

Confini mobili

Antonio D'Aloia

Scrivere l'editoriale di un fascicolo "aperto" di una rivista, cioè privo di un indirizzo tematico predefinito (anche se in modo non esclusivo), è un'operazione niente affatto facile. Non ci sono riferimenti unitari, le suggestioni che vengono dai tanti (ed eterogenei) contributi raccolti nel volume sono molteplici e assolutamente "trasversali" all'interno di questo universo plurale (sia sul piano degli "oggetti" che dei punti di vista) che è la bioetica, e ovviamente il suo versante giuridico.

Inoltre, la produzione di temi nuovi, o semplicemente la riproposizione di vecchi conflitti in forme che non sono mai le stesse, è continua e incessante. Alla fine, anche un *issue* come questo, non fa che rappresentare solo parzialmente una realtà in costante movimento e trasformazione. Proverò allora a muovermi "tra le linee", come si usa dire nel gergo calcistico, cercando di trovare dei fili che riescano a tenere insieme, o almeno a collegare in qualche punto, le riflessioni e i temi dei *paper*.

Un primo elemento comune può ravvisarsi nella conferma che il ritmo del biodiritto viene essenzialmente dal lavoro della giurisprudenza. È qui che cultura giuridica, fatti e bisogni sociali, atteggiamenti culturali trovano combinazioni mai del tutto prevedibili o definitive, perché su queste sintesi incidono tante cose, in modo disordinato e casuale, come ci ricorda Roberto Bin con la metafora dell'entropia, e nessun giudice «può riuscire a ricreare esattamente il complesso delle informazioni che lo hanno guidato alla conclusione»¹. Il biodiritto continua ad essere un prodotto delle aule dei Tribunali, di una ricerca inesauribile di

giustizia e diritti che nasce dalle esperienze umane.

Sentenze dei giudici comuni o delle Corti supreme e costituzionali di ciascun Paese, decisioni di giudici sovranazionali si affollano e si inseguono sulle medesime questioni o su questioni collegate: non è facile orientarsi né disporre di criteri univoci di composizione di questo materiale.

Non lo è (o meglio non può esserlo sempre) il principio della massima espansione del diritto, pure prefigurato nella giurisprudenza costituzionale (sent. n. 317/2009): quella stessa giurisprudenza che più recentemente (sent. n. 49/2015), è tornata a rivendicare un ruolo prioritario dell'interpretazione "secondo" costituzione, affermando che «il dovere del giudice» di «uniformarsi alla "giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente" [...] in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza», e di «interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU» è, «ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU». Non sempre sono possibili (sebbene auspicabili) «approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, [...] una soluzione del caso concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe queste fonti. Ma, nelle ipotesi estreme in cui tale via appaia sbarrata, è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana».

In altre parole, sui temi bioetici, non sempre interpretazione costituzionalmente orientata e interpretazione conforme alla giurisprudenza e al diritto convenzionale europeo giungeranno ad esiti convergenti. In alcuni casi, il diritto al quale si pensa di dare la massima protezione non è lo stesso, e comunque cambiano gli elementi (interessi) del contesto. La maggiore rilevanza del "caso" per la giurisprudenza comune e convenziona-

¹ R. BIN, *A discrezione del giudice*, Milano, 2013, 61-66.

le può spostare l'angolo di visuale rispetto all'analisi che invece fa il giudice costituzionale.

Anche quando Corte Costituzionale e Corte europea dei diritti arrivano a un risultato comune, il percorso argomentativo presenta delle differenze: nel caso del divieto di diagnosi genetica pre-impianto, la Corte costituzionale non ritiene necessario o non vuole muoversi nel solco della decisione della Corte EDU nel caso *Costa-Pavan*?

Decisioni come quelle sui casi *Lambert* e *Paradiso-Campanelli* sollevano nuove (possibili) ipotesi conflittuali tra giurisprudenza interna (sul primo tema non della Corte costituzionale) e sovranazionale.

Due considerazioni sul caso *Lambert*, sul quale intervengono, con posizioni anche molto diverse, i contributi di Conti, Hennette-Vauchez, Razzano.

