzionale collaborazione. Lo possono fare per via amministrativa, nelle more del provvedimento parlamentare e della conseguente legge regionale, come richiesto, anche sul piano procedurale, dall'art. 117 Cost.: «nelle materie di legislazione concorrente [e la sanità è una di queste] spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato». E, in assenza di questi principi, la bussola per le Regioni è oggi rappresentata da quelli fondamentali minimi, come impressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale³⁰⁸, con cui non si pongono neanche problemi di obiezione di coscienza: attribuito

³⁰³ Corte cost., ord. n. 207/2018.

³⁰⁴ Corte cost., n. 50/2022.

³⁰⁵ Si veda quello dell'Azienda sanitaria unica regionale delle Marche, in <https://www.associazionelucacoscioni.it/wp-content/uploads/2021/03/Diniego-Asur-Marche.pdf> (ultimo accesso 2 febbraio 2023).

³⁰⁶ Si veda Trib. di Ancona, 26 marzo 2021, in <https://www.associazionelucacoscioni.it/wp-content/uploads/2021/03/Decisione-Trib-Ancona.pdf> (ultimo accesso 2 febbraio 2023) nonché Trib. di Ancona, 9 giugno 2021, <https://www.associazionelucacoscioni.it/wp-content/uploads/2021/06/Tribunale-Ancona-Ordinanza-Collegio.pdf> (ultimo accesso 2 febbraio 2023).

³⁰⁷ Per approfondimenti Associazione Luca Coscioni, *È morto "Mario", il primo caso di suicidio assistito in Italia*, <https://www.associazionelucacoscioni.it/il-caso-di-mario-che-chiede-la-morte-assistita-in-italia-e-porta-in-tribunale-la-asl-punto-per-punto> (ultimo accesso 2 febbraio 2023).

³⁰⁸ Sul punto va notato che il 18 gennaio 2023, dopo la bocciatura di una proposta di legge regionale sul suicidio medicalmente assistito, una delibera della Giunta della Puglia impone alle strutture sanitarie di «dare attuazione alla sentenza della Corte costituzionale sul fine vita», la sentenza *Cappato*, per l'appunto; PRESS Regione Puglia,



al medico il diritto di prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato, l'obbligo semmai si impone nei confronti della struttura sanitaria³⁰⁹. Il che porta ad altre e, va detto, per nulla conclusive riflessioni. È innegabile che nelle materie eticamente sensibili l'atteggiamento del giudice possa a volte essere quello di un legislatore. Al contempo, non si esclude che i tribunali possano dare l'impressione di forzare l'interpretazione sino al punto di sgretolare il testo, corrodere le leggi «dal di dentro come i tarli, e alla fine farle cadere in polvere, ridotte a formule vuote»³¹⁰. Lo possiamo evitare? Impossibile dirlo alla luce delle attuali conoscenze. Quello che si può fare è definire correttamente cosa s'intende per potere discrezionale dei giudici, a cominciare da quelli costituzionali. I quali sono chiamati a risolvere un problema d'applicazione della Costituzione. Devono, ad esempio, capire se un organo dello Stato sia obbligato ad agire in un certo modo o se questo stesso organo, nell'esercizio delle sue funzioni, abbia oltrepassato competenze assegnategli dalla Carta. Si tratta di comprendere quali comportamenti le Costituzioni autorizzano, obbligano o interdicono. La risposta risulta da un'attività interpretativa. E questo perché, come in tutti quei casi in cui v'è di mezzo una formula normativa, il responso è raramente iscritto in modo chiaro nel testo.

Di più, gli enunciati costituzionali sono generalmente molto più indeterminati sul piano del significato di quanto lo possano essere le disposizioni legislative o regolamentari: queste di solito sono più tecniche e specifiche di quelli. Perciò, alle prese con il materiale costituzionale, l'interpretazione si risolve innanzitutto nell'individuazione di un insieme di soluzioni possibili fra le quali il giudice deve effettuare una scelta, motivandola. Si scopre così che la norma è anche il prodotto del giudice che, interpretando la legge, l'applica al caso concreto³¹¹. E si è ben consapevoli che non esiste un significato in sé del testo, a meno di naturalizzare il diritto, e che la disposizione generale ed astratta non è più la stessa – qualunque cosa ciò voglia dire – nel momento in cui è utilizzata per il caso particolare. Questo però non significa che la creazione giudiziaria del diritto è una creazione *ex nihilo*: l'applicazione del diritto da

18 gennaio 2023, <https://press.regione.puglia.it/-/giunta-18-gennaio-delibera-su-fine-vita> (ultimo accesso 2 febbraio 2023).

³⁰⁹ Corte cost., n. 242/2019. Sul punto cfr. P. VERONESI, *Per una legge sull'aiuto al suicidio (e l'eutanasia volontaria) dopo l'ord. cost. n. 207 del 2018: una possibile mappa*, in *Studium Iuris*, 5, 2019, 569; N. VETTORI, *Suicidio assistito e amministrazione sanitaria. Note a prima lettura sulle prospettive aperte dalla Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal*, 1, 2020, 229; M.E. BUCALO, *La "circoscritta (e puntellata) area" di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. fra self-restraint della Corte costituzionale e perdurante inerzia del legislatore*, in *Biolaw Journal* 1, 2020, 119; B. LIBERALI, *L'aiuto al suicidio "a una svolta", fra le condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?*, in *Diritticomparati.it.*, 9 dicembre 2019; P. VERONESI, *La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia": dubbi e conferme nella sentenza sul "caso Cappato"*, in *Biolaw Journal*, 1, 2020, 19-20; M. D'ARIENZO, *Scelte di fine vita, tutela della dignità del disabile e diritto all'autodeterminazione dell'esercente la professione sanitaria: considerazioni a margine della legge n. 219/2017 alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019*, in *Federalismi.it*, 20, 2020, 403; C.B. CEFFA, *Obiezione di coscienza e scelte costituzionalmente vincolate nella disciplina sul "fine vita": indicazioni e suggestioni da una recente giurisprudenza costituzionale*, in *Nomos*, 1, 2021, 1-26.

