

Ricerche giuridiche

110

nuovissima serie

Ricerche giuridiche
Collana diretta da

A. CELOTTO, F. LIGUORI, L. ZOPPOLI

Comitato Scientifico

A. Antonucci, R. Bifulco, F. Capriglione, I. Caracciolo, R. Chiarelli,
G. Di Taranto, L. Fernandez Del Moral Dominguez, L. Gatt, R. Giampetraglia,
M. Iovane, R. Mastroianni, G. Montedoro, M. Pellegrini, C. Rossano,
M. Sepe, V. Troiano, A. Zito

Questo volume è stato soggetto a referaggio

La collana Ricerche giuridiche accoglie per decisione dei Direttori e dell'Editore sia libri soggetti a referee che quelli non soggetti, ma meritevoli di essere pubblicati secondo la Direzione e l'Editore. Pertanto i lavori pubblicati in questa collana sottoposti, in forma anonima, alla valutazione dei referee saranno contrassegnati con tale dicitura e la relativa documentazione sarà custodita presso l'Editore.

ANDREA PATRONI GRIFFI

**LE REGOLE DELLA BIOETICA
TRA LEGISLATORE E GIUDICI**

EDITORIALE SCIENTIFICA

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2016 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com

ISBN 978-88-6342-953-4

INDICE

Premessa

Diritto, scienza, etica e politica nella prospettiva di una bioetica costituzionale	11
---	----

CAPITOLO PRIMO

LE REGOLE IN BIOETICA TRA RISCHI DI UN LEGISLATORE INADEGUATO E DI ATTIVISMO GIUDIZIARIO

1. Quale norma giuridica per una bioetica costituzionale	23
2. Le leggi sulla vita come costituzionalmente necessarie	34
3. Il ruolo del diritto giurisprudenziale	48
4. Quando il giudice contraddice la scienza	61

CAPITOLO SECONDO

L'EMBRIONE UMANO: DIMENSIONE COSTITUZIONALE E BILANCIAMENTI (IR)RAGIONEVOLI

1. Il pericolo delle leggi irragionevoli nell'inizio vita dinanzi alla Corte costituzionale	75
2. Tutti i bilanciamenti nella diagnosi preimpianto tra giudice delle leggi e Corte di Strasburgo	87
3. Alla ricerca di una tutela ragionevole degli embrioni sovranumerari	101
4. Fecondazione eterologa e discrezionalità legislativa	116

CAPITOLO TERZO

LE LEGGI IN BIOETICA COME COSTITUZIONALMENTE NECESSARIE

1. Il <i>vulnus</i> del legislatore assente nel fine vita a mo' di controprova	129
2. Una riflessione conclusiva	149

<i>Bibliografia</i>	155
---------------------	-----

<i>Abstract</i>	173
-----------------	-----

*“È la vita mortale.
Nasce l'uomo a fatica,
Ed è rischio di morte il nascimento”.*

G. LEOPARDI

*“... se Leopardi fosse stato un atleta,
mancherebbe assai probabilmente
al mondo una delle sue bellezze più
pure”.*

F. CARNELUTTI

*Alla memoria del giudice
Giuseppe Patroni Griffi,
il mio amato padre.*

PREMESSA

DIRITTO, SCIENZA, ETICA E POLITICA NELLA PROSPETTIVA DI UNA BIOETICA COSTITUZIONALE

Le applicazioni più recenti della medicina e della ricerca scientifica pongono fondamentali interrogativi sulla vita “tra ‘moralì’ e diritto”¹, che costituiscono anche grandi, complesse questioni giuridiche. Tali questioni incidono non solo sulla coscienza individuale, ma sullo stesso piano ordinamentale dei valori e principi costituzionali², della dignità umana e della vita e integrità psico-fisica della persona.

“La legge morale vive nella coscienza individuale”, scrive in maniera emblematica la Corte costituzionale³. L’etica ha una naturale dimensione personale e soggettiva che la pone su di un piano “altro”, seppure correlato, rispetto alla valenza necessariamente generale e astratta della norma giuridica. I *dilemmi* della bioetica⁴ “dividono” non solo la coscienza degli individui, nella pluralità delle prospettive etiche, ma anche sul piano politico e del relativo dibattito. Al diritto dovrebbe spettare il difficile compito di fare sintesi, nel senso di cercare di associare, per quanto possibile, le differenti posizioni e

¹ P. BORSSELLINO, *Bioetica tra “moralì” e diritto*, Raffaello Cortina, Milano 2009. Sulle implicazioni della libertà di ricerca sulla tutela della persona nell’ordinamento costituzionale v. già L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Esi, Napoli 1993.

² Pur senza alcuna facile illusione, sottolineata ad esempio da F. D’AGOSTINO, *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, Giappichelli, Torino 2011, quando scrive nella sinossi: “L’autore di questo libro non condivide l’illusione, oggi così diffusa, secondo la quale è sufficiente stabilire alcuni supremi e ragionevoli principi (democrazia, autonomia, non maleficenza, equità, ecc.) per costruire sul loro fondamento una bioetica ed una biopolitica compatte e coerenti”.

³ Corte cost., sent. 19 febbraio 1965, n. 9, che sembra parafrasare la massima kantiana “Il cielo stellato sopra di me e la legge morale in me” de *La critica della ragione pratica*, trad. it., Milano 1999, 501.

⁴ Perché di dilemmi si tratta che dividono le coscienze nella diversità delle prospettive etiche. M. CHARLESWORTH, *L’etica della vita. I dilemmi della bioetica in una società liberale*, trad. G. Gozzini, Donzelli, Roma 1996; C. LALLI, *I dilemmi della bioetica*, Liguori, Napoli 2007.

questioni in una disciplina che ha come potenziali destinatari tutti e che deve potere trovare applicazione in una pluralità indeterminata di casi.

Nella disciplina delle questioni bioetiche, nello Stato costituzionale pluralista, all'estremo opposto dello Stato etico, emerge forte l'esigenza di condurre il dibattito politico, e quindi l'esito dello stesso nel dettato legislativo, in una visione plurale, capace di muoversi nel rispetto dei diversi e contrapposti diritti coinvolti in un ragionevole bilanciamento.

L'ineludibile prospettiva valoriale del dibattito bioetico presuppone, infatti, nell'assetto costituzionale, l'inveramento nella disciplina normativa di diversi principi fondamentali, quali il pluralismo, la dignità, la libertà della persona e la sua autodeterminazione, non esente da correlati aspetti di dovere, l'eguaglianza e la laicità dello Stato⁵, che determinano, al di fuori di una classificazione su scala gerarchica, un politeismo di valori. Si determina una pluralità valoriale che pure risulta incentrata sulla dignità umana quale "nucleo assiologico primigenio"⁶, essenza stessa del moderno Stato

⁵ Su pluralismo dei valori e libertà della coscienza v. tra gli altri F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Giappichelli, Torino 1999; *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. Bin e C. Pinelli, Giappichelli, Torino 1996; *Il pluralismo come innovazione. Società, Stato e Costituzione*, a cura di V. Atripaldi, Giappichelli, Torino 1996. Cfr. con riferimento a pluralismo e bioetica anche C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, 2005 e in *Biodiritto in dialogo*, a cura di C. Casonato, C. Piciocchi, Cedam, Padova 2006, 7 ss.; F. FRENI, *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso*, Giuffrè, Milano 2000; A. MUSUMECI, *Costituzione e bioetica*, Aracne, Roma 2005, spec. 22 ss.; C. PICIOCCHI, *Le fonti del biodiritto. La complessità in dialogo*, in *Biodiritto in dialogo*, a cura di C. Casonato, C. Piciocchi, Cedam, Padova 2006, spec. 91.

⁶ L'espressione virgolettata, riferita al concetto di persona, slegata da ogni logica utilitaristica e posta a fondamento dei diritti inviolabili, è di A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino 1997, 46. Ma v. anche tra gli altri G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Libreria Editrice Vaticana, Roma 2015; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Associazione deicostituzionalisti.it*, 2008; *Dialoghi sulla dignità umana*, a cura di L. Chieffi, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, n. 1/2013 e *ivi* L.

costituzionale pluralista, “valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo”⁷.

È ontologicamente diverso, sia pure su piani che tra di loro strettamente dialogano, in tal senso, il modo in cui il diritto e l’etica si interrogano sull’individuazione di regole di condotta nelle più delicate questioni della vita, la quale si pone come naturale sede di dibattito dell’elaborazione dell’etica, ma anche degli altri rami delle scienze umane e non.

La bioetica certo coinvolge saperi diversi, chiamati reciprocamente a contaminarsi, e non è circoscrivibile a un unico settore scientifico⁸. Diritto, medicina, biologia, filosofia, e non solo, concorrono all’analisi e offrono possibili strumenti per la soluzione, per quanto possibile, dei dilemmi delle *bioetiche*. È un ambito di questioni le cui risposte non possono essere affidate al sapere giuridico, né ad alcun singolo altro settore del sapere umano. Filosofia, morale e della politica, medicina, biologia, sociologia, antropologia e altre scienze umane, scientifiche e tecnologiche, contribuiscono tutte a delineare un pezzo del mosaico delle bioetiche, che mai potrà essere completato in modo definitivo, in quanto la forma di ciascun pezzo proveniente da ciascun ramo del sapere umano è destinato a evolvere e a modificarsi nel tempo. È infatti questo un tema che vede coinvolti, ciascuno con

CHIEFFI, *Dignità umana e sviluppi del principio personalista*, 3 ss.; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Studi e ricerche Astrid, Passigli, Firenze 2010; P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell’interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2014, 315 ss.; F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Giappichelli, Torino 1987; A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità*, Aracne, Roma 2007.

⁷ Corte cost. sent. n. 239/2000, considerato in diritto n. 4.

⁸ Nell’ambito giuridico il diritto costituzionale è osservatorio privilegiato di analisi della bioetica, quale “scienza delle contaminazioni”, che deve sapere dialogare con le altre scienze. Cfr. A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. D’Aloia, Giappichelli, Torino 2005, 570. V. anche E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, *Rivista AIC*, 4/2015; *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, a cura di V. Baldini, Giappichelli, Torino 2004.

i propri strumenti, filosofi, scienziati e giuristi, in dialogo continuo, dove però è bene non sovrapporre, oltre una certa misura, i differenti osservatori.

La bioetica, in tal senso, si pone come dimostrazione al contempo delle istanze di separazione, ma anche di interazione tra diritto e morale⁹, le quali concorrono entrambe, nella diversità dei piani, ma tra loro comunicanti. Va in definitiva ridimensionata un'impostazione meramente positivista in bioetica. Diritto ed etica costituiscono fondamenti che operano su piani diversi, ma che dovrebbero porsi in una prospettiva di continuo "scambio" nell'affrontare le questioni al contempo bioetiche e biogiuridiche della vita e della dignità del vivere umano. Le norme giuridiche e morali si propongono il "fine di influenzare il comportamento degli individui e dei gruppi", di porre principi e regole, sia pure nella diversità delle prospettive, alla "vita complessa, tumultuosa e mai spenta delle società umane"¹⁰, che trova nella bioetica oggi forse il banco di prova più significativo. La velocità stessa del progresso scientifico e tecnologico delinea un quadro fortemente dinamico delle questioni sollevate e la fine di certezze, anche consolidate nel tempo, con la posizione di nuove questioni ed interrogativi di non facile soluzione, in cui si sovrappongono, non sempre riuscendosi a distinguere, le ragioni dell'etica, del diritto, della scienza e della stessa economia.

La bioetica è dominata dalla pluralità delle possibili visioni morali che non sono indifferenti alla ricaduta sul piano giuridico della disciplina di questioni che toccano il fondamento stesso dell'essere uomo e dell'essere comunità civile e società politica che si dà principi giuridici, a partire dal fondamento costituzionale degli stessi, sulla base dei quali darsi regole. Diritto ed etica certo non sono monadi, che non hanno contatti: il *diritto* è etica "precipitata". E la *scienza* pone i termini scientifici, che non sono fissi¹¹, in ragione del metodo di fal-

⁹ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1965, 234.

¹⁰ Cfr. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino 1958, spec. 4 e 6.

¹¹ Come ammonisce E. SEVERINO, *La filosofia dai Greci al nostro tempo, la filosofia contemporanea*, Bur, Milano 2005, 496: "Il paradiso della scienza è fondato sulla logica della scienza, cioè su una logica *ipotetica*, che ha rinunciato a presentarsi come verità definitiva e incontrovertibile". V., tra gli altri, nella dottrina giuspub-

sificazione, ma costituiscono profili ineludibili, con cui confrontarsi, anche se non per questo sottratti alla considerazione dall'osservatorio delle altre scienze e della stessa politica.

La soluzione a un tale quadro problematico e multidisciplinare posto dalla bioetica non è nella riaffermazione del primato di *una* scienza sulle altre, in specie il diritto. Ciò equivarrebbe a riaffermare il positivismo giuridico tedesco sino alle estreme conseguenze della massima "la legge è legge" (*Gesetz als Gesetz*), anche quando semmai poi la legge "non risponda ai requisiti minimi della morale"¹². Gli anticorpi in tal senso sono, sul piano giuridico, già nell'avvento dello Stato costituzionale, in cui pluralismo e, soprattutto, dignità umana, costituiscono metavalori che si calano in principi supremi sottratti alla politica, allo spazio delle legittime scelte legislative e alla stessa possibilità di revisione costituzionale¹³.

blicistica, L. CHIEFFI, *Introduzione. Prospettive di dialogo tra Scienza e Diritto*, in *La medicina nei Tribunali*, a cura di L. Chieffi, Cacucci, Bari 2016, 9 ss.; L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in *Giur. cost.*, 1998, spec. 975; S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all'epoca della rivoluzione biologica*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014; E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015; S. PAJNO, *Giudizi morali e pluralismo nell'interpretazione costituzionale. Un percorso tra Hart e Dworkin*, Giappichelli, Torino 2013; S. PENASA, *Giudice "Ercole" o giudice "Sisifo"? Gli effetti del dato scientifico sull'esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati*, in *La medicina nei Tribunali*, cit., 2016, che ricostruisce ipotesi di "rinvio" fisso e mobile del legislatore alla scienza (*ivi*, 83 s.); M.C. TALLACCHINI, *La costruzione giuridica della scienza come co-produzione tra scienza e diritto*, in *Le questioni bioetiche davanti alle Corti*, a cura di A. Santosuosso, G. Gennari, *Notizie di Politeia*, 2002, 126 ss.

¹² H.L.A. HART, *Law, liberty and morality*, Stanford University Press, London 1963 e dello stesso A., *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in *Idem, Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milano 1964, 105 ss., spec. 145 e 147.

¹³ Di "struttura assiologica che è immanente nell'ordinamento" scrive F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2008, 35. V. anche *Idem, La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. parl.*, n. 2/2005, 361 ss.; M. DOGLIANI, *Introduzione. Conflitti tragici perché "senza Costituzione"*, in *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, a cura di P. Macchia, Esi, Napoli 2012, 27 ss.

La dignità in particolare ha posizione tale nello Stato costituzionale, nato in contrapposizione alle visioni dell'umano delle esperienze totalitarie¹⁴, da risultare irrettrabile sulla sua difesa in ogni fase della vita, e oltre la stessa. Una posizione di “*supremitas* della dignità” che fa sì che si ponga quale “criterio di bilanciamento di valori, senza che essa stessa sia suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento”¹⁵.

La scienza certo pone le nuove questioni della bioetica, che spesso nascono proprio dai risultati raggiunti dal progresso scientifico, e soprattutto determina i termini scientifici di questo dibattito¹⁶ con cui occorre in concreto confrontarsi; ma la stessa scienza trova nella dignità dell'uomo il limite invalicabile che va necessariamente declinato in concreto attraverso il prisma della politica e del diritto¹⁷. In verità vi sono casi, che non dovrebbero prestare fianco a discussioni, in cui l'evidenza scientifica è tale da orientare la scelta politica in bioetica sino al punto di individuare solo un'opzione normativa come scientificamente sostenibile, riducendo, quasi annullando, il margine di esercizio discrezionale del legislatore e, poi, di apprezzamento del

¹⁴ E. D'ANTUONO, *Diritti umani e la memoria dei giusti*, in *Contributi alla didattica della storia del Novecento. Testimonianze e ricerche sulla Shoah*, a cura di S. Ciconia, La Veglia, Salerno 2000, 55 ss.

¹⁵ “Essa non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima”. Così incisivamente G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Associazione de icostituzionalisti.it*, 14 marzo 2008, par. 2, il quale ricorda *ivi* anche il pensiero sul tema di Sergio Panunzio, secondo cui “la dignità dell'uomo si conserva, e quindi deve essere tutelata, al di là della vita e della morte”.

¹⁶ Sottolinea tra gli altri il rischio di “incoerenza scientifica” delle decisioni legislative nell'inizio vita, ma anche in altri settori, L. CHIEFFI, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le «due culture»*, in *Federalismi.it*, n. 21/2015, 4.

¹⁷ R. BALDUZZI, *La tensione tra il principio di indisponibilità della vita umana ed il principio di autodeterminazione*, in *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, cit., 54 sottolinea che “la scienza insegna, *scientia docet*, nel senso che le acquisizioni scientifiche sperimentali... pongono limiti alla discrezionalità legislativa”, ma anche che “le acquisizioni tecnico-scientifiche non sono da considerarsi un dogma indiscutibile, perché quando operano a fondamento di trattamenti sanitari devono, secondo la Corte, rispettare sia il principio del consenso informato del paziente sia il principio – il valore potremmo dire – del rispetto della persona umana”.

giudice nell'applicazione del diritto al caso concreto. Normalmente però il necessario fondamento nella "ragionevolezza scientifica" della legge non esclude, ma anzi presuppone un ambito di apprezzamento da parte del legislatore che potrà, e anzi *dovrà* – trattandosi di ambiti spesso di leggi costituzionalmente necessarie, come si cercherà di evidenziare – intervenire per porre norme che regolino e fissino principi in quel nuovo ambito oggetto di sviluppo scientifico. Naturalmente tanto più ci troviamo in ambiti di questioni scientifiche controverse¹⁸, e relativi dilemmi etici e politici, maggiore sarà il margine di apprezzamento rimesso al legislatore e maggiore dovrebbe essere la cautela nel porre la norma giuridica all'esito del dibattito politico.

La neutralità della scienza è talora un mito. Spetta alla politica, per conseguenza, sia pure nell'essere confronto tra parti e idee contrapposte, intervenire e *sapere* regolare. Sempre e solo nel rispetto della dignità umana si può porre, nello Stato costituzionale, il tema fondamentale di quanto la scienza vincoli le scelte normative e se essa – e in quali termini e limiti – possa configurarsi addirittura quale parametro interposto nelle questioni di costituzionalità delle leggi in tema di bioetica e chiave di lettura vincolante per lo stesso giudice costituzionale nel valutare la ragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità legislativa¹⁹. Il biodiritto, quale necessaria ricerca di

¹⁸ V. almeno già L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, Milano 1986 e anche M. AINIS, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Giappichelli, Torino 2005.