La Corte EDU non ribalta la sua giurisprudenza sull'inconfigurabilità di un diritto di morire sulla base dell'art. 2 della Convenzione. Nondimeno, la valutazione di non incompatibilità della procedura francese di interruzione delle cure *life-sustaining* con il diritto alla vita si basa non solo sulla volontà (indirettamente espressa o ricostruita di Lambert: qui la Corte EDU tiene per buona la ricostruzione del *Conseil d'Etat*), quanto sul concetto di accanimento terapeutico, di futilità dei trattamenti somministrati a Vincent Lambert. E del resto la legge francese permette l'interruzione o la non attivazione di trattamenti «inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie».

A mio avviso, lo scarto rispetto alla sentenza Englaro è forte e non privo di rischi².

La Corte di Cassazione, nella difficile sentenza del 2007, tenne fermo il principio per cui il rappre-

sentante «deve decidere non “al posto” dell'incapace né “per” l'incapace, ma “con” l'incapace: quindi ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche».

I due elementi, l'oggettività di condizioni di salute “estreme” ed “eccezionali”, e il dato soggettivo di una volontà espressa dal (o attribuibile al) soggetto dovevano essere necessariamente compresenti. Così non è nella logica della normativa francese, che la Corte EDU ha giudicato conforme alla Convenzione.

Inoltre, per la Cassazione, il trattamento di nutrizione e idratazione artificiale non costituisce una tecnica invasiva, o una forma di accanimento terapeutico, parlando invece di un «presidio proporzionato rivolto al mantenimento del soffio vitale, salvo che, nell'imminenza della morte, l'organismo non sia più in grado di assimilare le sostanze fornite o che sopraggiunga uno stato di intolleranza, clinicamente rilevabile, collegato alla particolare forma di alimentazione».

Insomma, la sentenza Englaro, pur con le incertezze e le perplessità legate proprio al profilo della volontà “ricostruita” della ragazza, rappresenta un enorme e forse non del tutto compreso sforzo di ragionevolezza giuridica, sulla premessa (per me insuperabile) che (anche) «[c]hi versa in stato vegetativo permanente è, a tutti gli effetti, persona in senso pieno, che deve essere rispettata e tutelata nei suoi diritti fondamentali, a partire dal diritto alla vita e dal diritto alle prestazioni sanitarie, a maggior ragione perché in condizioni di estrema debolezza e non in grado di provvedervi autonomamente. La tragicità estrema di tale stato patologico [...] non giustifica in alcun modo un

² In questo senso mi sembra vada anche la valutazione, pur non negativa della decisione, di C. CASONATO, *Un difficile diritto. Il caso Lambert tra necessità e rischi*, in *La Nuova Giur. Civ. commentata*, 9, 2015, 500-501.

affievolimento delle cure e del sostegno solidale che il Servizio Sanitario deve continuare ad offrire e che il malato, al pari di ogni altro appartenente al consorzio umano, ha diritto di pretendere fino al sopraggiungere della morte [...].».

Anche la sentenza *Paradiso-Campanelli* (su cui si sofferma il *paper* di Ludovica Poli) è al centro di valutazioni fortemente conflittuali.

Da un lato, è vero probabilmente che imporre un riconoscimento giuridico al fatto illegale del legame tra un minore e i suoi genitori sociali che hanno fatto ricorso alla pratica della surrogazione di maternità, vietata dalla l. 40, significa erodere una scelta legislativa che personalmente continuo a considerare ragionevole, o comunque non valutabile in termini di incostituzionalità.