³¹⁰ P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in *Id.*, *Opere giuridiche*, Napoli, 1965, I, 511.

³¹¹ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 68, per cui «[n]ell'uso giudiziario del diritto, l'applicazione è in funzione dell'interpretazione e l'interpretazione è in funzione dell'applicazione».

parte del giudice presuppone l'esistenza di un testo, senza il quale non può esserci alcuna interpretazione³¹².

Al contempo, bisogna ricordare che la democrazia è sovente la via consueta per «il regime delle fazioni; una parte, sia pure la maggioranza, può pretendere di valere come totalità e così impadronirsi della cosa comune, di farsene cosa propria. Le leggi che obbediscono a interessi di parte sono manifestazione di questa corruzione; le leggi personali, ne sono la manifestazione estrema»³¹³. Senza che nessuno si scandalizzi, possiamo quindi dire che le istituzioni giudiziarie e la stessa giustizia costituzionale non fanno parte della democrazia³¹⁴. Non ne fanno parte, ma la proteggono dai suoi eccessi limitandola in conformità al testo, al quale il giudice deve comunque appigliarsi, se non altro come pretesto³¹⁵. In questo senso le Corti, a cominciare da quelle costituzionali, servono a preservare nella democrazia l'elemento – appunto – della costituzionalità. I giudici non sono in *sensu* stretto il prodotto del processo democratico, ma servono alla democrazia, nel *sensu* costituzionale della formula.

Allo stesso modo si dovrà pure ricordare che gli odierni progressi tecnologici e scientifici sono tali da aver generato una crisi epistemologica attorno ai concetti cardini dell'esistenza quali vita, morte e dignità. Innanzi a questa rivoluzione la discrezionalità dei giudicanti si estende o si restringe anche in connessione ai variabili atteggiamenti dei parlamenti. Lo dimostra quello italiano che, nelle materie eticamente sensibili, ha negli anni oscillato fra stati di inerzia e regole di parte e di eccezione. A causa della vaghezza degli enunciati normativi, spesso necessaria per raggiungere il compromesso per l'approvazione della legge, ha di fatto delegato il giudiziario a riempirli di contenuto preciso o costituzionalmente orientato. Ha finito così per conferire potere normativo alla giurisprudenza. Salvo poi riservarsi la possibilità di gridare all'usurpazione, come è accaduto nei casi della legge 40/2004, della sentenza *Englaro* del 2007 e del doppio intervento *Cappato* del 2018-2019 della Corte costituzionale.

Va anche detto che in questi ambiti la lotta per l'interpretazione costituzionale si è spesso giocata sotto i crismi della santificazione della Costituzione, particolarmente evidente in quella americana, venerata alla stregua di una potenza suprema che dal *vacuum* irrompe nel mondo materiale³¹⁶. L'osservatore disincantato, invece, si limita umilmente a registrare che la Costituzione è una nostra fallibile invenzione, come il diritto in tutte le sue sfaccettature. L'unico criterio decente per definirla è quindi la *recta ratio*, dove *rectitudo* non significa contemplazione di valori dogmatici ossequiosamente adorati. L'interpretazione è *recta* quando il valutante la utilizza pragmaticamente e con scandaglio critico: ciò che, nelle democrazie costituzionali, si conforma a un laico pluralismo etico, ammissibile nella misura in cui onora le verità costituzionali indefinitamente perfettibili, tali perché rispettose della persona umana, la sua dignitosa imperfezione e fallibilità.

³¹² O. PFERSMANN, *Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution*, in MELIN-SOUCRAMANIAN (a cura di), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, 2005, 34-35 52.

³¹³ G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Torino, 2005, 119.

³¹⁴ *Ivi*, 120.

³¹⁵ Cfr. L.H. TRIBE, *Taking Text and Structure Seriously: Reflections on Free-Form Method in Constitutional Interpretation*, in *Harv. L. Rev.*, 1995, 108.

³¹⁶ Su cui da ultimo C. DAWES, J. ZINK, *Is "Constitutional Veneration" an Obstacle to Constitutional Amendment?*, in *Journal of Experimental Political Science*, 2022, 9(3), 395-406 ; A. R. BROWN, J. C. POPE, *Measuring and Manipulating Constitutional Evaluations in the States: Legitimacy Versus Veneration*, in *American Politics Research*, 2019 47(5), 1135-1161; S.V. LEVINSON, *The Iron Cage of Veneration*, in *VerfBlog*, 2021 27, <https://verfassungsblog.de/the-iron-cage-of-veneration/>, DOI:10.17176/20211227-205148-0, e alla bibliografia *ivi* pure citata.

Ora, non si esclude che tutte queste attestazioni celino altrettante mistificazioni. Quantomeno però consentono di evitare la tragica illusione di chi vuole realizzare il paradiso in terra quando, al contrario, sta preparando per gli altri un molto rispettabile inferno etico³¹⁷.

³¹⁷ È qui evidente il rinvio a K.R. POPPER, *La miseria dello Storicismo*, Milano, 2002, 22.