¹⁹ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino 2012, 177, equipara il dato scientifico a un "parametro interposto di costituzionalità" nonché v. Idem, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *La medicina dei tribunali*, cit., 25 ss. In analoga direzione già A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, Giuffrè, Milano 1994, spec. 134. V. anche G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 31 ss.; Q. CAMERLENGO, *Poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 163 ss.; G. D'AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alle certezze del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 237 ss.; G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso*

principi e regole giuridiche da applicarsi nelle questioni bioetiche, trova nella scienza, che non può però sostituirsi al ruolo ineliminabile della politica, una sede idonea a fondare ragionevolezza, e quindi anche legittimità, delle scelte legislative. Una forma di “legittimazione dall’alto” delle scelte normative, che trarrebbero radice non solo nei principi costituzionali ma anche nella ricerca scientifica²⁰. Invero i principi costituzionali possono essere dinamicamente ricavati, anche ricostruendo nuovi contenuti normativi, che cambiano nel loro significato col passare del tempo e del progresso, mediante l’ausilio della stessa scienza. In effetti, il “*deficit* strutturale degli enunciati costituzionali che danno riconoscimento ai diritti può, dunque, essere almeno in parte colmato attingendo in sede interpretativa alle indicazioni offerte dall’etica e dalla scienza, quali fattori di stabilizzazione e, allo stesso tempo, di rinnovamento semantico degli enunciati stessi”²¹, fornendo così al contempo certezza e dinamicità del diritto, fondamentali nella bioetica. Una certezza che scienza e legge devono cercare di offrire in una “scala ascendente” sino ad arrivare al giudice²². L’elaborazione multifattoriale dei principi consente al diritto costituzionale “di reagire alle incognite del tempo”²³ anche nel campo della bioetica.

Il giurista di diritto positivo ha infatti bisogno di certezza dei contorni delle fattispecie²⁴ a cui applicare le categorie giuridiche, nono-

un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?, a cura di E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi, Giappichelli, Torino 2002, 431 ss.; P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2009, 591 ss.

²⁰ A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, cit., spec. 575 ss.

²¹ A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *Rivista AIC*, n. 10/2016, 16, in nota.

²² G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l’indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2004, 412.

²³ C. PINELLI, *L’interpretazione costituzionale tra teoria e giurisprudenza*, in *Studi in memoria di L. Paladin*, Cedam, Padova 2004, 13.

²⁴ Sulla necessità (e sulla crisi) della fattispecie, per il diritto e per il giurista, v. N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1/2014, che, già nell’*abstract on line*, sottolinea: “il caso è un evento imprevedibile, ma riconoscibile... L’imprevedibilità ha dentro di sé l’idea di un divenire continuo, d’uno scorrere di atti umani e fatti

stante il turbinio dei mutamenti del progresso scientifico. La bioetica invece non può ridursi al solo biodiritto ovvero, *mutatis mutandis*, quest'ultimo non può limitare il proprio campo alla sola scienza giuridica, ma presuppone – va ribadito – “contaminazioni” con altre scienze.

Esemplare, al riguardo, è quanto sottolinea la stessa Corte costituzionale quando nella sentenza n. 96/2015 rimette all'opera di un legislatore “scientificamente informato”, per così dire, o a un legislatore che in qualche modo recepisca quanto emerge in sede di organi tecnico-scientifici, o a essi direttamente rimetta, la “individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili”²⁵.

La bioetica stessa in realtà dovrebbe delinarsi necessariamente al plurale come bioetiche, una riduzione a unità sarebbe infatti possibile solo se fosse immaginabile dare risposta univoca, e certa, a domande, come quella relativa al quesito *cos'è la vita*, dal suo primordiale accendersi, e non solo nel ventre materno, sino al suo esito ultimo, e quali caratteri la vita debba conservare per coniugarsi con la necessaria dignità del vivere umano. La vita è evento e processo

naturali, che non siamo in grado né di determinare con necessità né di prevedere con qualche certezza”. Sulla “dose di imprevedibilità, enormemente accresciuta, che è connessa alle applicazioni dell'ingegneria genetica”, G. COCCO, *Biotechnologie: vietato vietare. Almeno senza sapere, in Europa e biotechnologie*, a cura di G. Cocco, *Rass. dir. pubbl. europeo*, n. 2/2004, 4.

²⁵ Corte cost. sent. n. 96/2015, su cui *infra*, cap. 2, par. 2. Ma v. anche Corte cost. sent. n. 84/2016, dove si legge: “Unicamente al legislatore, infatti, compete la valutazione di opportunità (sulla base anche delle “evidenze scientifiche” e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale) in ordine, tra l'altro, alla utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente “non biopsabili”; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell'embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell'embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la “commercializzazione” degli embrioni residui”. Si tratta di questioni su cui la ragionevolezza della scelta è fortemente influenzata dal dato scientifico. Su ciò *amplius infra*.

che, dai suoi barlumi di inizio al suo esito ultimo, è preso in considerazione dal diritto e forma oggetto di delicati bilanciamenti nelle scelte operate dal legislatore, che devono sapersi muovere nel rispetto di precisi valori, tradotti in principi fondamentali nell'ordinamento costituzionale pluralista.

Certo, l'individuazione del momento a partire dal quale la vita umana debba essere considerata tale, e non più semplicemente come un "ente in potenza", è interrogativo che coinvolge diversi saperi e su cui è difficile acquisire evidenze scientifiche scevre da valutazioni di ordine etico.

Nella bioetica della vita vi è una costante comune tensione, etica e giuridica. Il passaggio dall'elaborazione del concetto etico, al confronto politico, ricollegato al dibattito fortemente avvertito nella stessa società civile su temi così delicati, deve trovare vie adeguate e costituzionalmente sostenibili di traduzione in norme giuridiche²⁶, che fissino i principi e, per quanto possibile, anche chiare regole di condotta, senza per questo negare lo spazio di autonoma determinazione della persona.

Sulla speculazione etica e politica incidono le evidenze espresse dalle scienze, ma ciò non garantisce l'elaborazione di una condivisa teoria dei valori. Se questo avviene – se vi è condivisione di fondo, pur nella pluralità delle posizioni, dei valori sottostanti le questioni più tragicamente "scabrose" della vita –, si ha un *humus* assai fertile in cui trasporre il precipitato etico in diritto all'esito della mediazione politica. È la politica, infatti, a segnare, come detto, in concreto il processo e i futuri contenuti di questo "precipitato". È la politica che ha il compito di creare il "tessuto connettivo" tra i valori e individuarne il punto di ricaduta nel principio e, se possibile, nella concreta regola.

Le decisioni fondamentali della bioetica per tradursi in biodiritto, e prima ancora, lo spazio da lasciare alla regolamentazione giuridica di tali questioni, costituiscono appannaggio, pur con tutti i limiti, della politica. Il legislatore neppure, e anzi tanto meno, nella biopolitica, è onnipotente, perché la bioetica è tutt'altro che costituzionalmente

²⁶ *Amplius* attenta ricostruzione in L. BUFFONI, *Le fonti nazionali del biodiritto: alcuni appunti per una teoria della "sovranità" dell'individuo nella produzione giuridica*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2010, *passim*.

indifferente, come ha dimostrato il giudice delle leggi nella sua giurisprudenza. Con la fine dello Stato liberale ogni residua sovranità della legge è definitivamente tramontata a favore della Costituzione, nonché dell'ordine sovranazionale europeo.

La discrezionalità del legislatore si confronta e trova limite nei valori della Costituzione, non in quanto tali, ma in quanto sussunti nell'ordinamento quali principi supremi della Costituzione, "immediatamente immessi nell'ordinamento giuridico con efficacia *erga omnes*"²⁷, che sono la "veste giuridica" di quei valori, diritti fondamentali della persona e, prima ancora, dignità dell'uomo, quale ricordato "nucleo assiologico primigenio"²⁸ di una democrazia orientata al pluralismo.

Non è affatto una forzatura considerare la bioetica e il biodiritto le nuove frontiere dei diritti fondamentali²⁹. Dalla libertà negativa alle libertà positive, prima, e al riconoscimento dei diritti sociali dell'*homme situé* di Burdau e ai cosiddetti diritti di terza generazione, come il diritto all'ambiente, poi, si arriva in modo problematico al dibattito sulla configurazione di ulteriori, "nuovi" diritti costituzionali, trasversali e impliciti, sulla base dell'importanza assiologica dell'articolo 2 della Costituzione, e non solo, quale riferimento anche delle questioni nuove della bioetica nelle situazioni di inizio e fine vita. In tal senso, si pone un'ulteriore frontiera della tematica dei "nuovi" diritti che, come sottolineato, sul piano dell'ordinamento costituzionale, trova importanti parametri di riferimento nell'articolo 2, nei principi pluralista e personalista, nella dignità umana e sociale, nel principio di autodeterminazione ed altri. Si tratta di principi costituzionali supremi, la cui tutela è frutto di delicati bilanciamenti dagli esiti talora incerti.

Nelle questioni di inizio vita, così come in quelle della fine della vita, o in altri temi nodali del dibattito bioetico, emergono questioni

²⁷ "... e dei quali, perciò, i pubblici poteri devono tener conto anche nell'interpretazione ed applicazione del diritto vigente". Così, sin da Corte Cost., sent. n. 45/1965, considerato in diritto n. 4.

²⁸ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, Roma 1989, 15.

²⁹ È questa anzi la prospettiva che appare condivisa tra i costituzionalisti. V, ad esempio, *Bioetica e diritti dell'uomo*, a cura di L. Chieffi, Paravia-Bruno Mondadori, Torino 2000.

antiche e, al contempo, assai moderne del diritto: a partire dalla distinzione tra politica e giustizia, tra gli spazi di normazione pubblica e la sfera di autodeterminazione privata dell'individuo, tra ciò che può formare oggetto di una disciplina generale e astratta e ciò che resta rimesso alla autonoma volontà del singolo nella determinazione della propria vita. Anche perché le regole sulla vita si muovono in un delicato crinale “tra diritto e non diritto”³⁰.

³⁰ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano 2006.

CAPITOLO I

LE REGOLE IN BIOETICA TRA RISCHI DI UN LEGISLATORE INADEGUATO E DI ATTIVISMO GIUDIZIARIO

SOMMARIO: 1. Quale norma giuridica per una bioetica costituzionale. – 2. Le leggi sulla vita come costituzionalmente necessarie. – 3. Il ruolo del diritto giurisprudenziale. – 4. Quando il giudice contraddice la scienza.

1. *Quale norma giuridica per una bioetica costituzionale*

Quale può essere la “norma bioetica”? La disciplina delle questioni biogiuridiche non può risolversi nella produzione di norme che vadano a tipizzare ogni singola possibile condotta per consentire o vietare le infinite situazioni e i concreti comportamenti bioeticamente rilevanti. Peraltro, ci troviamo di fronte a scoperte bio-tecnologiche così numerose e talora “strabilianti”, in cui il progresso avanza fin troppo velocemente e il diritto non riesce a tenere il passo¹. Una disciplina normativa, che voglia tutto prevedere, rischia di restare sempre indietro rispetto alla velocità del progresso medico-scientifico, che potrebbe rendere presto vetuste e inattuali le soluzioni regolate troppo nel dettaglio. In tal senso, va ribadito che le frontiere della bioetica non sono staticamente fissate, ma vivono in dinamica evoluzione ed è arduo stabilirne gli argini. Occorre una disciplina giuridica, la più “flessibile” possibile, che lasci adeguati spazi al momento dell’applicazione del diritto al caso concreto, senza per questo cadere nell’eccesso dell’indeterminatezza così lasciando gli operatori e i singoli individui di fronte a dubbi circa la liceità o no delle condotte da tenere.

È vero che il livello costituzionale è segnato, come viene sottolineato, da “apertura” ed “incertezza”; ma una dose di incertezza, di “fisiologica incoerenza” senza oltrepassare il limite del “disordina-

¹ Sul tema v. in generale N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari 2001.

mento”² – in una democrazia pluralista, si può aggiungere, che non conosce verità rilevate – è ineliminabile ed è anzi il principale antidoto a una visione etica assolutizzante. Se infatti il parametro bioetico e bionormativo fosse fisso e ineluttabile, esso si presterebbe, col suo ineludibile distaccarsi da una realtà mutevole, a una imposizione “autoritaria” della “norma etica”, che invece deve trovare la sua perenne legittimazione nella “giuridicizzazione”³ in via democratica dei mutevoli valori di riferimento.

Lo spazio politico rappresenta l’arena di confronto e di dibattito democratico tra soggetti, che ben possono essere portatori, in una società pluralista, sinanche di impostazioni valoriali contrapposte, ma che devono poi cercare, proprio nella sede politica, il terreno comune di confronto, al fine di consentire la “costruzione di un consenso valoriale” di fondo nel testo positivo, che è la prima condizione per una “bioetica senza aggettivi”⁴. In una siffatta “bioetica senza aggettivi”, infatti, può unicamente fondarsi la bioetica costituzionale che, per apparente paradosso, è l’unica aggettivazione possibile in un ordinamento pluralista.

L’esperienza proprio dell’Assemblea Costituente, con le sue matrici così segnatamente divise e con il ritrovarsi delle stesse in un Patto comune, è altamente significativa di questa necessità di sapere individuare soluzioni di sintesi alte nell’operare le scelte più difficili e cruciali. In un’epoca in cui le ideologie sono tramontate, un accordo di compromesso in teoria non dovrebbe essere più difficile rispetto all’epoca della Costituente. La “tentazione della via maggioritaria” è

² C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., spec. 146 ss.

³ Sulla giuridificazione della vita, v. N. IRTI, *Il diritto nell’età della tecnica*, Editoriale Scientifica, Napoli 2007, spec. 42 s.

⁴ Secondo la felice definizione di P. GIUSTINIANI, *Bioetica e laicità dello Stato*, in *Bioetica. Percorsi e incroci*, a cura di P. Favo, A. Staglianò, Esi, Napoli 2008, 122 ss., spec. 125 e 129. Già L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in *Bioetica e diritti dell’uomo*, cit., XI sottolineava come la “contrapposizione” tra concezioni laica e cattolica “all’interno del dibattito dottrinale e nelle stesse Assemblee parlamentari” abbia reso complicato il “raggiungimento di una sintesi che, smussati gli eccessi liberistici, da un lato, e dogmatici, dall’altro, tentasse di rinvenire un giusto punto di equilibrio conforme, questa volta, al catalogo assiologico contenuto nel testo costituzionale dello Stato”.

il “primo rischio del legiferare sulle scienze della vita”⁵. L’assolutismo dei propri valori, tipica delle religioni rivelate, della propria appartenenza, trova forse ragione nell’elaborazione etica e religiosa, ma anche se coincidente con una maggioranza parlamentare – sempre mutevole peraltro – deve riuscire comunque, nelle scelte della politica, a tradursi in un “minimo comune denominatore valoriale” con altre opzioni concorrenti di valori presenti nella società e rappresentati sia pure da minoranze parlamentari.

La disciplina legislativa, per le principali questioni della bioetica, dovrebbe intervenire quale sintesi politica delle pluralità ideali presenti in Parlamento, per quanto possibile, secondo la massima di Spinoza del “*nihil detestare, at omnia comprehendere*”; e non invece come “vittoria” di alcuni, sia pure espressione di una maggioranza parlamentare, “contro” gli altri. Le contrapposizioni assolutizzanti impediscono il raggiungimento di un accordo politico, perché si nega in radice la dignità delle posizioni dell’avversario e dunque ogni spazio di possibile confronto. E il procedimento, la forma delle decisioni in ambito bioetico, riveste importanza nodale quasi quanto il contenuto stesso delle decisioni.

La legge, che disciplini temi bioetici, chiama i parlamentari, quali legittimi rappresentanti della Nazione, a effettuare un’opera di ragionevole scelta e auspicabile, fin dove possibile, sintesi tra le diverse alternative, che comunque sappia esprimere un’opzione regolativa rispettosa dei diritti delle minoranze e soprattutto della coscienza delle persone⁶. Ecco, una buona norma in bioetica è una norma che, in genere, ponga principi, disciplini semmai facoltizzando le condotte, bioeticamente rilevanti, lasciando margini alle scelte individuali dei soggetti coinvolti.

Nel ritrovamento di una norma flessibile in bioetica un ruolo importante è svolto dalla stessa deontologia professionale, medica in particolare, come si è già avuto modo ampiamente di rilevare⁷. Possono ricostruirsi addirittura i termini di un “circuito” di stretti rapporti

⁵ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 113.

⁶ G. DI COSIMO, *Costituzione e coscienza. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Giuffrè, Milano 2000.

⁷ Si rinvia *amplius* a A. PATRONI GRIFFI, *Diritti della persona e dimensione normativa nel codice di deontologia medica*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, cit., 247 ss.

tra deontologia e diritto. In assenza di una chiara e organica legislazione di settore, le stesse norme deontologiche assumono, sotto una pluralità di profili, un rilievo fondamentale in termini, al contempo, di impropria, ma utile supplenza e garanzia. In questi casi, la deontologia può assumere un ruolo di “supplenza regolativa”, ponendo un quadro di condotte mediche, conformi e difformi dal codice deontologico, che costituisce comunque garanzia dei diritti dei cittadini e di tutela dello stesso medico. La mancanza di una disciplina normativa lascia in effetti il medico solo di fronte a delicate questioni da cui dipende la vita e, talvolta, la stessa dignità umana dell’individuo. Il codice di deontologia fissa un quadro di riferimento che aiuta a dare maggiore certezza in ordine alle condotte lecite e non.

Ciò non meraviglia se si ricorda che l’ordinamento giuridico non si risolve nel solo diritto statutale né in una mera sommatoria di norme, ma si compone anche di altri elementi. Nella ricostruita pluralità degli ordinamenti giuridici rivestono grande importanza quelli non statuali. E, proprio relativamente ad alcuni di essi, già Santi Romano mostra come talora l’ordinamento statutale “per una sua imperfezione non voluta o per una limitazione che si è imposta, per la sopravvivenza di disposizioni antiquate o per la mancanza di norme più adatte alla vita moderna, non riesce ad adeguare e reggere tutta la posizione degli enti medesimi...”, i quali “allora si creano un ordinamento giuridico proprio, interno, che è diverso da quello a essi attribuito dallo Stato e che talvolta non si limita ad integrare quest’ultimo, ma gli si contrappone”⁸. In tal senso, a ben vedere, i precetti deontologici possono essere considerati extragiuridici solo dal punto di vista del diritto (di provenienza) statutale, ma non anche dell’ordinamento giuridico generale, sia sotto il profilo della responsabilità disciplinare dei medici, sia nel campo della responsabilità penale e civile⁹.

⁸ S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze 1977, 126. All’A. spetta il merito, almeno in Italia, di avere distinto il diritto in quanto tale dal diritto statutale senza per questo ricorrere al concetto di diritto naturale. Sul tema cfr. anche la celeberrima opera di M. HAURIOU, *Théorie de l’institution et de la fondation*, Parigi, 1925 o, nella traduzione italiana, *Teoria dell’istituzione e della fondazione*, Giuffrè, Milano 1967.