Tuttavia, quando la Cassazione italiana pochi mesi prima aveva giudicato legittima la dichiarazione dello stato di adottabilità di un minore (sent. 11 novembre 2014, n. 24001), nato da una donna ucraina su commissione di una coppia italiana, allontanandolo dal nucleo familiare nel quale era stato (pur illegalmente) e ormai da tempo inserito, mi era sembrata l'espressione (pure formalmente corretta) di un diritto "disumano", e mi era tornata alla memoria la critica disperata di Natalia Ginzburg alla legge italiana sulle adozioni in riferimento al caso di Serenza Cruz, quando scriveva: «ho l'impressione che quelli che operano nel mondo delle adozioni, abbiano davanti a sé una sorta di piccolo paesaggio perfetto, dipinto col pennellino, un piccolo paesaggio dove non devono esistere contrasti, dove tutto deve essere liscio e lindo, un piccolo paesaggio totalmente irreali. La realtà non rassomiglia per nulla a questi piccoli paesaggi perfetti. È irsuta e ispida, impervia, fatta di circostanze incontrollabili, di reazioni che è impossibile prevedere». Anche Stefano Rodotà, allora, aveva chiesto una modifica alla legge sulle adozioni che garantisse la possibilità dell'adozione anche in condizioni di illegalità, quando la permanenza del bambino in

una famiglia abbia avuto una certa durata³; e in fondo questo esito, come ricorda Ludovica Poli, è adombrato proprio dalla Corte EDU in alcuni passaggi.

Viceversa, si muove – almeno parzialmente – su binari condivisi rispetto al diritto nazionale la decisione resa dalla Grande Camera in relazione al caso *Parrillo*.

La Corte EDU esclude nettamente la violazione del diritto al rispetto della proprietà privata (art. 1, protocollo 1, CEDU) della ricorrente perché gli embrioni non sono "cose", *possessions* secondo il significato del primo protocollo addizionale della Convenzione: per il Giudice europeo, pur non essendo necessario «to examine here the sensitive and controversial question of when human life begins [...] Having regard to the economic and pecuniary scope of that Article, human embryos cannot be reduced to "possessions" within the meaning of that provision».

Resta però un possibile contrasto con la legge 40 in quanto per la Corte europea il diritto al rispetto per la vita privata e familiare tutelato dall'art. 8 CEDU comprende anche il diritto a donare i propri embrioni creati *in vitro* alla ricerca scientifica, sebbene gli Stati mantengano sul punto un ampio margine d'apprezzamento nella decisione su come regolare la ricerca scientifica sugli embrioni umani, tema sul quale non esiste un *consensus* fra gli Stati europei.

Nella legge 40, invece, è vietata la produzione di embrioni a fini di ricerca e di sperimentazione, e dunque dovrebbe essere preclusa anche la donazione per tali finalità. Certo, prima o poi bisognerà affrontare la condizione degli embrioni "soprannumerari": è davvero così irragionevole immaginare un percorso di adozione "per la nascita", o – se non più impiantabili e quindi destinati a spegnersi irreversibilmente – una loro utilizza-

³ Cfr. N. GINZBURG, *Serenza Cruz o la vera giustizia*, Torino, 1990, 87 e 95.

zione per la ricerca in analogia all'espanto di organi da persone ormai decedute?

Ragionamenti e confini "mobili", che investono anche il nodo fondamentale del consenso, come si coglie molto bene nei lavori di Burton, sulla donazione di organi, e di Stefano Rossi sul complicato rapporto tra anoressia e TSO.

Il binario su cui si muove la riflessione di Rossi è davvero stretto, e tutt'altro che lineare. Fino a quando il paziente anoressico è ancora capace di intendere o di volere, e quando invece la sua malattia arriva al punto da condizionare o "falsare" la sua possibilità di consenso? La risposta è che... non c'è una risposta valida per tutti i casi: il TSO rischia di essere, fuori da casi estremi e di urgenza, una reazione troppo rigida, una semplificazione rispetto all'orizzonte del necessario rispetto della persona umana e delle altre condizioni legittimanti di cui al secondo comma dell'art. 32 Cost. L'insidioso connotato dell'anoressia è che essa è, in un certo senso e irriducibilmente, l'espressione di un'identità personale, di un modo di essere: stabilire quando diventa pericolosa questa identità, quando rischia di annullare la capacità stessa di avere un'identità, di percepirla come un contenuto di "senso della propria dignità", è appunto un confine assolutamente incerto e mutevole.

Ancora una volta le immagini della salute (e della malattia), le linee di distinzione tra le due condizioni, appaiono pericolosamente confondersi, assumere tante configurazioni quante sono le soggettività e le esperienze umane ed esistenziali alle quali fanno capo.