⁹ Nei termini già da me analizzati in *op. ult. cit.*

La deontologia medica ha anche attitudine a indirizzare e influenzare le stesse scelte politiche operate a livello normativo. È evidente però che tale ruolo di “indirizzo” sulla successiva attività legislativa, svolto dal codice di deontologia, presenta, al contempo, vantaggi ed elementi di pericolo, che trovano entrambi fondamento nella sede di formazione della disciplina deontologica. Si tratta infatti di un fenomeno di “autonormazione”¹⁰, in cui la classe medica è al tempo stesso autrice e destinataria dei precetti deontologici. E ciò costituisce, da un lato, garanzia che le soluzioni proposte siano espressione di esperienza e conoscenza delle questioni e che vi sia all’origine un tendenziale consenso del mondo scientifico al contenuto delle regole. Mentre, d’altra parte, venendo ai limiti, una disciplina delle principali questioni bioetiche di carattere esclusivamente deontologico si risolverebbe in una regolamentazione che proviene da un ordine professionale, cioè da uno degli attori, che esprime interessi di categoria, non necessariamente coincidenti con l’interesse generale.

È la legge a dover porre una disciplina normativa chiara delle principali questioni bioetiche, ma che non per questo rinunci a porsi come “flessibile”, rispetto a frontiere mobili, mai statiche, ma in dinamica evoluzione, come sono quelle della bioetica¹¹.

La sede naturale dell’individuazione dinamica di tali “nuove frontiere del diritto”¹², in uno Stato di democrazia pluralista, non può che

¹⁰ Sulla distinzione tra imperativi autonomi ed eteronomi, cfr. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., 100.

¹¹ “Frontiere della bioetica” è espressione utilizzata nel titolo del libro con prefazione di G. BERLINGUER, *Le frontiere della bioetica. Domande e risposte su nascita, genetica, clonazione, salute*, a cura di E. Mancini, A. Morelli, Giunti, Napoli 2004.

¹² *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, con Introduzione di P. Barcellona, Dedalo, Bari 2001. Nei brevi contributi emergono considerazioni fondamentali sui temi della bioetica e dell’inizio vita, quali: “l’inevitabile subordinazione del diritto alla tecnica” (E. SEVERINO, *Téchne-Nomos: l’inevitabile subordinazione del diritto alla tecnica*, *ivi*, 15 ss.), ma al tempo stesso l’intrinseca “politicalità delle decisioni” (A. CATANIA, *Purezza del diritto e politicalità delle decisioni*, *ivi*, 25 ss.), “il paradosso di limiti superabili” (E. RESTA, *Il paradosso di limiti superabili*, *ivi*, 43 ss.), le ragioni del “diritto debole” (N. IRTI, *Fenomenologia del diritto debole*, *ivi*, 33 ss.), il pericolo dell’“illimitatezza dei desideri ed erosione delle norme” (R. BODEI, *Illimitatezza dei desideri ed erosione delle norme*, *ivi*, 59 ss.) o anche “l’oltrepassamento della soglia dei desideri” (G. MARRAMAIO, *L’oltrepassamento della soglia dei desideri e la normatività della sofferenza*, *ivi*, 73

essere il Parlamento, dove bilanciare gli inevitabili conflitti tra contrapposti diritti e interessi, tutti aventi dignità costituzionale. Spetta al Parlamento, prima ancora del *quomodo*, decidere l'*an*: non solo *come*, ma anche *se* disciplinare la singola questione bioetica o lasciarla allo spazio di autodeterminazione della persona, laddove il libero esercizio della libertà personale individui ambiti autosufficienti di realizzazione, nel rispetto di altri concorrenti diritti e interessi.

Nella sede parlamentare va perseguito il ritrovamento di adeguati, ampi, ragionevoli punti di equilibrio nell'esercizio della discrezionalità legislativa. L'alternativa a tale necessaria soluzione è il concreto rischio di una legislazione schizofrenica in bioetica, che sia il risultato della prova di forza di una maggioranza, laddove poi nuove opposte maggioranze, semmai sotto pressione dell'opinione pubblica, potrebbero tornare a legiferare in senso opposto sul medesimo tema nel "nuovo" Parlamento.

Il mero esplicitarsi del principio maggioritario e l'adozione in Parlamento di una disciplina legislativa su di una questione bioetica non costituiscono automaticamente garanzie di tutela delle minoranze né dei diritti della persona come costituzionalmente sanciti. La legge avrà fallito, sul piano della ragionevolezza della relativa scelta, laddove avrà cercato, in altre parole, di imporre proprie soluzioni in realtà "etiche", o addirittura religiose, sia pure adottate secondo i meccanismi del principio maggioritario, che nella bioetica rischiano di ridursi a meri simulacri di democrazia, quando non rispettose dei principi fondamentali dell'ordinamento pluralista, che trova nel bilanciamento¹³ la sua più intima realizzazione.

Se questo avviene, non si sarà fatto altro in definitiva che spostare il tempo e il luogo naturale della scelta ragionevole, al momento patologico del sindacato dinanzi al giudice delle leggi, per riscrivere nelle rime obbligate dalla Costituzione¹⁴ la legge illegittima, seppure

ss.) e "proliferazione dei desideri" (F. CIARAMELLI, *Incremento della tecnica proliferazione dei desideri*, *ivi*, 81 ss.), nel quadro del tema di scenario dei limiti al contenuto del diritto (M. DOGLIANI, *I diritti umani tra diritto naturale e diritto positivo*, *ivi*, 123).

¹³ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano 1992.

¹⁴ Non sempre facili da individuare, come si vedrà, ad esempio, *infra* in tema di dibattito sull'impiego degli embrioni sovranumerari.

approvata in Parlamento, semmai a larga maggioranza¹⁵. L'assolutismo dei valori della propria appartenenza si può ricollegare a un'elaborazione etica o religiosa, ma non ha spazi di legittimo esercizio nel diritto costituzionale. Ed è questo un rischio che va particolarmente rifuggito nelle questioni bioetiche.

Le contrapposizioni ideologiche – lo si ripete – impediscono il raggiungimento di un accordo politico, perché viene negata in radice la dignità delle posizioni dell'avversario e dunque ogni spazio di possibile confronto, che è l'essenza stessa della politica in una democrazia pluralista. Nelle questioni bioetiche va assicurato "il carattere meno "divisivo" possibile delle soluzioni apprestate"¹⁶. Il fatto è che, come magistralmente rilevato, "la mancanza di valori condivisi non può essere sostituita da «un'etica dei più», imposta attraverso lo strumento legislativo, dunque a mezzo della più classica tra le procedure maggioritarie"¹⁷. La ricordata "costruzione del *consenso valoriale*"¹⁸ è la prospettiva migliore del legiferare in bioetica. Senza un tale modo di procedere, ponderare nel legiferare, ridurre a sintesi ragionevole i contrapposti diritti e interessi costituzionali, non si fa altro che rimettere il tutto ai giudici nel momento dell'applicazione del diritto al concreto fatto della vita.

Le questioni bioetiche possono formare oggetto anche di programma di governo, come avvenuto in Italia per la prima volta, in modo chiaro, nel governo Amato della XI legislatura, purché tale programma sia immaginato comunque come terreno di confronto con altre visioni politiche valoriali, al fine di trovare un momento dialettico che consenta di regolare il tema bioetico in una logica inclusiva. Una tale logica dovrebbe normalmente comportare, peraltro, libertà di voto più che disciplina di partito.

¹⁵ Da tempo, viene rilevata in modo condivisibile "la debolezza di un impianto affidato unicamente al principio di maggioranza". Così S. RODOTÀ, *Introduzione*, in *Questioni di bioetica*, a cura di S. Rodotà, Laterza, Bari 1997, XI.

¹⁶ A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, cit., 19 ss.

¹⁷ S. RODOTÀ, riportato da C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 156.

¹⁸ P. GIUSTINIANI, *Bioetica e laicità dello Stato*, in *Bioetica. Percorsi e incroci*, cit., spec. 129.

La necessità di un ampio, per quanto possibile, consenso politico, al di là della mera numerica maggioranza parlamentare, nell'adozione della scelta regolativa dei temi di bioetica, indice della stessa "maturità" di tale scelta, sembra presupposta anche in quelle elaborazioni di stampo anglosassone a partire dai concetti di *deliberative democracy* e *participative democracy*¹⁹, che sottolineano il ridimensionamento odierno della democrazia rappresentativa, sempre più vista come alternarsi di oligarchie di governo, a favore dei dettami della democrazia *partecipativa*²⁰, che presuppone un diverso modello di cittadinanza attiva, consapevole, che non può non essere sui temi della bioetica anche "colta" o, almeno, "informata". È il processo politico parlamentare, la dialettica ivi realizzata tra maggioranza e opposizioni, l'eventuale, opportuno coinvolgimento nelle procedure di rappresentanti di istanze professionali e sociali coinvolte a determinare l'esito del bilanciamento e la scelta finale della politica.

L'individuazione di momenti e luoghi di partecipazione, di emersione e "peso" delle istanze direttamente sociali, costituisce non un'assoluta, ma un'importante garanzia formale di non esclusione dei valori concorrenti, che già trova alcuni (deboli) strumenti nello stesso procedimento legislativo, a garanzia, su di un piano generale, della "qualità democratica della legge", sia "nella partecipazione pluralistica alla definizione dei contenuti regolativi della volontà parlamentare", sia "nel rispetto del principio di sussidiarietà quale metodo di legislazione"²¹.

Un metodo, quello del legiferare in bioetica, che trova nel Parlamento la sede ultima della decisione rimessa alla politica, la quale però deve essere il frutto partecipato e informato di una discussione molto più ampia, capace di coinvolgere sedi e organi terzi, oltre le

¹⁹ Sulla "democrazia deliberativa come presupposto teorico della democrazia partecipativa" v. R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa*, in *Atrid-online.it*, n. 91, 2009, spec. 2 ss.

²⁰ U. ALLEGRETTI, *Verso una nuova forma di democrazia: la democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, n. 3, 2006. Idem, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011.

²¹ P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare. Contributo allo studio dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, Esi, Napoli 2007, 168 ss., spec. 173, 182.

classiche consultazioni politiche e consulenze tecnico scientifiche. In tale ottica, particolare rilievo potrebbe rivestire il rafforzamento della funzione consultiva verso Governo e Parlamento del Comitato nazionale di bioetica, o il ricorso più ampio ad agenzie e organismi tecnici. La decisione di normare una questione di carattere bioetico dovrebbe, per quanto possibile, tenere in conto il grado di maturazione della questione nell'ambito della società civile, e in particolare nella comunità scientifica, tra gli operatori sanitari, nell'associazionismo, semmai di volontariato, che operi nel settore. Tale ampia partecipazione, a un dibattito "altamente politico", consentirebbe di garantire se non anche un consenso alla futura disciplina, una preventiva sorta di analisi di impatto sociale, e scientifico, della stessa.

Certo, tutto questo non esclude che, una volta percorse tutte le strade di mediazione politica tra le varie posizioni, acquisite in ampia partecipazione le istanze provenienti da soggetti, associazione e singoli esperti, venga poi il momento della *decisione* rimessa alla politica.

La vicenda che, dopo lunghissimo travaglio parlamentare, protratto in più legislature con varie forme e denominazioni, ha condotto da ultimo all'adozione della legge sulle unioni civili – legge n. 76/2016, che contiene la "regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze" – è assai emblematica al riguardo.

Il riconoscimento, al di fuori del matrimonio, di diritti alle coppie conviventi anche dello stesso sesso rappresenta una frontiera dei diritti civili, che ha trovato particolari, ripetuti ostacoli a una sua elaborazione normativa. Basti pensare alle proposte elaborate nel tempo senza che, in diverse legislature, nonostante l'ampio confronto sul tema, si giungesse mai all'adozione del provvedimento legislativo²². Sicché quella che appare essere una formazione sociale, meritevole di tutela e considerazione nell'ordinamento, non ha formato oggetto, a lungo, di alcuna previsione da parte del legislatore²³.

²² Dal dibattito sui Pacs, alla proposta relativa ai "Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi", cosiddetti DiCo., prima, ai "contratti di unione solidale", i C.U.S., poi.

²³ Nell'ampia letteratura v. ad esempio R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *La "società naturale" e i suoi "nemici"*. *Sul paradigma etero-sessuale del ma-*

Peraltro, il mancato raggiungimento di un accordo politico, all'interno della stessa maggioranza, ha impedito di introdurre una disciplina specifica della cosiddetta *stepchild adoption*. Anche dopo l'adozione della legge sulle unioni civili, continua quindi a essere rimesso interamente alla magistratura, senza specifica normativa di riferimento, la tutela dei minori rispetto alla possibilità dell'adozione da parte della coppia omosessuale, in particolare del figlio del partner. La scelta di non disciplinare nella legge la *stepchild adoption* non sembra invero configurare – così come si vedrà invece nel caso delle questioni più delicate sulla fecondazione assistita prima della legge n. 40/2004 o per le stesse dichiarazioni anticipate di trattamento nel fine vita – l'ambito di una disciplina rimessa a legge che appare costituzionalmente necessaria. L'adozione del figlio del *partner* dello stesso sesso è possibile ottenerla dinanzi all'autorità giudiziaria, anche nel silenzio della legge, laddove l'adozione rispecchi l'interesse del minore. Infatti, già la vigente legge n. 184/1983 consente che all'adozione accedano *single* e coppie di fatto senza esclusione delle coppie omosessuali. Anzi, l'interpretazione diversa che ne ricavi invece un divieto per coppie dello stesso sesso, senza tenere conto dell'interesse del minore e dei possibili danni allo stesso causato, non sarebbe costituzionalmente corretta. Solo il preminente interesse del minore deve rappresentare la stella polare di una decisione che non potrà che essere ritrovata caso per caso secondo la ricostruzione dei fatti dinanzi a un giudice²⁴.

trimonio, Giappichelli, Torino 2010; M. D'AMICO, *Diritti LGBT e "nuove famiglie" in Italia*, in *Orientamento sessuale e diritti civili*, a cura di M. D'Amico, C. Nardocci, M. Winkler, Franco Angeli, Milano 2014; L. IMARISIO, *Le unioni omosessuali tra giudici e legislatori: percorsi e modelli di riconoscimento e disciplina*, in *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, a cura di M. Cavino, C. Tripodina, Giuffrè, Milano 2012, 83 ss.; S. PRISCO, *L'Italia, il diritto e le unioni affettive stabili di carattere non tradizionale. Un panorama di problemi e di possibili soluzioni*, in *Idem, La musica della vita. Quaderno di biopolitica e bioetica di un giurista*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 103 ss.; E. ROSSI, *La Costituzione e i dico, ovvero della difficoltà di una disciplina legislativa per le convivenze*, in *Politica del diritto*, n. 1/2008, 107 ss.; *Le unioni tra persone dello stesso sesso*, a cura di F. Bilotta, Mimesis, Milano 2008.

²⁴ V. da ultimo Cass. sez. I civ., sent. 1296/2016. Tale adozione "non determina in astratto un conflitto di interessi tra genitore biologico e il minore adottando, ma richiede che l'eventuale conflitto sia accertato in concreto dal giudice". Ma v., anche

L'eventuale legge, che avesse voluto disciplinare la *stepchild adoption*, avrebbe dovuto comunque necessariamente conservare ampio spazio all'applicazione della stessa dinanzi ai giudici, posto che un divieto generale, nelle molteplici varianti di tale delicato ambito di adozioni, non è rinvenibile nell'ordinamento e forse sarebbe, almeno nella sua assolutezza, contrario alla Costituzione e probabilmente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La legge sulle unioni civili lascia "fermo quanto previsto e consentito in materia di adozioni dalle norme vigenti"²⁵, affidando in sostanza alla magistratura di decidere, caso per caso, sulle adozioni da parte di coppie dello stesso sesso. Una scelta normativa quindi che non può essere assimilata del tutto a un'opzione non regolatoria²⁶, ma che forse avrebbe potuto condurre all'adozione da parte del legislatore almeno di qualche riferimento di principio in materia, fermo restando lo spazio dell'applicazione giudiziaria, dove solo può trovarsi, in casi così delicati e ricchi di infinite sfumature, la regola del caso concreto.

In definitiva, nello Stato pluralista, il legislatore deve intervenire nelle questioni bioetiche e dovrebbe farlo sulla base di un'ampia partecipazione al relativo dibattito, operando secondo un metodo e logiche che vadano oltre il mero principio di maggioranza e che realizzino un bilanciamento dei diritti e interessi coinvolti secondo proporzionalità e ragionevolezza. La legge n. 40/2014 infatti mostra proprio come tale metodo sia condizione necessaria per l'esercizio della discrezionalità legislativa, che altrimenti non potrà che essere colpita da pronunce di incostituzionalità dal giudice delle leggi.

La necessaria ricerca di un ampio consenso non esime certo dalla possibilità, come mostra proprio la vicenda accennata delle unioni

a titolo di ulteriore esempio, il riconoscimento dell'adozione di fronte alla vicenda di una coppia omosessuale maschile, dove il bambino, concepito all'estero con la tecnica della maternità surrogata da uno dei due uomini, è stato adottato dal compagno. Si tratta di Tribunale dei minorenni di Roma, pres. Cavallo, sentenza marzo 2016 (testo rinvenibile in *personaedanno.it*), che richiama giurisprudenza della Corte di Strasburgo, Corte costituzionale e Cassazione.

²⁵ Art. 1, co. 20, legge n. 76/2016.

²⁶ Anche se invero la parte relativa alla *stepchild adoption*, per giudizio condiviso da parte di diversi commentatori, è stata stralciata dalla legge per ragioni "politiche" altre, che investivano la stabilità della stessa maggioranza del governo.

civili, che laddove questo non venga raggiunto, le forze politiche dotate di maggiore sensibilità sul tema possano anche ricorrere a tutti gli strumenti previsti per giungere a una conclusione e approvazione finale della disciplina legislativa. In tal senso, è anche possibile che il governo, come *extrema ratio*, giunga a porre la stessa questione di fiducia sull'approvazione di una legge su temi eticamente sensibili, laddove venga ritenuta l'adozione di quel provvedimento essenziale per lo stesso rapporto fiduciario con la propria maggioranza, in particolare se inserito nel programma di governo.

Dunque, il metodo del legiferare in bioetica comporta, in un ordinamento pluralista e in una società multiculturale²⁷, un ampio dibattito, "aperto" anche a istanze provenienti dal di fuori delle aule parlamentari, ma presuppone, al contempo, l'assunzione della responsabilità di una decisione finale nell'approvazione della legge.

L'ampio consenso politico dovrebbe peraltro condurre all'individuazione di una normativa "a maglie larghe", di un "diritto mite", che lasci ragionevole spazio all'autodeterminazione della persona e alla flessibile applicazione del diritto al caso concreto sia nella pratica medica sia dinanzi ai giudici.

2. *Le leggi sulla vita come costituzionalmente necessarie*

Esiste un'indubbia, oggettiva difficoltà di "positivizzare" sul piano giuridico una materia così intrinsecamente etica e filosofica, dove le questioni morali e giuridiche emergono come intimamente connesse e al contempo influenzate dalle evidenze, in continuo progresso, della ricerca scientifica e tecnologica.