L'identità personale, la salute come benessere psichico oltre che fisico, diventano il motore di processi di formazione di nuovi diritti, come il cambiamento di sesso, anche senza intervento chirurgico.

La sentenza della Cassazione (n. 15138/2015), analizzata nel contributo di Gabriele Maestri, at-

tribuisce al diritto ad autodeterminarsi in ordine all'identità di genere un rilievo fondamentale, direttamente radicato sui più importanti e generali parametri costituzionali (gli artt. 2, 3, 32). L'intervento di modificazione dei caratteri sessuali non può essere un presupposto obbligatorio nel percorso di acquisizione della nuova identità di genere, ma solo – come dice la stessa legge del 1982 – «quando risulti necessario», espressione che giustamente merita di essere valorizzata identificando casi in cui il soggetto non possa sottoporsi a questo tipo di interventi.

Il sesso è tra le frontiere più "calde", in questa fase storica, nel campo della biopolitica e del biodiritto. Matrimonio omosessuale (o almeno regolamentazione delle unioni civili), *step-child adoption*, la questione del divorzio "imposto" al transessuale coniugato, la rivendicazione di identità "indefinite", cioè non riconducibili ai due generi tradizionali, sono i temi più controversi sul tappeto.

Anche qui, è il diritto giurisprudenziale a cercare degli assestamenti, ma persistono divergenze radicali: e così, se molti giudici ordinari provano a forzare il muro della specificità del diritto italiano di fronte alle richieste di riconoscimento di matrimoni omosessuali o di forme di genitorialità all'interno di coppie dello stesso sesso legalmente "costituite" in altri Paesi (cfr. Trib. Palermo, decr. 15/4/2015; Trib. Minorenni di Roma, sent. 30/6/2014; Trib. Bologna, ord. 10/11/2014, che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della normativa vigente laddove non consentirebbe il riconoscimento di una adozione legalmente effettuata all'estero nell'ambito di una famiglia formata da due persone dello stesso sesso), il Consiglio di Stato, nella recentissima decisione sulla trascrizione del matrimonio *same-sex* celebrato all'estero (III sez., sent. 26 ottobre 2015, n. 4897), ha riaffermato che la diversità di sesso dei nubendi costituisce una «connotazione ontologica essenziale dell'atto di matrimonio».

Da ciò consegue che la trascrizione di questo tipo di unione matrimoniale è un «atto radicalmente invalido (cioè nullo) o inesistente», in quanto «[...] mancante di un elemento essenziale della sua stessa giuridica esistenza».

Questa conclusione, secondo il Supremo Collegio amministrativo, è coerente con la lettura costituzionale dell'art. 29 proposta dalla Corte Costituzionale (nelle sent. n. 170/2014 e 138/2010), e non viene contestata dalla recente sentenza della Corte EDU nel caso *Oliari* (21 luglio 2015): la Corte di Strasburgo ha censurato il nostro Paese solo per la mancanza di una disciplina che assicuri tutela giuridica alle coppie omosessuali, senza spingersi tuttavia a chiedere o ad imporre che tale regolamentazione debba avvenire esclusivamente nelle forme del matrimonio.

Questa decisione è stata accolta da polemiche furiose: il giudice relatore è stato accusato di essere cattolico, di avere una posizione preconcepita contro le coppie gay, dimenticando che la decisione è opera di un collegio di cinque giudici. La sentenza è stata considerata come un gigantesco passo indietro nel cammino verso la piena eguaglianza sessuale.

Polemiche francamente esagerate, non meno inaccettabili di quelle che criticano le sentenze asseritamente «progressiste» con argomenti che non hanno niente a che vedere con i contenuti della motivazione, ma con i presunti pregiudizi ideologici dei magistrati che le hanno adottate.

Piaccia o no, il quadro giuridico italiano su questo tema è quello definito dalla due sentenze del giudice costituzionale prima richiamate: le unioni omosessuali sono formazioni sociali costituzionalmente garantite, meritano una necessaria disciplina di tutela dei diritti di coloro che ne fanno parte, ma questo non deve avvenire per forza (anzi nemmeno può avvenire, alla luce del radicamento del paradigma eterosessuale nell'art. 29 Cost.) attraverso l'istituto del matrimonio.