Nonostante la rilevata difficoltà di traduzione in principi e regole giuridiche, la soluzione non può essere l'assenza di disciplina normativa che ha lasciato, nel passato, ampio spazio al pur irrinunciabile ruolo svolto dal diritto giurisprudenziale o dalla stessa disciplina

²⁷ Sull'incidenza della multiculturalità nel dibattito bioetico, la necessità costituzionale di un atteggiamento inclusivo, ma anche sui limiti dello stesso, cfr., ad esempio, i vari contributi in *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, a cura di L. Chieffi, Giappichelli, Torino 2005.

deontologica. Senza un'adeguata cornice normativa di riferimento, non vi è alcuna certezza del diritto ed eguaglianza di trattamento né vi è garanzia di tutela del nucleo essenziale di libertà e interessi costituzionali coinvolti nel necessario, ragionevole bilanciamento²⁸. Ovverosia l'opzione non regolatoria è inaccettabile nello Stato costituzionale non solo per la conseguente totale incertezza del diritto e il conseguente "arbitrio" del diritto giurisprudenziale, ma perché è costituzionalmente necessario porre una tutela minima dei diritti e interessi costituzionali coinvolti.

Certo, è vero che, anche nel caso in cui manchi una legge che disciplini le questioni bioetiche fondamentali dell'inizio vita e del fine vita – come dimostrano emblematicamente le sentenze adottate in tema di procreazione assistita prima dell'approvazione della legge n. 40²⁹ e la sentenza Englaro nel fine vita³⁰ – si è comunque in grado di ricavare dall'ordinamento, e in specie dai principi, stante la loro portata, anche regole da applicare al caso concreto. Ma questo avviene con tensione del principio democratico e rappresentativo, venendo in pratica investiti i giudici di un ruolo intimamente politico e con un'incertezza drammatica in un ordinamento di *civil law*, che neppure prevede almeno un principio stabilizzatore delle regole individuate come quello dello *stare decisis*, a scapito dell'eguaglianza, dell'esigenza di eguale trattamento delle stesse vicende dinanzi ai differenti organi giudiziari³¹. Ogni giudice individua la "sua" regola da applicare al caso concreto, che ben potrà essere misconosciuta da altra autorità

²⁸ Anche perché sotto il profilo delle "teoriche del c.d. paradosso della libertà", "il vuoto normativo non è tanto proporzionale agli spazi di libertà, che non esistono se non in simbiosi con l'autorità, quanto all'esercizio di libertà senza responsabilità e di diritti insolenti". V. le relative ricostruzioni in L. BUFFONI, *Le fonti nazionali del biodiritto: alcuni appunti per una teoria della "sovranità" dell'individuo nella produzione giuridica*, cit., 5. Cfr. invece P. BECCHI, *Bioetica e implicazioni giuridiche. Una mappa dei problemi*, in *Percorsi tra bioetica e diritto: alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi, P. Giustiniani, Giappichelli, Torino 2010, 29 ss.

²⁹ V. *infra* par. 3.

³⁰ Cass.civ., sez. I, sent. 16 ottobre 2007, n. 21748, su cui *infra amplius* v. cap. 3, par. 1.

³¹ E anche lo *stare decisis*, corretto dal *distinguishing*, può rivelarsi insufficiente in assenza di scelte di fondo che possono essere rimesse solo al livello legislativo.

giurisdizionale in fattispecie consimili, o anche identiche, in nome dell'autonomia interpretativa.

L'assenza di disciplina legislativa su temi dove vengono in rilievo principi supremi e diritti fondamentali, cui assicurare adeguate forme di tutela, anzi la massima possibile, costituisce di per sé un *vulnus* in un ordinamento costituzionale pluralista, imperniato sul principio personalista e sulla dignità dell'uomo. Invero, contro un esercizio irragionevole della potestà legislativa che ponga una disciplina illegittima sotto diversi profili, come avvenuto con la legge n. 40 sull'inizio vita, esistono anticorpi, in particolare nella sede del controllo di costituzionalità, idonei a ripristinare la fisiologia nell'ordinamento³². Invece, contro il silenzio del legislatore i rimedi esperibili sono più complicati, e non scevri, come si vedrà di pericoli. La Corte costituzionale potrebbe intervenire con sentenze additive, dove le "rime obbligate", stante la pluralità potenzialmente conflittuale di diritti e interessi costituzionali da ricomporre, non sono sempre facili da ricostruire e possono condurre a forme di indebita "sostituzione" della giustizia, e non solo di quella costituzionale, alla politica. In tal senso, nel prosieguo si verificheranno diversi filoni giurisprudenziali in cui emerge un'arena mobile di confronto tra politica e giustizia, in cui l'intervento dei giudici, e nelle forme utilizzate e per i contenuti assunti, non sempre sembra rientrare in un'attività di mero *ius dicere* sia pure in uno Stato di democrazia pluralista dove la separazione dei poteri è solo tendenziale³³.

In assenza di disciplina legislativa, in altri termini, l'emergere di un "giudice legiferante"³⁴ non è solo, o tanto, una patologia dell'ordinamento, ma costituisce, al di là di certi abusi dell'attivismo giudiziario, l'ultima risorsa cui attingere in un sistema normativo che deve essere in ogni caso autosufficiente in forza del divieto del *non*

³² Come dimostra la giurisprudenza costituzionale che ha progressivamente quasi "riscritto" la legge n. 40 in tema di procreazione assistita: su cui v. *amplius infra*.

³³ A. BARAK, *La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l'amministrazione della giustizia*, in *Pol. dir.*, n. 1/2003, 3 ss., dove si discute del "potere conferito al giudice di scegliere tra due o più alternative, ognuna conforma alla legge".

³⁴ L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio AIC*, 2/2014, 10. Ma v. *amplius* già M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano 1984.

liquet. E la mancanza di un'espressa previsione legislativa, soprattutto in questo campo, non equivale a una consapevole esclusione di rilevanza giuridica della situazione soggettiva di diritto. Senza legge, i giudici acquisiscono poi una ineludibile funzione di "legislatori interstiziali"³⁵ in un campo dove il legislatore, pure si è detto, non può tutto regolare e disciplinare ogni aspetto, senza lasciare adeguato flessibile spazio a giudici, scienziati e operatori sanitari.

Fermo il carattere che deve assumere, come detto, la norma giuridica in bioetica e al di là della possibilità di individuare diversi possibili modelli anche nella prospettiva dell'analisi comparata³⁶, emerge comunque "pressante, non più rinviabile, il bisogno di avere finalmente dei punti fermi, che solo il legislatore è in grado di fissare a mezzo di una disciplina valevole allo stesso modo per tutti"³⁷. Importante lo sforzo di costruzione di una "bioetica comune europea"³⁸,

³⁵ L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, cit., XXVII e sul tema il riferimento è sempre anche a M. CAPPELLETTI, *op. ult. cit.*

³⁶ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 70 ss. individua, con le pur inevitabili semplificazioni di ogni sforzo classificatorio, una pluralità di modelli di disciplina: astensionista, da un lato, ed interventista, dall'altro, secondo schemi "permissivi" e "impositivi", anche declinati come solo "a tendenza" "permissiva" o "impositiva".

³⁷ A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in *Forumcostituzionale.it*, 3,

³⁸ I. R. PAVONE, *La convenzione europea sulla biomedicina*, Giuffrè, Milano 2009, 237; v. anche C. PICIOCCHI, *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, III, 1301 ss. Il fatto è che, in generale, "il diritto internazionale della bioetica, di per sé, supera i rapporti interstatuali, poiché i suoi principi sono concepiti come rivolti a contribuire all'emancipazione degli individui, garantendo il rispetto fondamentale della persona umana, i suoi diritti, la sua dignità" (N. LENOIR, B. MATHIEU, *Les normes internationales de la bioéthique*, Puf, Paris 1998, II ed. 2004, 5 s.; ma nel senso dell'opportunità di "solutions uniformes" nelle diverse discipline normative si era espresso in Francia già G. BRAIBANT, *Pour une grande loi*, in *Pouvoirs*, 1991, 113). Il diritto internazionale e, soprattutto, un diritto, a qualunque livello, europeo della bioetica vanno declinati come espressione di una visione condivisa di dignità dell'uomo, che però, come mostrano le Corti, deve essere rispettosa del margine di apprezzamento statale. Sennonché si evidenzia come nella dimensione sovranazionale della bioetica si sostanzia una possibile evoluzione della costruzione morale dell'Europa.

ma essa non potrà mai tradursi in una disciplina organica uniforme su questioni, in cui lo stesso approccio culturale può essere distante nei singoli Stati.

Solo la presenza del legislatore in questo campo potrà condurre le aspettative e le condotte dei cittadini a un apprezzabile grado di “prevedibilità”, antidoto unico a quella che è stata icasticamente definita l’incalcolabilità del diritto³⁹.

Il principio di autodeterminazione, che ha fondamento forte nell’ordinamento a partire dal combinato disposto dei principi di dignità dell’uomo e di libertà personale, di cura e trattamenti sanitari, costituisce un importante presupposto nella disciplina delle questioni bioetiche, ma non è autosufficiente, per così dire, e non può rappresentare da solo l’elemento risolutivo di ogni questione. Sarebbe probabilmente incostituzionale, per ipotesi, una legge che rimetta interamente al principio di autodeterminazione ogni profilo di accesso alle tecniche di procreazione assistita, risolvendo la questione dell’embrione, della sua generazione, selezione e uso, mediante il ricorso a un modello meramente “proprietario” dello stesso, oppure ogni aspetto del fine vita, delle dichiarazioni anticipate di trattamento e dell’eventuale legittimo ricorso all’eutanasia, senza nulla stabilire sul piano generale e astratto ma tutto rimettendo allo spazio di libertà dei singoli.

Il legislatore *deve* intervenire sulle questioni, ad assicurare una tutela minima dei diritti fondamentali e interessi costituzionali coinvolti, ma nel farlo *deve* realizzare un ragionevole bilanciamento, che non può essere assicurato neanche con un mero, illimitato rinvio al principio di autodeterminazione, che ha invece bisogno di spazi certi di azione “eterodeterminati” a livello normativo. Un modello legislativo della bioetica eccessivamente “permissivista” o “liberista”, sino alla trasformazione in diritto di ogni umano desiderio reso possibile dalla scienza, configurerebbe un ordine non compatibile con l’assetto dei valori costituzionali al pari di un modello “proibizionista”, fatto solo di stringenti divieti e limiti all’esercizio di diritti resi possibili dalle bioscienze.

³⁹ Il riferimento è a N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1/2015, 11 ss.

Le questioni della bioetica, dalla prospettiva del diritto costituzionale, costituiscono un osservatorio straordinario di analisi della necessità di individuare sia principi normativi di riferimento sia concrete regole di condotte che siano frutto di ragionevole bilanciamento di una pluralità di interessi e diritti costituzionali, i cui contorni sono in continua, dinamica precisazione dei loro contenuti anche alla luce, come sottolineato, dei progressi delle scienze mediche. A scienziati e giudici tale legge costituzionalmente necessaria deve lasciare margini di flessibile intervento, senza pretendere, in modo irragionevole, di tutto prevedere. Ma lo stesso legislatore deve in ogni caso essere disponibile a rivedere le proprie opzioni normative qualora i termini scientifici delle stesse mutino per l'avanzare della scienza, che presuppone sempre nuove evoluzioni per il principio stesso di falsificabilità del metodo scientifico; laddove il carattere "aperto" della disciplina normativa non sia sufficiente a far fronte a tali mutamenti.

La stessa legge n. 40, nonostante i suoi limiti, ha l'indubbio merito di ergersi a legge costituzionalmente necessaria⁴⁰, riempiendo comunque un vuoto legislativo sulle questioni di inizio vita, dove emergono quella rilevata dalla Corte "pluralità di rilevanti interessi costituzionali" bisognevoli di un "livello minimo" di tutela e di bilanciamenti ragionevoli⁴¹.

Si determina ovverosia un coacervo di situazioni, nelle più delicate questioni in cui talvolta si presentano contorni pericolosamente

⁴⁰ La legge è costituzionalmente necessaria, fermo restando l'esercizio di discrezionalità legislativa nella concreta disciplina, non avendosi anche un contenuto costituzionalmente vincolato. Distinzione che appare più problematica in questa giurisprudenza. V. A. RUGGERI, *Tutela minima di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Forumcostituzionale.it*, 2005; S. PENASA, *L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato"*, in *Forumcostituzionale.it*, 2005. Il "bilanciamento realizzato attraverso la legge 40 assume una rilevanza meramente descrittiva e non valutativa", nel senso che la Corte lascia volutamente da parte ogni giudizio sulla legittimità della legge 40. Così, S. PENASA, *La necessaria concordanza tra formanti il livello di litigiosità giurisdizionale: quale parametro di valutazione dei diversi modelli di regolazione legislativa nel biodiritto?*, in *Forum BioDiritto 2008: Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, a cura di C. Casonato, P. Veronesi. C. Picocchi, Cedam, Padova 2009, 57 ss., spec. 75.

⁴¹ Corte cost., sent. n. 45/2005, su cui v. avanti.

confusi tra spazi da riconoscere alla discrezionalità del legislatore o invece a esso sottratti e soggetti all'intervento correttivo e demolitorio rimesso al giudice delle leggi. Il fatto è che in un sistema costituzionale pluralista, nelle frontiere estreme dei diritti, in particolare nelle situazioni di inizio e fine vita, si delineano spazi per leggi che sono costituzionalmente necessarie, imposte ovverosia dall'esigenza, che si radica in Costituzione, di assicurare comunque una considerazione adeguata delle plurime posizioni di diritto e interesse coinvolte. E, negli stessi ambiti legificati, occorre fare attenzione a discipline normative che intendano porre limiti stringenti senza lasciare margini di applicazione flessibile al caso concreto da parte di medici e giudici. Queste stesse esigenze sono al contempo alla base dell'obbligo, che la Costituzione pone a carico del legislatore, di ritrovare, nell'esercizio della discrezionalità legislativa, punti di equilibrio ragionevoli, espressione certo di confronto, come sottolineato, anche sul piano filosofico e morale, ma che rifuggano la prospettiva di "forme di monolitismo etico"⁴², che rendano sproporzionato l'esito del necessario bilanciamento.

La qualificazione dell'intervento legislativo come costituzionalmente necessario, non impedisce, ma al contrario richiede di individuare spazi di regolazione che invece proprio alla legislazione devono essere sottratti per essere rimessi ad altre sedi, giudiziarie, etiche – si pensi all'opera dei comitati etici – e deontologiche, in cui ritrovare la regola del caso concreto.

Nell'ambito della rilevata "bioetica costituzionale"⁴³, il legislatore al contempo *deve intervenire* a disciplinare su di un piano generale le questioni, senza coltivare l'illusoria e miope attesa che tutto venga risolto in sede giurisprudenziale, ma *deve astenersi*, da un lato, dal porre regole irragionevoli e sproporzionate, figlie di scelte etiche assolutizzanti, che verrebbero colpite dalle pronunce del giudice delle leggi e, dall'altro, dal pensare di potere prevedere in via normativa ogni possibile, concreta situazione che l'etica della vita sia in grado di realizzare. Sono coinvolti gli istituti classici del diritto pubblico nel

⁴² S. RODOTÀ, *Introduzione*, in *Questioni di bioetica*, cit., VIII.

⁴³ L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, cit., I ss.

confronto tra diritto e politica: il bilanciamento tra i diritti e le libertà, i limiti all'esercizio degli stessi diritti, lo scrutinio di ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore, il principio di proporzionalità, ovvero sia l'esigenza che anche la finalità di tutela di diritti e interessi costituzionali non sia perseguita dal legislatore con un eccessivo, e quindi sproporzionato, sacrificio di diritti e interessi concorrenti. È nella "ricerca di un bilanciamento"⁴⁴ e nella necessaria ragionevolezza delle scelte operate all'esito del bilanciamento che vi è soluzione alle questioni giuridiche poste dalle bioetiche.

Sono questioni che coinvolgono una pluralità di principi supremi e all'esito del bilanciamento va assicurata la massima tutela possibile degli stessi. E se dall'astrattezza dell'affermazione del principio si passa al piano delle concrete scelte e regole da porre nelle questioni di inizio e fine vita, risulta evidente la difficoltà di assicurare ai principi, diritti e interessi costituzionali coinvolti un grado massimo di tutela e minimo di compressione. Laddove il ragionevole bilanciamento passa anche per lo stesso sacrificio dell'interesse costituzionalmente tutelato alla protezione della vita, come nel caso del feto nell'aborto e dell'embrione nella procreazione assistita. Ma la tutela massima dell'interesse costituzionale alla tutela della vita dell'embrione, in diversa ipotesi di bilanciamento dovrebbe essere, come si vedrà, alla base di un principio come quello della creazione di un numero strettamente necessario di produzione di embrioni umani o anche della loro salvaguardia e prosecuzione del processo vitale, sino a consentire semmai la possibilità, se idonei sotto il profilo medico, di essere adottati e impiantati in persona diversa dalla madre biologica.

Così inquadrato il tema, non deve meravigliare né l'evidenziata qualificazione della legge n. 40/2004 come legge costituzionalmente necessaria – tanto da essersi ritenuto inammissibile un referendum abrogativo totale della stessa ad opera della Corte costituzionale – né l'opera di sostanziale riscrittura della legge n. 40 svolta con l'inchiostro della Costituzione dallo stesso giudice delle leggi di fronte a un legislatore che, invece di contemperare i contrapposti diritti e interessi, ha effettuato "scelte di campo" contrarie all'impianto pluralista

⁴⁴ Per riprendere l'espressione in *Percorsi tra bioetica e diritto: alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi, P. Giustiniani, Giappichelli, Torino 2010.

accolto nella Costituzione⁴⁵. Il fatto è che la Consulta, nonostante gli iniziali tentativi di sottrarsi al sindacato sulla “controversa”⁴⁶ legge n. 40/2004, che pure presenta “ombre e luci”⁴⁷, non può che giungere a “rifiutare”, in sostanza, lo stesso impianto politico dell’originario testo normativo, nelle parti che reputa incompatibili con i principi di uno Stato pluralista, sino a riscrivere la disciplina della fecondazione assistita⁴⁸, a tutela di una “bioetica rispettosa dei valori costituzionali”, che mal si concilia con limiti legislativi che pongono divieti assoluti e generali⁴⁹.

⁴⁵ È un giudizio complessivo sul ruolo della Corte nel profondo cambiamento della legge 40, che appare ampiamente condiviso in dottrina. V., ad esempio, da subito, M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. del dir.*, n. 3/2004, spec. 453; R. BIN, *La Corte e la scienza*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 22, e ancora F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg., VI, 2015, 375 ss.; A. D’ALOIA, *L’(ex) 40*, in *Quad. Cost.*, n. 4/2015, 997 ss.; A. D’ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, 1 ss.; M. FUSCO, *Cosa resta della legge 40. Bilanci e prospettive a dieci anni dall’entrata in vigore della normativa italiana sulla procreazione assistita*, in *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, a cura di L. Chieffi, J.R. Salcedo Hernández, Mimesis, Milano 2015, 319 ss.; P. SANFILIPPO, *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 2/2015, 851 ss.

⁴⁶ *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, a cura di A. Celotto, N. Zanon, Franco Angeli, Milano 2004.

⁴⁷ *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, a cura di C. Casonato e E. Camassa, Università degli Studi di Trento, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Quaderno n. 47, Trento 2005.