Riconoscere matrimoni omosessuali celebrati all'estero sarebbe un modo troppo facile per eludere la scelta costituzionalmente conforme (quella di non disciplinare il matrimonio omosessuale, non certo quella di disattendere il mandato della Corte Costituzionale di approvare una disciplina di tutela giuridica di queste coppie) dell'ordinamento italiano.

Per chiudere un breve riferimento a due recenti sentenze della Corte Costituzionale su questioni bioetiche. La prima è la celebre e commentatissima sent. n. 96/2015, che ha dichiarato incostituzionale il divieto di diagnosi genetica preimpianto.

È venuto giù un altro pezzo della legge 40 che ormai, come ho detto altrove⁴, è «un muro (normativo) ormai pieno di buchi, e –per rimanere in metafora– anche alcuni pilastri appaiono fortemente lesionati. [...] una (ex) legge che formalmente sopravvive al progressivo sgretolamento di alcuni dei suoi contenuti fondamentali, sostituiti da soluzioni ri-scritte dalla giurisprudenza costituzionale, come punto terminale di un “lavoro di squadra” che ha coinvolto tutti gli apparati giurisdizionali, i giudici comuni innanzitutto, e (con specifico riferimento alla questione della DPI), la Corte EDU».

La Corte ancora una volta opera con una additiva di principio, che dovrà essere precisata nei suoi contorni attuativi dal legislatore. La dichiarazione di incostituzionalità (e la rimozione conseguente del divieto) è rivolta «al fine esclusivo della previa individuazione di embrioni cui non risulti trasmessa la malattia del genitore comportante il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni (se non la morte precoce) del nascituro, alla stregua del medesimo “criterio normativo di gravità” già stabilito dall'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978».

⁴ *L'ex 40*, in *Quad. Cost.*, 4, 2015.

Non ogni patologia o motivazione può giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili (con richiesta di preliminare sottoposizione degli embrioni prodotti a DPI); ma solo, per usare le parole del Giudice costituzionale, una «malattia comportante il pericolo di rilevanti anomalie e malformazioni», o una «grave malattia genetica ereditaria».

Vanno allora individuate, anche con modalità sottoposte ad accertamento periodico (oltre che scientificamente «orientate»), queste condizioni patologiche legittimanti, che in larga parte sono quelle che consentono l'aborto terapeutico, anche se la norma del 1978 sembra avere un ambito di applicazione più ampio e meno oggettivo, sul quale pesa in modo determinante il riflesso «gravemente pericoloso» della situazione patologica relativa al nascituro sulla salute fisica e psichica della donna.

Fuori da queste situazioni, anche dopo la sent. n. 96, resta il limite di accesso alla PMA alle sole coppie sterili o infertili, e resta la non praticabilità della DPI per finalità *lato sensu* eugenetiche.

La seconda sentenza è la n. 115/2015, in cui la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittima una legge regionale calabrese che prevedeva alcune modalità di ricevimento e trasmissione, da parte dell'ufficiale di anagrafe, delle dichiarazioni di volontà in tema di donazioni di organi e di tessuti *post mortem*.

La disciplina regionale era meramente riproduttiva di una disciplina già presente a livello statale: ma questo non serve ad escluderne la illegittimità per violazione della competenza statale esclusiva in materia di «anagrafi», e di «ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali» (art. 117, comma 2, lett. i) e g), Cost.), per il semplice fatto di aver operato una «novazione della fonte con intrusione negli ambiti di competenza statale».

Ancora una conferma che sulle questioni bioetiche il diritto non può non avere una dimensione

necessariamente e strettamente nazionale, sebbene su alcune tematiche «minori» si registri una significativa attività legislativa (e amministrativa) regionale, come per esempio in materia di cremazione e dispersione delle ceneri, banche del sangue cordonale, discipline del benessere e attività bionaturali, regolamentazione delle pratiche di tatuaggio, *piercing* e attività correlate, equipollenza e sostituibilità dei farmaci (Corte cost., sentt. nn. 271/2008 e 44/2010), disciplina igienica degli alimenti (sentt. nn. 162/2004 e 95/2005).