⁴⁸ “È la Corte costituzionale a riscrivere la legge in modo laico”. Così, già M. D’AMICO, A. PUCCIO, *Laicità per tutti*, Milano 2009, 20.

⁴⁹ Per usare ancora l’espressione, antecedente l’adozione della stessa legge 40, di L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, cit., XI ss., che pure indica sotto il profilo del metodo e dei contenuti, la strada per la “costruzione di una bioetica costituzionale” (XVI ss.). Dubbi su diverse scelte operate dal legislatore sono da subito sollevati in dottrina: v., tra gli altri, A. CELOTTO, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità!*, in *Forumcostituzionale.it*, 2004; M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., 453 ss.; C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della Legge 40/2004, recante “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 2, 501 ss.; se si vuole, A. PATRONI GRIFFI, *L’embrione umano: dimensione costituzionale, modelli legislativi*

Sul punto, non si può non ricordare ancora la fondamentale giurisprudenza costituzionale, intervenuta ormai da tempo in tema di inizio vita, in materia di posizioni soggettive coinvolte nella pratica dell'aborto e nella disciplina legislativa dell'interruzione volontaria di gravidanza; dovendosi peraltro tenere distinta, va detto, la posizione sostanziale e giuridica dell'embrione e del concepito, semmai *in vitro*, rispetto a quella forma di vita umana molto più avanzata, che è il feto nel corpo di una donna e, soprattutto, i diversi termini presenti nei differenti bilanciamenti.

Nella storica sentenza n. 27/1975, la Corte costituzionale fa prevalere, nel bilanciamento, il diritto di "chi è già persona" ma, al contempo, ragiona su di un "interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito" e di "salvaguardia dell'embrione che persona deve diventare"⁵⁰. Inoltre sottolinea il giudice delle leggi che l'articolo 2 della Costituzione "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito", tanto che è "obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione"⁵¹.

L'emergere di spazi costituzionalmente necessari risulta ancora evidente nella sentenza n. 35/1997 della Corte costituzionale, che sancì l'inammissibilità del referendum che mirava a liberalizzare l'aborto. Infatti la Corte sottolinea come l'abrogazione avrebbe travolto "disposizioni *a contenuto normativo costituzionalmente vincolato* sotto più aspetti, in quanto renderebbe nullo il livello minimo di tutela necessaria dei diritti costituzionali inviolabili alla vita"⁵². Nella stessa direzione si è così poi pronunciata la Consulta per l'inammissibilità

e bilanciamenti ragionevoli, relazione al convegno *Quale statuto per l'embrione?*, Napoli, Università degli Studi Federico II – Aula Pessina, 1 giugno, 2005, in *Forumcostituzionale.it*, 9 giugno 2005.

⁵⁰ Corte cost., sent. n. 27/1975, nel considerato in diritto.

⁵¹ "...e perciò la liceità dell'aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla" (parole conclusive del considerato in diritto).

⁵² Corte cost., sent. n. 35/1997, considerato in diritto n. 4 (corsivo aggiunto).

del referendum abrogativo totale della legge sulla fecondazione medicalmente assistita⁵³, alla luce della necessità costituzionale di avere comunque una disciplina in materia, anche a garanzia dello stesso concepito. Nella sentenza n. 45/2005 si considera in tema “la normativa *costituzionalmente necessaria*”, fermo restando l’esercizio di discrezionalità legislativa nella concreta disciplina non avendosi invero un contenuto costituzionalmente vincolato.

Certo, feto, embrione e concepito *in vivo* e *in vitro* configurano condizioni ontologicamente diverse dell’inizio vita, ma in tutte si pone sempre l’esigenza di un ragionevole bilanciamento tra interessi diversi incompatibili con una scelta legislativa di mera astensione dalla disciplina. La Corte, in tal senso, nella sentenza n. 45/2005, chiaramente sottolinea a proposito della legge n. 40 che “si tratta della prima *legislazione organica* relativa ad un delicato settore... che indubbiamente coinvolge una *pluralità di rilevanti interessi costituzionali*, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un *livello minimo di tutela* legislativa”⁵⁴.

Tale “livello minimo di tutela” non può ragionevolmente non tradursi nella considerazione anche dell’embrione, in relazione, ad esempio, alle vicende attinenti alla produzione, all’impiego, alla selezione e alla manipolazione dello stesso.

Il vuoto legislativo, il rimettere interamente le questioni allo spazio di libertà degli individui, senza alcuna cornice normativa su termini e modalità da tenere nell’esercizio concreto dell’autodeterminazione della

⁵³ Corte cost., sent. n. 45/2005, annotata da G. MONACO, *Il referendum per l’abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle “leggi costituzionalmente necessarie”*, in *Giur. cost.*, I, 2005, 351 ss.; E. LAMARQUE, *Referendum sulla procreazione assistita: l’inammissibilità del quesito totale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2005, 382 ss. Per una completa ricostruzione, relativa ai diversi quesiti referendari, di tutti gli atti e commento agli stessi, cfr. *I referendum sulla fecondazione assistita*, a cura di M. Ainis, Giuffrè, Milano 2005.

⁵⁴ Considerato in diritto n. 6 (corsivi aggiunti). “In coerenza con la già citata sentenza n. 347 del 1998, che aveva fatto intendere che una legge – quale che fosse – sulla procreazione medicalmente assistita non fosse abrogabile nella sua interezza”, come sottolinea C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal - Riv. BioDiritto*, n. 2/2014, 70.

persona, crea una condizione di sostanziale incertezza, contraria a una minima tutela delle posizioni coinvolte, che lede la stessa libertà personale, abbandonando il singolo in situazioni complesse e spesso tragiche. Il principio di necessità costituzionale di una legge, in positivo, comporta che il legislatore non si limiti ad operare un mero riconoscimento dello spazio di autodeterminazione, anche perché su questioni complesse come quelle della bioetica l'autodeterminazione del soggetto ben potrebbe incidere anche su altri soggetti e interessi, pure meritevoli di tutela.

Lo spazio da assegnare alla regolamentazione normativa in tali ambiti costituisce esso stesso scelta rimessa alla politica: ma anche rispetto a tale scelta la Costituzione non è indifferente. Il "principio di autodeterminazione", sulla cui possibilità di ricostruirlo in Costituzione in modo autonomo o solo in esercizio di altro diritto costituzionale enumerato si è sopra discusso, non può certo invocarsi per ritenere di non doversi dare alcuna, specifica disciplina giuridica alle questioni bioetiche di maggiore rilievo.

Se ci troviamo di fronte ad ambiti di "normativa costituzionalmente necessaria", come sottolinea la Corte, già nel 2005, come visto, e ribadisce nella sentenza n. 162/2014, su cui si tornerà, l'assenza di una qualche disciplina, sia pure "a maglie larghe", che comunque assicuri contemperamento tra certezza del diritto e applicazione flessibile al caso concreto, costituirebbe un *vulnus* per l'ordinamento costituzionale. In tal senso, non solo non è auspicabile, ma neppure costituzionalmente consentito, tornare a un sostanziale vuoto di disciplina legislativa dell'inizio vita. Nel caso del giudizio di ammissibilità dei referendum abrogativi totali, la Corte coerentemente qualifica il referendum come inammissibile perché crea per l'appunto un vuoto in un settore a legislazione costituzionalmente necessitata. Più complesso, certo, è il caso in cui sia incostituzionale una scelta legislativa che "decida" di non scegliere. La sentenza di accoglimento della questione di legittimità di una tale legge non potrebbe che essere adottata con la tecnica delle sentenze additive, che presuppongono il rinvenimento di "rime obbligate" che giustificano, anzi vincolano il giudice delle leggi all'intervento manipolativo⁵⁵. Sarebbe per assurdo

⁵⁵ V. *infra* la giurisprudenza costituzionale analiticamente analizzata in tema di fecondazione assistita.

inammissibile una legge che ammetta l'eutanasia senza prevedere in alcun modo forme, termini e modalità, anche mediante rinvio ad altre sedi di disciplina, del legittimo ricorso alla stessa. Su di altro piano, si pone poi la stessa questione, che si analizzerà, relativa a sentenze della Corte costituzionale, in cui si respinge la questione di costituzionalità del divieto di sperimentazione sugli embrioni, quando in realtà nell'impianto della legge quel bene giuridico è destinato a non essere davvero tutelato; sino a doversi interrogare su possibili spazi che avrebbe potuto avere in materia una decisione della Corte di tipo additivo, sia pure solo di principio, per la difficoltà di dedurre dalla Costituzione rime obbligate "sicure" nel loro contenuto.

Un legislatore assente e un cattivo legislatore "onnipresente" sui temi relativi alla vita, nei suoi complessi momenti di "confine", rappresentano entrambi espressione di un modo incompatibile con l'ordinamento costituzionale di approccio ai temi bioetici. La vita umana nelle vicende di inizio, ma anche di fine vita, comporta inevitabilmente ambiti di disciplina legislativa costituzionalmente necessari, pur essendo poi ampio, ma non certo illimitato, lo spazio di esercizio di discrezionalità legislativa e le scelte da operare nel bilanciamento ragionevole tra diritti e interessi coinvolti.

Il fondamento costituzionale della tutela dell'embrione e dello stesso concepito ha un radicamento diretto nel nostro ordinamento costituzionale, come emerge già nella citata risalente giurisprudenza costituzionale, antecedente allo stesso criticato articolo 1 della legge n. 40/2004, che è vero, però, parla espressamente e inopinatamente di "diritto" e non di interesse costituzionale alla tutela della vita sin nei suoi primordi. Lo "schema" del diritto comporta l'individuazione di quell'*ente* vitale, allo stato iniziale e incerto del suo sviluppo, come titolare dello stesso diritto. E la giurisprudenza costituzionale sulla fecondazione assistita offre molteplici spunti, di cui si dirà, al riguardo. Appare, invero, un'opzione valoriale ideologica parlare di diritto alla vita, di cui sia titolare "nuovo" il concepito, già allo stato semmai pre-embrionale di otide, che non necessariamente proseguirà il suo futuro processo vitale quale embrione umano.

Negli incerti primordi della vita umana, è l'interesse, degno di tutela costituzionale, e non il "diritto" alla vita di ciò che non può essere neppure confinato a un mero materiale biologico, a entrare nello

schema del ragionevole bilanciamento costituzionale con altri diritti e libertà e coinvolti.

Si tratta, infatti, inevitabilmente di questioni che attengono al bilanciamento tra diritti e alla ragionevolezza degli assetti di disciplina legislativamente individuati, che potrà percorrere diverse opzioni regolatorie, ma nel quadro di scelte costituzionalmente ragionevoli. Compito del legislatore, e limite alla sua discrezionalità, è proprio il ritrovamento di ambiti di ragionevole bilanciamento tra libertà, diritti e interessi costituzionalmente protetti.

D'altro canto, tale presupposto è stato individuato dalla Corte, in materia, in modo paradigmatico, nella richiamata sentenza n. 27/1975, proprio quando sottolinea che “non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell’embrione che persona deve ancora diventare” e che “l’interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la legge non può dare al primo una prevalenza *totale ed assoluta*, negando ai secondi adeguata protezione”⁵⁶. La vita umana a livello embrionale, semmai al momento di ovocita fecondato, è certamente vita; ma non può essere in alcun modo equiparata alla vita umana anche in sviluppato stato fetale. Sul piano giuridico, *equiparare* l’istanza di tutela dell’ovocita fecondato o dell’embrione alla persona umana, completa e compiuta è frutto di un non ragionevole bilanciamento. Oggetto di tutela è qui quell’incerto umano, di assai difficile definizione del suo statuto ontologico⁵⁷, sullo stesso piano biologico ed etico, filosofico e ancor più giuridico, rappresentato sia dal concepito in stato pre-embriale sia dall’embrione stesso; ponendosi anche il tema scientifico ed etico, ma con riflessi in campo giuridico, della necessaria distinzione tra gli stessi.

⁵⁶ È qui il passaggio fondamentale. V. già F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 1995, 18 s.

⁵⁷ V. ad esempio R. PRODOMO, *L’embrione tra etica e biologia*, Esi, Napoli 1998, spec. 17 ss., che evidenzia “difficoltà e contraddizioni” del “cosiddetto statuto ontologico dell’embrione”, con “conseguenze paradossali sul piano etico, tali da rendere preferibile abbandonare tale prospettiva”.

Il “diritto”, a volerlo pure configurare come tale, dell’embrione al proseguimento del suo processo vitale, al pari di qualsivoglia altro diritto, non può essere tutelato in modo “assoluto”⁵⁸, dovendosene assicurare un ragionevole bilanciamento con altri interessi, diritti e libertà, a partire dalla libertà personale della madre, dalla più generale libertà di autodeterminarsi nella sfera privata o dalla stessa libertà di ricerca scientifica⁵⁹.

Certo, si tratta di operare bilanciamenti, che consentono diversi, possibili esercizi della discrezionalità legislativa in tema di inizio vita e di accesso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita. L’ambito di apprezzamento discrezionale rimesso al legislatore – su ciò che, su questi delicati temi, può essere vietato od imposto dalla norma giuridica – non è affatto illimitato come mostrerà chiaramente la giurisprudenza demolitoria della legge n. 40 resa dalla Consulta.

3. *Il ruolo del diritto giurisprudenziale*

La disciplina delle questioni bioetiche non può risolversi nella tipizzazione normativa di ogni possibile condotta al fine di consentire o vietare le infinite situazioni e condotte bioeticamente rilevanti⁶⁰. Questo ruolo va preservato a favore di chi applica la norma generale e astratta al caso concreto e a chi deve interpretare anche il fatto, altresì

⁵⁸ Su di un piano generale, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 59 evidenzia che “il biodiritto contemporaneo si caratterizza per essere materia che rifugge le discipline assolute e fondamentaliste, quelle – per così dire – “senza se e senza ma”, e che si connota per soluzioni che dipendono di volta in volta da delicati equilibri e bilanciamenti di interessi diversi”.

⁵⁹ E “la “ricerca scientifica” forse non è un “bene” omogeneo, un “tutto” che può essere trattato alla stregua di un unico parametro costituzionale”, in quanto in essa “coesistono aspetti molto diversi: la ricerca teorica, la sperimentazione delle ipotesi scientifiche, la diffusione delle teorie e lo sfruttamento economico dei “prodotti” scientifici”, come evidenzia R. BIN, *La Corte e la scienza*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, cit.

⁶⁰ Una siffatta disciplina legislativa, come evidenziato *supra* rischierebbe comunque, in ragione della velocità del progresso medico-scientifico, di tradursi in regole ben presto superate.

per determinarne la relativa fattispecie giuridica. Dunque, la norma bioetica non potrebbe ragionevolmente esaurire gli spazi regolativi di ogni concreta vicenda della bioetica. È indubbio infatti che “l’adozione anche della migliore legge possibile...non potrà mai far venir meno il ruolo del giudice”⁶¹. Vi sono spazi ineliminabili nell’ermeneutica della legge, anche la migliore possibile, alla luce dell’inesauribilità dei casi cui quelle leggi dovranno applicarsi, da riconoscere ai giudici nella concreta applicazione al caso concreto, così come quelli rimessi al prudente apprezzamento medico-scientifico. E lo stesso potrebbe dirsi per l’inquadramento della concreta vicenda sullo stesso piano etico-giuridico attraverso la necessaria opera dei comitati etici⁶².

Il ruolo del giudice in bioetica rappresenta un tema che sempre più viene indagato⁶³ sino quasi a configurare la bioetica come un diritto fondamentalmente di origine giurisprudenziale. Politica e giustizia indubbiamente costituiscono due sedi fondamentali di ritrovamento della regola in bioetica e, come sottolineato, è inimmaginabile che la costituzionalmente necessaria disciplina legislativa dei temi della bioetica possa tutto prevedere. Il ruolo dei giudici e lo spazio dell’interpretazione giudiziaria, con la fine del mito liberale del giudice *bouche*

⁶¹ Così N. VICECONTE, *La sospensione delle terapie salvavita: rifiuto delle cure o eutanasia? Riflessioni su autodeterminazione e diritto alla vita nella giurisprudenza delle Corti italiane*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, 13, in tema di testamento biologico. V., tra gli altri, anche R. CONTI, *I giudici e il biodiritto. Un esame «concreto» dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2015; M. FUSCO, *La bioetica italiana tra l’incudine della politica ed il martello della magistratura*, in *Percorsi tra bioetica e diritto: alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi, P. Giustiniani, Giappichelli, Torino 2010, 37 ss.; A. GUSMAI, *Il valore normativo dell’attività interpretativo-applicativa del giudice nello Stato (inter) costituzionale di diritto*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014 Idem, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari 2015; M. P. IADICICCO, *La medicina nella Corte costituzionale italiana. Osservazioni sul diritto alla salute tra legislatore, scienza medica e giudice costituzionale*, in *La medicina nei Tribunali*, cit., 37 ss.

⁶² Di recente, E. FURLAN, *Comitati etici in sanità. Storia, funzioni, questioni filosofiche*, Franco Angeli, Milano 2015.

⁶³ V., ad esempio, da ultimo S. PENASA, *Giudice “Ercole” o giudice “Sisifo”? Gli effetti del dato scientifico sull’esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati*, in *La medicina nei Tribunali*, cit., 69 ss.

de la loi, sono necessariamente ampi nell'odierna società⁶⁴. Ciò è ancor più vero in tutti i settori dove lo sviluppo tecnologico e scientifico costituiscono fattori di forte cambiamento dinamico e complessità delle materie da normare. In tali ambiti il giudice non sempre può limitarsi alla mera applicazione di una “regola” legislativa, chiara e dettagliata nel suo contenuto normativo, perché una tale regola o non c'è, come nel fine vita mostra emblematicamente il “caso Englaro”, oppure non è espressione di una disciplina “ragionevole” in bioetica, come dimostra la giurisprudenza resa in tema di fecondazione assistita.

Il giudice spesso si trova invece a dovere ricavare la concreta regola da applicare, mediante attenta opera ermeneutica di una disciplina generale e di principio, che presuppone peraltro, come emerso, conoscenza e “lettura” del dato scientifico. Anzi la scienza è al contempo il presupposto per l'esercizio tanto della valutazione politica alla base dell'esercizio del potere legislativo tanto dell'attività ermeneutica con cui il giudice ricava la norma da applicare al caso concreto. La stessa vicenda della vita e condotte umane correlate vanno in realtà esse stesse interpretate alla luce del dato scientifico. Si pensi, come si vedrà, alla qualificazione delle condotte nelle vicende tragiche del fine vita, con particolare riguardo allo stato vegetativo permanente, che possono configurare ipotesi di reato piuttosto che legittimo esercizio di diritti.

Il ruolo di legislatore e quello dei giudici devono però restare *distinti*; non sono tra di loro intercambiabili. Quando questo invece avviene accadono disastri. Come quando il legislatore ritiene di potere stabilire il numero massimo di embrioni da produrre per il futuro impianto e fissarlo così, per tutti e comunque, in ogni situazione, in un massimo di tre⁶⁵. Oppure qualora il giudice teorizzi, in via giuri-

⁶⁴ Sul ruolo dei giudici nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato costituzionale per un classico v. A. GARAPON, *I custodi dei diritti. Giudici e democrazia*, Feltrinelli, Milano 1997, che in particolare evidenzia come proprio i casi della bioetica “fanno capire, meglio di qualsiasi altra cosa, il ruolo nuovo della giustizia” (*ivi*, 139). V. anche, nell'amplessima letteratura, almeno M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit.

⁶⁵ Mentre il legislatore ben potrebbe porre anche in maniera espressa quel principio di produzione di un numero di embrioni “strettamente necessario”, che la stessa Corte costituzionale ha individuato come si vedrà nella sent. n. 151/2009.

sprudenziale, un “diritto di morire”, oltre la fondamentale libertà di rifiutare ogni trattamento sanitario, o, al contrario, un diritto alla genitorialità anche mediante accesso alla procreazione assistita in qualunque circostanza e per qualsiasi obiettivo, che non incontri limite al contenuto del suo esercizio⁶⁶.

Il giudice neppure costituzionale può farsi legislatore e assumere decisioni politiche, che a lui non competono, né il legislatore può immaginare di oscillare tra l'essere latitante, come nel fine vita, e poi, quando invece interviene, come nella procreazione assistita, tutto ricomprendere per stringere al proprio volere lo spazio di necessaria interpretazione giudiziaria.

La formazione di un vasto diritto giurisprudenziale in materia di bioetica è un fenomeno evidente ed è anche espressione, come rilevato, di “un processo di costituzionalizzazione dei diritti della persona a livello europeo, nel quale l'apporto del diritto di creazione giurisprudenziale (*judge made law*) è decisivo”⁶⁷. Saranno sempre inevitabili, e sono certamente positivi in termini di flessibilità dell'applicazione della norma, la ricostruzione di spazi rimessi al diritto giurisprudenziale in materia di bioetica. Sennonché tale spazio, in assenza di qualunque tipo di opzione regolatoria fissata dal legislatore, rischia di tradursi in arbitrio dei giudici e in totale incertezza del diritto, con difficoltà di prognosi degli stessi futuri orientamenti giurisprudenziali. Anche perché scienza e diritto, soprattutto quando tra di loro combinati, sono ambiti per loro natura dai confini incerti⁶⁸.

La giurisprudenza, così, come la stessa prassi medica e la relativa disciplina deontologica rappresentano momenti importanti di completamento e modulazione delle scelte legislative per i variegati casi concreti in cui applicare la regola legislativa; ma la stessa giurisprudenza non può svolgere un'impropria azione suppletiva, se non mettendo a repentaglio ogni minima garanzia della certezza del diritto. Il

⁶⁶ V. avanti, ad esempio, certa giurisprudenza resa prima dell'approvazione della legge n. 40/2004.

⁶⁷ A. SANTOSUOSSO, *I giudici e bioetica: bozza di un progetto di formazione*, in *Pol. dir.*, 3, 1999, 500.

⁶⁸ G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, cit., 411.

pericolo è quello che è stato sintetizzato nella ricordata espressione del “giudice legiferante”⁶⁹, frutto in realtà di un ossimoro, almeno in chi ravveda la sovrapposizione della giurisdizione alla politica come un rischio. È inevitabile che gli stessi giudici comuni, di legittimità e di merito, in tali ambiti di tutela dei diritti, in cui le fattispecie emergono sempre come nuove e non sempre in astratto prevedibili, vadano ad assumere un ruolo centrale⁷⁰, definitivamente liberati da ogni residuo mito liberale di “bocca” di una legge, che mai potrebbe essere comprensiva di regole per ogni vicenda bioetica della vita. Sennonché sono evidenti anche i pericoli insiti in un tale composito assetto delle sedi giudiziarie di tutela dei diritti della bioetica.

Non solo il giudice delle leggi e il giudice sovranazionale, ma la stessa giurisprudenza comune, ordinaria e amministrativa, trovano ampi spazi di intervento attraverso una giurisprudenza pretoria, obbligata dalla necessità di pronunciare diritto al termine del processo. Ed è più alto il rischio, da rifuggire, di eccessi di un attivismo giudiziario, semmai desideroso di sostituirsi alla politica, che si traduca in uno stato di incertezza del diritto. Si possono ricordare, al riguardo, sia il tema del fine vita⁷¹ sia, prima dell’adozione della legge n. 40, le decisioni, anche contrastanti, adottate dai giudici civili in tema di maternità surrogata o fecondazione *post mortem*⁷²; oppure la questione relativa all’esperibilità dell’azione di disconoscimento del figlio concepito con fecondazione eterologa.

L’interpretazione letterale dell’articolo 235 del codice civile configurava la possibilità di esperire, nel caso di specie, l’azione di di-

⁶⁹ L. VIOLINI, *La Corte e l’eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, loc. cit.

⁷⁰ Cfr. ad esempio R. CONTI, *I giudici e il biodiritto. Un esame «concreto» dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, cit., spec. 91 ss., 107 ss.

⁷¹ Per tale osservatorio v. *infra* cap. 3, par. 1.

⁷² Rispettivamente, Tribunale civile di Roma, giudice unico, ord. 17 febbraio 2000, in *Guida dir.*, 9, 2000, 74 ss. e Tribunale di Palermo, ord. 29 dicembre 1998, in *Guida dir.*, 4, 1999, 90. Sulla giurisprudenza prima dell’adozione della legge n. 40/2004, v. P. VIPIANA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita, prima e dopo la legge n. 40/2004*, in *Cittadinanza, Corti e salute*, a cura di R. Balduzzi, Cedam, Padova 2007, 279 ss.

sconoscimento della paternità. Sicché non mancarono pronunce di giudici di merito che riconobbero una tale possibilità da parte del padre che pure aveva prestato consenso al ricorso alla fecondazione con donatore esterno alla coppia. In altre sedi giudiziarie, invece, la questione fu risolta diversamente alla luce di una differente interpretazione della disposizione codicistica, orientata dai principi e dalla necessaria tutela dei soggetti deboli, *in primis* del figlio, ricavandone una normativa in tema di azione di disconoscimento che, contro la lettera del testo, non veniva considerata applicabile nell'ambito della procreazione avvenuta mediante ricorso a fecondazione eterologa⁷³.

Si apriva così lo spazio a una situazione di incertezza, sulla quale la parola fine più che dalla Cassazione venne scritta grazie prima all'intervento della Corte costituzionale e poi all'espresso dettato legislativo.

È fisiologico, certo, in un sistema accentrato di controllo di costituzionalità delle leggi, che il ruolo di ultimo custode sia svolto, in definitiva, dal giudice delle leggi, che nel rispetto delle "rime obbligate", potrà garantire la conformità a Costituzione della legge anche quando questa disciplini istituti che non tengono conto – e non potevano tenerne conto – dell'avanzare del progresso medico e delle nuove questioni poste dalla bioetica. Così, nella questione relativa alla facoltà di disconoscere il figlio, concepito attraverso la tecnica della fecondazione artificiale con donatore esterno, il giudice delle leggi, investito della questione di legittimità, nel dichiararla inammissibile, evidenzia la possibilità di un'interpretazione adeguatrice della norma codicistica, che tenga conto delle prospettive aperte dalle nuove tecniche di fecondazione eterologa. La Consulta, infatti, evidenziata la "situazione di *carezza* dell'attuale ordinamento *con implicazioni costituzionali*" sottolinea che, pur in presenza di "plurime esigenze costituzionali", l'esigenza di tutelare la persona nata con tecniche di

⁷³ Tribunale di Cremona, 17 febbraio 1994, in *Foro Italiano*, 1994, CXVII, I, 1576 ss.; Tribunale di Rimini, 24 marzo 1995, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1996, XXV, 569 ss.; Corte d'Appello di Brescia, 14 giugno 1995, *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1996, XXV, 116 ss. e poi Tribunale di Napoli, 14 marzo 1997, in *Diritto e giurisprudenza*, 1997, CXII, 152 ss., che rimette la questione alla Corte costituzionale.

fecondazione assistita è prevalente, alla luce dei diritti che questi può vantare “nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo, assumendone la relativa responsabilità: diritti che è *compito del legislatore* specificare”⁷⁴. La Corte, in una sentenza interpretativa con cui dichiara inammissibile la questione di costituzionalità sollevata, ritiene che l’articolo 235 del codice civile “riguarda esclusivamente la generazione che segua ad un rapporto adulterino, ammettendo il disconoscimento della paternità in tassative ipotesi, quando le circostanze indicate dal legislatore facciano presumere che la gravidanza sia riconducibile, in violazione del dovere di reciproca fedeltà, ad un rapporto sessuale con persona diversa dal coniuge” e che tale articolo non si possa estendere alle vicende della fecondazione eterologa perché manca “un’omogeneità di elementi essenziali e un’identità di *ratio*”; sicché una tale “estensione della portata normativa della legge si risolverebbe in un arbitrio”⁷⁵. È questa una decisione emblematica in tema di interpretazione della legge in bioetica.

È chiaro che il fondamento giuridico costituzionale delle argomentazioni svolte dalla Consulta, anche all’indomani del divieto legislativo di fecondazione eterologa, resta fermo rispetto al divieto di disconoscere e indipendentemente dalla espressa previsione legislativa recepita nell’articolo 9 della legge 40/2004. E si può anche giungere a ritenere, sul punto, il contenuto della legge n. 40 come costituzionalmente vincolato, nel senso che sarebbe stata incostituzionale un’ipotetica volontà legislativa che avesse voluto consentire l’azione di disconoscimento della paternità da parte di chi in un rapporto coniugale ha comunque inizialmente assentito a questa pratica, che pure la legge (illegittimamente) vietava, prima della sentenza n. 162/2014. Ma è altrettanto chiaro, sul piano della certezza del diritto e della tutela dei diritti dei soggetti, che quanto stabilito dalla Corte costituzionale, in una sentenza interpretativa di inammissibilità e nella giurisprudenza di merito e anche di legittimità conforme a tale orientamento⁷⁶, non tutela nello stesso modo generale e astratto di

⁷⁴ Corte costituzionale, sent. n. 347/1998, considerato in diritto n. 2 (corsivi aggiunti).

⁷⁵ Corte costituzionale, sent. n. 347/1998, considerato in diritto n. 3.

⁷⁶ Corte di Cassazione, sez. I civ., 16 marzo 1999, n. 2315, in *Corriere Giuridico*,

un espresso divieto legislativo di esperire in tale fattispecie azione di disconoscimento di paternità.

Certo, si tratta di questioni delicate in cui la stessa legge, una volta stabilito il divieto generale e astratto, non potrebbe certo contemplare ogni concreta vicenda cui ricondurre i singoli fatti, ad esempio in tema di disconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio tramite fecondazione eterologa⁷⁷. Oppure si può considerare la diversa vicenda della possibilità di partorire, senza riconoscere il figlio, per la madre fecondata artificialmente. Possibilità da ammettere, se si tiene conto che oggetto di tutela costituzionale è sempre fondamentalmente il bambino, al di là dei rischi di fraudolento aggiramento di un divieto di fecondazione eterologa o di maternità surrogata.

Sono vicende che costituiscono riprova, al contempo, dell'importanza di una disciplina legislativa dei temi e dell'impossibilità che essa tutto preveda. Mentre l'assenza di cornice legislativa rischia di ledere sia la certezza del diritto sia le posizioni soggettive coinvolte.

Così, sempre prima della legge n. 40, il Tribunale civile di Roma, giudice unico, autorizzò il ricorso alla maternità surrogata⁷⁸, ricostruendo spazi di un possibile, discutibile e discusso, "diritto a procreare"⁷⁹ e "di essere madre senza gravidanza", in quanto, in assenza di una specifica disciplina della materia, sarebbe stato possibile ricavare direttamente, dall'interpretazione dei principi dell'ordinamento giuridico, la liceità del contratto di maternità surrogata e della relativa prestazione medica. Il giudice si dichiara interprete diretto delle istanze provenienti dalla società e riconosce "quale diritto fondamentale della persona il diritto a diventare genitori e di valutare e decidere le scelte in relazione al *bisogno* di procreare".

1999, XVI, n. 4, 429 ss., con nota di P. SCHLESINGER, *Inseminazione eterologa: la Cassazione esclude il disconoscimento di paternità*, 401 ss.

⁷⁷ Cfr. Corte d'Appello di Milano, sentenza 23 settembre 2014, che riforma sentenza del Tribunale di Monza che aveva considerato legittimati i fratelli del defunto a impugnare il riconoscimento dei suoi figli nati fuori dal matrimonio con fecondazione artificiale eterologa.

⁷⁸ Si fa riferimento al caso di cosiddetto "utero in affitto" deciso da Tribunale di Roma, giud. unico, ord. 17 febbraio 2000, in *Guida dir.*, 9, 2000, 74 ss.

⁷⁹ M. WARNOCK, *Fare bambini. Esiste un diritto ad avere figli?*, Einaudi, Torino 2004, *passim*.

In una decisione del Tribunale di Palermo⁸⁰, si ammise la legittimità del prosieguo dei tentativi di inseminazione omologa anche dopo la morte del *partner*, sembrandosi ammettere nella fattispecie una fecondazione assistita *post mortem*. Invero, in tale vicenda gli embrioni erano già stati prodotti e si trovavano in stato di crioconservazione. Dunque, la fecondazione era avvenuta prima, chiedendosi però l'impianto dell'embrione nonostante la sopraggiunta morte del *partner*. E il giudice di Palermo ritenne di potere ordinare al medico il prosieguo dell'attività di inseminazione, per provocare la gravidanza di un figlio pur in origine orfano di uno dei genitori.

Peraltro, la giurisprudenza qui sopra velocemente ricordata, che ha discutibilmente riconosciuto, in mancanza di una legge sulla fecondazione assistita, campi di esercizio di diritti estesi alla maternità surrogata o a forme di procreazione assistita *post mortem*, pone l'ulteriore tema di eventuali soluzioni contrastanti tra le decisioni adottate dai giudici e gli obblighi posti dalla deontologia professionale. L'assenza di una disciplina legislativa che assuma posizione su temi così eticamente e politicamente sensibili non solo assegna al giudice un ruolo che va oltre la sua funzione, ma determina anche la concreta absurdità di ipotesi in cui venga comminata una sanzione disciplinare a un medico il quale abbia agito proprio nel rispetto di una decisione dell'autorità giudiziaria.

Certo, in tale caso, nei confronti dell'eventuale sanzione disciplinare comminata dall'Ordine dei medici, il professionista ben potrebbe ricorrere in via giudiziaria. E spetterebbe ancora a un giudice, l'ultima – ma non necessariamente coerente – parola. Nel senso che il provvedimento disciplinare sarebbe illegittimo se ritenuto dal giudice violare un diritto alla maternità, ricostruito in via giurisprudenziale, in assenza di previsione normativa, come ricomprendente il ricorso alla maternità surrogata.

Delle due l'una, se il medico ha agito in esecuzione del provvedimento del giudice, semmai adottato ex articolo 700 cod. proc. civ., la sua condotta non dovrebbe essere sanzionata neppure deontologicamente. Se il medico vada ad agire indipendentemente da un ordine del giudice, ma conoscendo una giurisprudenza, sia pure non pacifi-

⁸⁰ Tribunale di Palermo, ord. 29 dicembre 1998, in *Guida dir.*, 4, 1999, 90.

ca, che qualificava come lecita la condotta, nell'esempio qui seguito di maternità surrogata prima della legge n. 40, ben avrebbe potuto essere sanzionato dall'Ordine professionale e quella sanzione ritenuta congrua davanti ad altro giudice che avesse ritenuto invece, non sussistere nell'ordinamento la liceità del ricorso alla maternità surrogata.

L'espressa disciplina legislativa, sia pure consistente in un divieto di maternità surrogata o, invece, di fecondazione *post mortem*, costituisce il fondamento di una scelta politica, tradotta in norma giuridica, generale e astratta, che sola assicura un livello minimo essenziale di certezza del diritto. La stessa opzione regolatoria illegittima, come avvenuto per il divieto di fecondazione eterologa, invero assicura comunque un livello di tutela delle posizioni individuali, avendo forse l'ordinamento più efficienti anticorpi contro l'atto invalido che contro le lacune normative. Così, l'illegittimità della legge potrà sempre essere fatta valere con effetti retroattivi ed *erga omnes* nelle forme previste dall'ordinamento.

Nonostante le pronunce di incostituzionalità che hanno colpito a più riprese la legge n. 40 resta in effetti confermata la necessità di avere una qualche disciplina legislativa, piuttosto che il vuoto normativo.

In un ordinamento, in cui il legislatore non interviene a disciplinare la questione bioetica, o lo faccia ma spinto da spirito ideologico e con violazione degli individuati parametri costituzionali, la necessità di ritrovare un punto di equilibrio nel sistema complessivo si sposta, in definitiva, dalla sede parlamentare a quella del giudice delle leggi, che viene chiamato a svolgere un sindacato per colmare lacune in ambiti di leggi costituzionalmente necessarie oppure a individuare essa gli ambiti di ragionevole esercizio della discrezionalità legislativa. È un compito a cui la Corte costituzionale ha cercato di adempiere negli ultimi anni, pur consapevole della delicatezza del tema e del connesso rischio di entrare nel *merito* di scelte, per definizione rimesse alla politica.

Il sindacato sulla ragionevolezza in tali settori⁸¹, va effettuato con un certo *self restraint* da parte della Corte costituzionale⁸². Tale con-

⁸¹ Come si è già avuto modo di evidenziare. A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista Aic*, n. 3/2015, più volte ripreso nel testo.

⁸² La dottrina in tema di ragionevolezza, che ormai è modo di essere quasi co-

trollo consente alla Corte di svolgere il proprio ruolo di custode della Costituzione e di porre freno all'arbitrio della politica, solo quando si sviluppi nel rigoroso ricorso alle tecniche di verifica e agli strumenti di sindacato di cui la Corte nel tempo si è dotata⁸³. Il canone della ragionevolezza è tecnica di giudizio delicata quando si confronta con una tutela legislativa semmai sproporzionata, come talora la Corte rileva nelle questioni di inizio vita⁸⁴, di fronte a libertà e interessi che hanno, per definizione, ancoraggio costituzionale nei vari termini del bilanciamento.

In tale ambito, il ricorso alla tecnica del giudizio sulla ragionevolezza, che si erge ormai a principio autonomo⁸⁵, se non praticato con assoluto rigore, rischia di potersi tradurre nella sostituzione dell'arbitrio del legislatore con quello altrettanto pericoloso, al di fuori dei circuiti della legittimazione politico-rappresentativa, dello stesso giudice delle leggi, che così andrebbe, in concreto, a effettuare indebite valutazioni di tipo politico⁸⁶. Si determinerebbe, in tal caso,

stante nelle motivazioni della Corte nelle questioni più controverse, è davvero sterminata. Può essere utile partire da L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, I, Milano 1997, 899 ss., per poi approfondire la ricchissima dottrina dei Maestri lì richiamata. Per un'analisi di un decennio di giurisprudenza v. *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di M. Scudiero e S. Staiano, Jovene, Napoli 1999.

⁸³ G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000, *passim*.

⁸⁴ Di "test di proporzionalità, insieme con quello di ragionevolezza" parla espressamente la Corte, come si vedrà nella sentenza n. 162/2014. V. *infra* cap. 2, par. 4.

⁸⁵ Come si rileva, il giudizio di ragionevolezza si è "emancipato" dal riferimento al solo principio di eguaglianza o al diritto alla salute, venendo spesso impiegato da solo, anche declinato quale incoerenza o irrazionalità. Cfr. ad esempio M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Cortecostituzionale.it*, 2013.

⁸⁶ Il controllo sulla ragionevolezza costituisce strumento quotidiano nell'operare della Corte e rappresenta un limite assai penetrante, capace di travolgere lo stesso esito legislativo del processo politico di bilanciamento. Uno strumento assai delicato, che la Corte si è costruito, nella sua giurisprudenza. Potenzialità e rischi di tale importante strumento emergono già negli Atti del seminario svoltosi al Palazzo della Consulta, Roma 13 e 14 ottobre 1992, pubblicati in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano 1994.

un'ancor più grave lesione delle garanzie costituzionali, che la Carta fondamentale ha voluto impernate, a effettiva tutela del suo carattere rigido, su di un organo costituzionale “giudice”, di legittimità e mai di merito, delle legge⁸⁷. E ciò a chiusura del sistema delle garanzie, e quindi al di fuori dello stesso circuito politico-rappresentativo e del campo di azione del principio maggioritario.

La Corte, dunque, in genere, dopo avere riconosciuto la competenza del legislatore a disciplinare anche le questioni eticamente sensibili, sottolinea, come – in particolare in tali ambiti – sia sempre necessario operare, nell'esercizio della discrezionalità legislativa, scelte che siano frutto di ragionevoli bilanciamenti tra tutti i diritti ed interessi costituzionali coinvolti che garantiscano una “tutela minima necessaria”.

La Consulta rivendica con fermezza il proprio ruolo di sindacare la legittimità dei bilanciamenti realizzati dal legislatore attraverso il vaglio del controllo sulla ragionevolezza, ma non può, né vuole, entrare nel campo delle scelte di opportunità. Nel sindacato sulla ragionevolezza, la Corte si richiama tradizionalmente al ragionevole bilanciamento quale forma di controllo “minimale”, cioè di verifica che non sia compromesso nel suo “minimo” il diritto o interesse costituzionale coinvolto. Sicché, per tale via, la Consulta si pronuncia più frequentemente nel senso del rigetto, e non dell'accoglimento, della questione di costituzionalità, facendo rientrare la sottostante scelta legislativa nell'esercizio legittimo di discrezionalità. E a tale conclusione la Corte perviene coerentemente anche nelle ipotesi in cui essa mostra di non condividere, nel merito, la scelta, che semmai è comunque “criticata” in *obiter dictum*, ma senza che ciò porti a una decisione di accoglimento⁸⁸.

⁸⁷ Necessità di preciso ancoraggio al parametro e costituzionale e rischi di abusi del giudizio di ragionevolezza sono da sempre adombrati anche nella più autorevole dottrina. V. per tutti P. BARILE, *Il principio di ragionevolezza nella Giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici*, cit., 21 ss., spec. 42.

⁸⁸ Si può ricordare, Corte cost., sent. n. 250/2010, che rigettò la questione di costituzionalità del reato di ingresso e soggiorno irregolare dello straniero, in cui il giudice delle leggi limita l'ambito del giudizio sulla ragionevolezza solo ove la discrezionalità legislativa “si traduca in *scelte manifestamente irragionevoli o arbitra-*

Il richiamo alla ragionevolezza, dunque, quando la Corte si trova di fronte a questioni sensibili del dibattito politico, viene spesso declinato proprio come “non irragionevolezza” della legge; oppure la Corte sembra richiedere, per sancire l’incostituzionalità, che la scelta sia “manifestamente irragionevole o arbitraria”.

La doppia negazione, utilizzata nella formula della “non irragionevolezza” – altrimenti riducendosi a mera clausola di stile – vuole proprio indicare come la scelta tra le diverse opzioni politiche possibili, che costituisce l’esito del bilanciamento, è decisione interamente rimessa al legislatore. La doppia negazione dovrebbe in definitiva denotare come la Corte intenda svolgere un controllo minimo, a sottolineare, nelle decisioni in cui si fa uso dell’espressione richiamata, come il giudice delle leggi non vada tanto a sindacare la “piena” ragionevolezza della scelta legislativa, ma si accontenti che la stessa sia almeno, per l’appunto, non irragionevole⁸⁹.

In tal senso, quando la Corte sovente declina il controllo di ragionevolezza con la formula della doppia negazione, perviene a una decisione di rigetto, ritenendo che comunque la scelta effettuata dal legislatore sia “non irragionevole”. Ad esempio, nel “caso Ilva”, in una vicenda in cui pure rileva il diritto alla salute, la Corte valuta la norma sottoposta a controllo “ispirata alla finalità di attuare un non irragionevole bilanciamento tra i principi della tutela della salute e dell’occupazione, e non al totale annientamento del primo”, giungendo a ritenere il diritto emergenziale ivi contenuto fondato sul piano della ragionevolezza e così rigettare la questione di costituzionalità⁹⁰.

rie” (considerato in diritto n. 5, corsivo aggiunto). La Consulta qui muove possibili censure alle scelte operate dal legislatore che ha introdotto una tale forma di reato, per concludere però che “simili valutazioni attengono, tuttavia, all’opportunità della scelta legislativa su un piano di politica criminale e giudiziaria: piano di per sé estraneo al sindacato di costituzionalità” (considerato in diritto n. 10).

⁸⁹ Un po’ come nella formula della “non manifesta infondatezza” si indica come il giudice *a quo* si limita alla valutazione dell’esistenza di un dubbio circa la costituzionalità, dovendo poi valutare sulla fondatezza o no della questione la Corte, quale giudice *ad quem*.

⁹⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 85/2013, su cui V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell’ambiente*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013; M. BONI, *La politiche pubbliche dell’emer-*

È l'assenza di “manifesta irragionevolezza” a far rigettare la questione di costituzionalità.

Nella giurisprudenza in tema di fecondazione assistita, come si vedrà nel dettaglio, la Corte – che, dopo atteggiamenti iniziali più prudenti, pure ha riscritto la legge n. 40 – mostra ancora una rilevata “deferenza” per la sfera di discrezionalità del legislatore soprattutto laddove lamenta l'assenza di “rime obbligate” che le consentano di pronunciarsi in modo manipolativo⁹¹. Mentre, in altri casi, emblematicamente nella sentenza n. 162/2014, pur avendo espressamente ribadito che sarebbe bastata una disciplina legislativa “non irragionevole” a impedire di sindacare l'esercizio della discrezionalità fatto dal legislatore, giunge a far cadere il generale divieto legislativo di fecondazione eterologa.

4. *Quando il giudice contraddice la scienza*

Se la scienza pone i termini scientifici delle questioni bioetiche con cui, nella diversità dei ruoli e delle funzioni, sia il legislatore sia i giudici devono confrontarsi, è il giudice, nell'applicare la norma al caso concreto, ad assicurare la tutela del diritto sempre più spesso a seguito della “lettura” del dato scientifico rilevante al fine della decisione del fatto portato alla sua cognizione. Laddove poi non vi sia neppure la norma specifica da applicare rispetto alla “questione scientifica” o all'accesso a un'applicazione tecnologica, il giudice ancor più si trova ad avere un ampio campo di azione e margine di apprezzamento dello stesso dato scientifico. Il rischio è quello che, nel rapporto tra giustizia e scienza, i giudici, sull'antico adagio dello *iudex peritus peritorum*, giungano in pratica a sostituirsi agli scienziati, senza neppure avere adeguata cognizione della questione scientifica posta alla loro attenzione. La Corte costituzionale al riguardo ha “avvertito” i giudici dell'importanza del dialogo con la scienza e dell'in-

genza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva, in *Federalismi.it*, 2014.

⁹¹ Si esaminerà, in particolare, nel cap. 2, par. 3, la sentenza n. 84/2016 in tema di impiego degli embrioni sovranumerari.

trecciarsi tra argomentazione giuridica e tecnico-scientifica nell'esercizio della giurisdizione, anche sottolineando, ormai da tempo, che la "consulenza tecnica d'ufficio è strumento sovente indispensabile per l'esercizio della giurisdizione, quando bisogna attingere a conoscenze scientifiche per dirimere le controversie che il giudice è chiamato a decidere"⁹².

La possibilità che i giudici "possono scegliere di entrare nel merito di tali questioni [scientifiche] o di analizzare la questione giuridica senza pronunciarsi nel merito "scientifico" della medesima"⁹³ dovrebbe funzionare più da monito per un *self restraint* delle autorità giudiziarie, a seguito di un proficuo dialogo tra argomentazione giudiziaria e ragioni della scienza, che da "lasciapassare" per decisioni, prive di fondamento sul piano scientifico o addirittura in contrasto con l'evidenza dei risultati raggiunti dalla comunità scientifica in quel tema.

Un osservatorio assai significativo di tali rischi è dato da quella giurisprudenza, soprattutto di merito, in cui la scienza, sinanche l'evidenza dei risultati scientifici e della sperimentazione, vengono colpevolmente ignorati dal giudice. Il giudice ovverosia prende decisioni, in ambiti ad esempio di esercizio della libertà del paziente che chiede di "scegliere" la terapia da seguire all'interno del servizio sanitario, dove l'argomentazione giuridica si pone in aperto contrasto con la "ragionevolezza scientifica" di un'istanza volta ad ottenere gratuitamente trattamenti non validati dalla scienza, in nome di un non giuridico, preteso "diritto alla speranza".

Si pone, in tali ambiti, anche il tema delle ragioni di una sostanziale irresponsabilità dei giudici di fronte a decisioni prive di ogni minimo sostegno scientifico⁹⁴ e che pure comportano costi notevoli

⁹² Corte cost., sent. n. 121/1999, considerato in diritto n. 3.

⁹³ S. PENASA, *Le "scientific questions" nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionale e internazionali*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2016, 57.

⁹⁴ L. CHIEFFI, *Prospettive garantistiche e sviluppi atipici dell'interpretazione conforme a Costituzione nel campo della biomedicina*, in *Questione giustizia*, n. 2/2016, 198 ss.

e lesione dell'interesse collettivo alla tutela della salute. Trattandosi peraltro di provvedimenti d'urgenza, che devono fornire risposta immediata a istanze non procrastinabili è alta la possibilità di decisioni tra di loro contrastanti con conseguente lesione della certezza del diritto e diseguaglianza nel trattamento di fatti giuridicamente consimili. Ciò è particolarmente grave nei casi in cui la comunità scientifica ha espresso evidenze consolidate sulla questione; più problematica è l'ipotesi in cui la stessa scienza sia incerta nella contrapposizione di discordanti orientamenti scientifici.

Nella diversità delle vicende, possono essere ricordati, in modo emblematico anche del rapporto tra giudici e legislatore, i casi Di Bella e Stamina⁹⁵, senza dimenticare quella giurisprudenza che ha offerto “sponda” giuridica a movimenti pseudoscientifici contrari alle vaccinazioni.

La vicenda dell'accesso alla multiterapia Di Bella per i malati oncologici pose la questione delicata, in tema di fine vita e, soprattutto, di correlazione tra il diritto alla salute e la libertà di “cure alternative”, non sperimentate, su cui la Corte costituzionale diede risposte in parte sorprendenti di fronte a un dibattito, fortemente sentito dall'opinione pubblica e dalle stesse forze politiche. La somministrazione della cosiddetta multiterapia a carico del servizio sanitario veniva consentita dalla legge non a tutti i malati, ma a favore dei soli soggetti ammessi alla sperimentazione.

La Corte rilevò, invece, con una particolare sentenza additiva “condizionata”⁹⁶ – dove il giudice delle leggi si premura di porre limiti “di oggetto”, “di soggetti” e “di tempo”⁹⁷ –, che il contenuto mini-

⁹⁵ Su cui da ultimo v. M. TOMASI, *Il potere legislativo e la giurisdizione di fronte al pluralismo delle domande di salute. Dal multitrattamento Di Bella al caso Stamina*, in *La medicina nei Tribunali*, cit., 133 ss.

⁹⁶ “Un'additiva parziale e condizionata” per F. MINNI, A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, n. 3/2103, 7.

⁹⁷ Corte cost., sent. n. 185/1998 (in *Giur. cost.*, 1988, 1510, con commento critico di A. Anzon; ma v. anche tra gli altri i commenti di A. CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza delle “fattispecie dubbiose”*, in *Giur. it.*, 1, 1999, 166 ss.; C. COLAPIETRO, *La salvaguardia costituzionale del diritto alla salute e l'effettività della sua tutela nella sperimentazione del “multitrattamento Di Bella”*, *ivi* 160 ss.) considerato

mo del diritto alla salute, sottratto alla disponibilità della valutazione discrezionale del legislatore⁹⁸, richiedeva che i malati di cancro, per i quali i rimedi tradizionali si fossero rivelati inadeguati e in situazioni di disagio economico, dovessero avere la possibilità di accedere gratuitamente a cure, quale la multiterapia Di Bella. E ciò anche solo per una mera speranza di guarigione, non ancora scientificamente provata, altrimenti determinandosi, per la Corte, una discriminazione tra soggetti che versano in una situazione analoga di malattia, ledendosi “aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute”. Dunque una mera speranza legata a una terapia, non scientificamente comprovata, viene fatta rientrare, in assenza di alternative terapeutiche, nel contenuto minimo necessariamente da tutelare. Al riguardo, la Corte non si sarebbe tanto preoccupata “di far dipendere la gratuità delle cure dall’inclusione della patologia tumorale nell’elenco di quelle oggetto di sperimentazione, quanto di affermare il principio secondo cui l’intervento del servizio sanitario nazionale si giustifica, per i pazienti privi di disponibilità economiche, se manca l’alternativa terapeutica”⁹⁹.

La Consulta invero riconosce la debolezza del fondamento scientifico ritenendo però che l’importanza del bene giuridico tutelato, la vita umana di un malato di cancro, consenta in sostanza di soprassedere sul dato scientifico relativo alla terapia in questione, laddove “il medico ritenga sotto la propria responsabilità, e sulla base di elemen-

in diritto n. 10: “Entro i limiti suddetti, il legislatore è costituzionalmente tenuto a provvedere, nella sua discrezionalità, agli interventi volti a garantire che possano usufruire del “multitrattamento Di Bella” anche i soggetti, non ammessi alla sperimentazione, che non sono nelle condizioni di affrontare i relativi costi a causa di insufficienti disponibilità economiche, alla stregua di criteri che spetta esclusivamente al legislatore stabilire secondo ragionevolezza”.

⁹⁸ In tal senso si rileva che “un percorso di riflessione che voglia utilizzare la giurisprudenza costituzionale per riflettere sull’incrocio delle dimensioni della discrezionalità in relazione alla tutela della salute, non può che assumere come punto di partenza la sentenza 185 del 1998”. Così B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Cittadinanza, Corti, salute*, cit., 211 ss.

⁹⁹ Altri remittenti, che mirano a un ulteriore allargamento dell’accesso alle cure, fanno riferimento a un tale principio che, secondo loro, emergerebbe nella sent. n. 185, come ricostruisce Corte cost., sent. n. 188/2000, ritenuto in fatto n. 1.

ti obiettivi, che non esistano valide alternative terapeutiche tramite medicinali o trattamenti già autorizzati per tali patologie”¹⁰⁰. Anzi la Corte impone al legislatore di intervenire con somma urgenza¹⁰¹.

Il giudice delle leggi in sostanza si fa promotore della tutela di una speranza legata a un’incerta, non scientificamente comprovata terapia, ponendo l’erogazione della stessa “a carico del servizio sanitario nazionale” e indipendentemente dai risultati della sperimentazione. Nella sentenza pure si richiama il ruolo svolto dagli organismi tecnico-scientifici preposti in sede di sperimentazione, a cui la Corte dichiara di non volersi “sostituire”¹⁰²; ma in definitiva, operando sul principio di eguaglianza e con l’effetto di ampliare l’ambito di erogazione di terapie non ancora validate, la Consulta svolge considerazioni che dovrebbero presupporre comunque un fondamento e una validazione proprio di carattere scientifico. L’allargamento delle prestazioni sanitarie pone peraltro ineludibilmente il tema della copertura finanziaria di tali spese. Tanto che successivamente, di fronte a un tentativo di allargamento dell’erogazione delle terapie, la Corte nel rigettare la questione, precisa come “evidente che la sentenza n. 185 non mirava ad allargare il numero delle patologie individuate dalla Commissione oncologica, né a legittimare tale ampliamento a opera di eventuali interventi giudiziari successivi, tali da produrre effetti invasivi delle competenze riservate agli organi tecnico-scientifici della sanità”¹⁰³.

¹⁰⁰ Corte cost. sent. n. 185/1998, considerato in diritto n. 10, lett. b.

¹⁰¹ Corte cost., sent. n. 185/1998, considerato in diritto n. 10: “Necessario per ricondurre la disciplina legislativa a conformità costituzionale, tale intervento dovrà aver luogo con la più grande tempestività in ragione della particolare urgenza”.

¹⁰² Corte cost. sent. n. 185/1998, considerato in diritto n. 8: “Non è chiamata [la Corte], né potrebbe esserlo, a sostituire il proprio giudizio alle valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle competenti sedi, consapevole com’è dell’essenziale rilievo che, in questa materia, hanno gli organi tecnico-scientifici... La Corte è chiamata a pronunciarsi, sotto il profilo del rispetto del principio di uguaglianza, in riferimento al diritto alla salute (artt. 3 e 32 della Costituzione), sulla conseguenza di tale divieto d’inserimento, che consiste nella non erogabilità, a carico del servizio sanitario nazionale, dei medicinali occorrenti per il multitrattamento”.

¹⁰³ “... organi di cui va ribadito il ruolo essenziale, come già si è fatto nella sentenza n. 185 del 1998, in cui si ricorda come questa Corte non possa sostituire il proprio giudizio alle valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle

L'aumento della spesa sanitaria per effetto di decisioni giudiziarie è infatti tema delicato, significativo crocevia della tutela giudiziaria dei diritti, rispetto al quale va distinta la posizione in cui si trovano il giudice delle leggi e i giudici comuni. L'allocazione delle risorse in materia sanitaria, nel limite del rispetto del nucleo essenziale della salute, è decisione rimessa alla politica, sulla base anche delle risultanze e indicazioni provenienti dagli organi tecnico-scientifici preposti.

Certo, il giudice delle leggi, come noto, nel sindacato di costituzionalità, non può esimersi dall'accertare la violazione di un parametro costituzionale e dall'accogliere la questione, anche quando per effetto della decisione, di fronte a una sostanziale omissione del legislatore, si riconosce un nuovo diritto di prestazione o si allarga il campo dei destinatari di una prestazione socio-sanitaria. Non vi è dubbio si tratti di sentenze che costano; ma se anche la Consulta deve adottare peculiare prudenza nel valutare le "rime obbligate" di tali additive di prestazione, nel rilievo che assume sul piano costituzionale la stessa corretta gestione dei conti pubblici, l'obbligo di copertura delle spese è posto in Costituzione a carico del legislatore e non di sentenze la cui funzione è quella di garantire il rispetto della Costituzione stessa¹⁰⁴. E, nella "sentenza Di Bella", la Corte ricava la necessità di un ampliamento dei destinatari della terapia, la cui omissione è ricostruita quale lesione del principio di eguaglianza.

Nei confronti dei giudici comuni, la situazione si pone su di un piano diverso, strettamente legato al fatto concreto rimesso alla cognizione dell'autorità giudiziaria, dove l'eventuale emersione di una violazione costituzionale della legge porterebbe il giudice a sollevare la questione dinanzi alla Corte. Questo non significa, come si vedrà ancor più nel "caso Stamina", che le questioni rimesse ai giudici non possano avere effetti sul piano generale della tutela della salute e dell'accesso al servizio sanitario e relativi costi. Ma la Corte, nello stesso "caso Di Bella", è chiara nel precisare che "quando esista la possibilità di un trattamento già sperimentato e validato, la pretesa

competenti sedi, consapevole com'essa è delle attribuzioni e delle responsabilità che a detti organi competono". Corte cost., sent. n. 188/2000, considerato in diritto n. 3.

¹⁰⁴ Sul tema, cfr. tra gli altri C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, spec. 8 ss. e dottrina *ivi* citata.

che lo Stato debba essere comunque tenuto a fornire gratuitamente altre prestazioni mediche, anche solo ipoteticamente efficaci, non sarebbe ragionevole” in quanto “non possono ricadere, infatti, sul servizio sanitario nazionale le conseguenze di libere scelte individuali circa il trattamento terapeutico preferito”¹⁰⁵.

La sostituzione dell'apprezzamento dei giudici, in deroga alle indicazioni provenienti dal mondo scientifico, soprattutto quando queste sono frutto di letteratura scientifica ampia e concordante, ancor più si vedrà nel “caso Stamina”, rende ugualmente, e anche più pericolosamente, irragionevole la scelta che si sposti dalla sede politica a quella giudiziaria, ponendosi peraltro anche questione relativamente alle responsabilità connesse a tali irragionevoli provvedimenti.

Un tale modo di operare, come in tutti i casi in cui i giudici non tengono conto dei dati scientifici o di sperimentazione, pone sensibili problemi sul piano della tenuta della spesa sanitaria e sociale in genere. Stante infatti il carattere limitato delle risorse economiche destinate alla garanzia del diritto alla salute e al contempo il dovere costituzionale di salvaguardarne sempre la tutela del “nucleo essenziale”, il conseguente aumento di spesa del servizio sanitario nazionale, senza la previsione di risorse aggiuntive, derivante dal riconoscimento dell'accesso a terapie non sperimentate come efficienti e non nocive, si riverbera implicitamente e inevitabilmente sull'efficienza complessiva della garanzia del diritto alla salute rimesso al servizio sanitario pubblico.

L'interesse al contenimento della spesa pubblica si riempie in campo sanitario di importante significato costituzionale, perché lo spreco di risorse, a *budget* sanitario invariato, non può che influire sul grado di efficienza di erogazione del servizio sanitario e quindi sul correlato livello che attiene all'effettiva tutela della salute. È questo un tipo di argomentazione giuridicamente rilevante, come la Corte costituzionale stessa pacificamente rileva nella sua giurisprudenza¹⁰⁶.

¹⁰⁵ “...anche perché ciò disconoscerebbe il ruolo e le responsabilità che competono allo Stato, attraverso gli organi tecnico-scientifici della sanità, con riguardo alla sperimentazione e alla certificazione d'efficacia, e di non nocività, delle sostanze farmaceutiche e del loro impiego terapeutico a tutela della salute pubblica”. Corte cost., sent. n. 185/1998, considerato in diritto n. 10, lett. b.

¹⁰⁶ Cfr., a mero titolo di esempio, rispetto a misure socio-assistenziali, Corte

Passando ad analizzare il “caso Stamina”, pur nella drammaticità dei fatti rimessi alla decisione del giudice, emerge chiaro come il ritrovamento forzato di posizioni scientificamente deboli possa condurre a decisioni che non tutelino né la salute del singolo né gli interessi connessi alla salvaguardia del servizio sanitario. La vicenda in tal senso rappresenta un epifenomeno assai significativo dei limiti di quelle impostazioni che spostano prevalentemente sul piano della casistica giurisprudenziale la risposta da dare ai temi della bioetica.

Quanto accaduto nel “caso Stamina” è particolarmente grave, perché talora emerge un certo protagonismo, che potremmo definire “pseudoscientifico”, di certi giudici. Si tratta di un rischio grave, da cui per primi i giudici dovrebbero rifuggire, altrimenti dovendosi avere, nel rispetto dell’indipendenza che non significa impunità, adeguati interventi a far valere, anche in sede di responsabilità¹⁰⁷ civile e disciplinare, le colpe sottese a tali orientamenti, in cui la *iusdictio* diviene quasi giustificazione di ricorso a pseudoscienze.

È un canovaccio che si ripete anche in altre vicende. Va ricordata almeno la giurisprudenza – forse si dovrebbe dire la “pseudogiurisprudenza” – che, in alcune sentenze di merito, riconosce, senza alcuna minima base in studi scientifici, ma anzi in contrasto con le evidenze raggiunte, la correlazione, anzi il nesso di causalità che giu-

cost., sent. n. 226/2000, considerato in diritto n. 3.2: “Il diritto a misure di sostegno assistenziale in caso di malattia, alla stregua dell’art. 38 della Costituzione, non è indipendente dal necessario intervento del legislatore nell’esercizio dei suoi poteri di apprezzamento della qualità, della misura e delle modalità di erogazione delle provvidenze da adottarsi, nonché della loro gradualità, in relazione a tutti gli elementi di natura costituzionale in gioco, compresi quelli finanziari, la cui ponderazione rientra nell’ambito della sua discrezionalità”.

¹⁰⁷ Cfr. L. CHIEFFI, *Prospettive garantistiche e sviluppi atipici dell’interpretazione conforme a Costituzione nel campo della biomedicina*, cit., 208 che sottolinea come “a seguito della condanna (per truffa, esercizio abusivo della professione medica, erogazione di farmaci guasti) inferta a carico di alcuni imputati (responsabili della Stamina Foundation) che avevano avviato pratiche terapeutiche prive della necessaria evidenza scientifica, sarebbe singolare una totale esenzione da qualunque responsabilità, alla stregua di soggetti *legibus soluti*, dei giudici che avessero, a loro volta, contribuito all’esecuzione di quelle cure, nonostante le contrarie prescrizioni contenute nella legislazione vigente, considerate da questi stessi interpreti *tamquam non esset*”.

stifica il risarcimento, tra vaccinazione e autismo. Si tratta in tali casi di un giudice, che davvero si improvvisa scienziato, sulla scorta di consulenza tecnica di ufficio, che esprime posizioni in alcun modo validate dalla scienza¹⁰⁸. E se l'ordine dei medici si mostra consapevole del problema nei confronti dei propri iscritti, lo stesso non sembra allo stato potersi dire per gli organi di autogoverno della magistratura e i relativi organismi associativi.

Così la Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri ha approvato un documento¹⁰⁹ che ricorda come una tale condotta medica in tema di vaccini “costituisce infrazione deontologica”, in ossequio agli articoli 15 e 55 del codice deontologico in forza del quale “il medico non deve sottrarre la persona assistita a trattamenti scientificamente fondati e di comprovata efficacia” e “il medico promuove e attua un’informazione sanitaria accessibile, trasparente, rigorosa e prudente, fondata sulle conoscenze scientifiche acquisite e non divulga notizie che alimentino aspettative o timori infondati o, in ogni caso, idonee a determinare un pregiudizio dell’interesse generale”.

La magistratura, grazie alla garanzia costituzionale della sua neutralità e indipendenza, è ordine invero che dovrebbe possedere tutti gli anticorpi utili a resistere alle pressioni provenienti dall’opinione pubblica. È la politica infatti la sede per antonomasia sensibile, per il meccanismo del consenso, alla base del voto, alle pressioni mediatiche e dell’opinione pubblica. Ebbene il rischio dell’attivismo giudiziario che, in nome del brocardo dello *iudex peritus peritorum*, giunga a sostituirsi a quanto comunemente accertato dalla comunità scientifica è ancor più grave, e ingiustificato, dello stesso rilevato pericolo della politica silente o irragionevole. Peraltro, nel “caso Stamina”, il ricorso ai provvedimenti d’urgenza *ex* articolo 700 del codice procedura civile determina un arcipelago disomogeneo di decisioni “da parte di giudici che arrivano ad adottare le soluzioni più diverse”¹¹⁰.

¹⁰⁸ Emblematica è la decisione del Tribunale civile di Rimini, sent. 15 marzo 2012, non diversa nella sostanza da Tribunale civile di Palermo del 2014, reperibili *on line*.

¹⁰⁹ Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, *Documento sui vaccini*, 8 luglio 2016, approvato all’unanimità dal consiglio nazionale della Fnomceo e disponibile anche *on line*.

¹¹⁰ E “in molte pronunce si assiste quasi alla negazione del ruolo degli organi-

Nella vicenda Stamina, certi interventi dei giudici¹¹¹, che in sede di provvedimenti d'urgenza danno seguito giuridico a speranze irrazionali, costituiscono essi stessi ulteriore fattore di pressione sulla politica, spingendo la stessa ad adottare, semmai sull'onda emotiva di fatti umani tragici, provvedimenti che non hanno fondamento nella scienza e che vanno inoltre contro le stesse evidenze riscontrate nella letteratura medica.

All'adozione da parte del Governo del decreto legge n. 24/2013¹¹², che dà parziale riconoscimento alla cura, che si allontana dai crismi dell'ordinaria verifica scientifica, consentendo la continuazione della cura ai pazienti su cui la stessa terapia era già stata avviata, come cura compassionevole – e semmai per ordine di un giudice –, seguono ulteriori ordini dei giudici di ammissione alla sperimentazione nazionale della supposta terapia di soggetti esclusi¹¹³.

Ben si potrebbe invero dubitare della legittimità del ricorso al decreto legge con la volontà di creare un regime “speciale” per una presunta terapia, in deroga di quanto stabilito in via generale e astratta in tema di sperimentazione. Solo un'eccezionale, immediata evidenza della “bontà” ed efficacia del trattamento potrebbe giustificare il ricorso al decreto legge, configurandosi un “caso straordinario di necessità e urgenza”. Laddove invece ben presto emergerà dinanzi al

smi preposti alla valutazione dei trattamenti medici sperimentali”. M. D'AMICO, *Le questioni “eticamente sensibili” fra scienza, giudici e legislatore*, in *Forumcostituzionale.it*, 2015, 12.

¹¹¹ E. FALLETTI, *La giurisprudenza sul “caso Stamina”*, in *Fam. dir.*, 2014, 610 ss.

¹¹² Convertito poi nella legge n. 57/2013. S. AGOSTA, *Il c.d. metodo Stamina tra libero sviluppo della ricerca scientifica ed integrità della vita umana*, in *Confronticostituzionali.eu*; G. D'AMICO, *Il volto compassionevole del diritto e la dura scientia. A proposito del “metodo Stamina”*, in *Quad. cost.*, n. 2/2013, 420 ss.; M. TOMASI, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della “vicenda Stamina”*, in *Dialoghi sulla dignità umana*, a cura di L. Chieffi, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, n. 1/2013, 63 ss. nonché Idem, *Scientia semper certa est? Jus numquam?*, in *Confronticostituzionali.eu*.

¹¹³ G. D'AMICO, *Caso “Stamina”: la “lotta per la salute”*, in *Forumcostituzionale.it*, 2015, 1 ricorda come “questa inaspettata apertura del legislatore nazionale dava la stura ad una serie interminabile di ricorsi ex art. 700 c.p.c. volti ad ottenere un ordine di somministrazione della terapia contestata, in gran parte accolti dai giudici competenti (circa il 60%)”.

comitato scientifico per la sperimentazione del metodo Stamina come esso non risponda ai necessari requisiti.

In tale quadro interviene, nel 2014, la sentenza della Corte costituzionale, in cui invece viene superato il vaglio di costituzionalità della discutibile deroga operata dal Governo nel decreto legge in tema di sperimentazione del “metodo Stamina”. Nella decisione non si censura infatti il ricorso alla decretazione d’urgenza, ravvisandosi la presenza di “circostanze peculiari ed eccezionali”. In verità, per ogni sperimentazione di trattamenti di gravi malattie, potrebbero allora determinarsi medesime ragioni di celerità. Sennonché la disciplina legislativa della sperimentazione assolve plurime esigenze costituzionali, che non sono egualmente tutelate in procedure di accesso alla sperimentazione in deroga alla disciplina generale.

Pur nella diversità delle vicende relative al “caso Stamina” e alla “multiterapia Di Bella”, sono presenti ragioni di fondo analoghe, sotto la pressione forte dell’opinione pubblica e della politica in senso lato intesa, nel rapporto tra diritto e scienza a cui il giudice delle leggi viene chiamato a dare risposta¹¹⁴.

La Corte nel “caso Stamina” salva l’impianto del decreto legge per rigettare la questione di costituzionalità e confermare il riconoscimento della limitazione del trattamento per i soli pazienti già ammessi¹¹⁵.

La vicenda è significativa di quanto il “doppio binario” della formazione delle regole in bioetica che vive sia nel momento politico sia in quello giudiziario possa comunque andare in cortocircuito su entrambi i versanti. A questo punto si riduce di molto la possibilità di un intervento che consenta di recuperare razionalità all’ordinamento,

¹¹⁴ Sottolinea come “qualcosa sembra dunque essersi inceppato nel modo in cui il nostro sistema giuridico-istituzionale ha affrontato la vicenda [Stamina]” e come vada “quindi compreso cosa sia accaduto, e “perché” – dopo la “vicenda Di Bella” – ciò sia stato di nuovo possibile”. P. VERONESI, *Al crocevia del “Caso Stamina” e dei suoi “problemi costituzionali”*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2015, 2, e *passim* per una ricostruzione precisa e puntuale delle plurime questioni costituzionali implicate dal caso Stamina. V. anche A. SANTOSUOSSO, *Un altro caso Di Bella?*, in *Minorigiustizia*, n. 2/2013, 249 ss.

¹¹⁵ Corte cost., sent. n. 274/2014, commentata anche da G. SERENO, *Il “caso Stamina” all’esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in *Rivista AIC*, 2015.

in quanto si deve tristemente attendere il momento in cui la “cura miracolosa” abbia mostrato la sua inutilità o addirittura dannosità anche presso l’opinione pubblica.

Quando il giudice in via ermeneutica giunge a teorizzare un “diritto alla speranza”¹¹⁶, il diritto perde il suo fondamento coesenziale: la razionalità. Attraverso un preteso diritto alla speranza, che non trovi fondamento alcuno se non nella speranza stessa, non è possibile conferire quel fondamento di razionalità che ogni norma giuridica, e ancor più una fattispecie che sancisce casi di deroga a regole generali, deve avere. Né si può giustificare su di un tale preteso “diritto alla speranza” la disapplicazione della legge¹¹⁷. Si determina così una “via giudiziaria alla tutela della salute” in contrasto con lo stesso dato di diritto positivo¹¹⁸. Peraltro né la legge, né tanto meno un regolamento ministeriale, nel disciplinare l’accesso alle terapie e, quindi, l’esercizio del diritto di scelta delle stesse, possono consentire una disciplina che sia frutto di un assetto irragionevole dei molteplici interessi costituzionali e diritti coinvolti.

¹¹⁶ Si parla di “tutelare il “diritto alla speranza” di ottenere dalla terapia con cellule Stamina quei benefici in termini di salute che, per le gravissime malattie da cui sono affetti, non possono essere offerti dall’impiego di medicinali già autorizzati o almeno sperimentati”. Tribunale di Taranto, ordinanza (di remissione alla Corte) 24 settembre 2013 n. 65, in *Gazzettaufficiale.it*. D. PARIS, *I rischi di una giurisprudenza “compassionevole”. Riflessioni sull’operato della magistratura nel caso Stamina*, in *Forumcostituzionale.it*, 2015 evidenzia come tale supposto diritto alla speranza venga strumentalmente “finalizzato ad aggirare il requisito della validazione scientifica della cura” (*ivi*, 15 ss.). M. TOMASI, *Il potere legislativo e la giurisdizione di fronte al pluralismo delle domande di salute. Dal multitrattamento Di Bella al caso Stamina*, cit., 151 sottolinea come, in certa giurisprudenza, emergano “ancora più preoccupanti... manifestazioni che disancorano il concetto di salute da qualsivoglia aggancio con presupposti di benché minima razionalità scientifica”.

¹¹⁷ M. FERRARI, *Il diritto alla speranza del paziente legittima la disapplicazione della legge? Principi e responsabilità a confronto in tema di “cure compassionevoli”*, in *Resp. civ. prev.*, n. 3/2014, 1019 ss., spec. 1037. V. anche D. PARIS, *I rischi di una giurisprudenza “compassionevole”. Riflessioni sull’operato della magistratura nel caso Stamina*, cit.; G. COLETTA, *Le richieste di accedere gratuitamente a cure innovative e le risposte dell’ordinamento*, cit., 153 ss., spec. 165 s.

¹¹⁸ G. FONTANA, *I limiti alla ricerca scientifica: il “caso Stamina”*, in *La ricerca scientifica tra possibilità e limiti*, a cura di A. Iannuzzi, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 187, che sottolinea la “disapplicazione giudiziale non solo di provvedimenti amministrativi ma anche di atti normativi alcuni dei quali aventi forza di legge”.

La libertà di cura costituisce contenuto certo del diritto alla salute, il cui statuto costituzionale, come noto, si configura al contempo quale “fondamentale diritto dell’individuo” e “interesse della collettività”¹¹⁹. La proiezione non meramente individuale, ma altresì collettiva della salute richiede sempre lo svolgimento di adeguate forme di controllo anche scientifico.

È vero che la salute rientra in un ampio diritto individuale, che si esprime sinanche nel rifiuto dei trattamenti e delle terapie sino all’esito di comportare la propria morte, ma sul piano positivo tale libertà di scelta delle terapie, anche quando non erogate dal servizio sanitario, interseca altri interessi costituzionalmente rilevanti. Si pone quindi la necessità di fissare procedure e modalità adeguate sullo stesso piano delle ragioni scientifiche. In tal senso opera il regolamento del Ministro della Salute che, sostituendosi al precedente decreto vigente nella vicenda Stamina, pone “Disposizioni in materia di medicinali per terapie avanzate preparati su base non ripetitiva”, fissando regole molto più attente e chiare per il ricorso a medicinali al di fuori delle sperimentazioni cliniche¹²⁰.

Il caso Stamina determina un completo “cortocircuito” nel rapporto tra diritto e scienza di cui sono state al contempo vittime e protagonisti la politica, i giudici, gli stessi medici – che hanno adottato terapie, di cui ignoravano l’efficacia e la stessa composizione –, i *mass media*, incapaci di rendere una corretta informazione scientifica. Tutto ciò ha determinato un caso particolarmente grave di lesione della salute, sia inteso come diritto fondamentale delle persone, malati e loro famiglie, sia come interesse della collettività, che ha visto sottrarre risorse al servizio sanitario per un preteso, irrazionale e quindi non giuridico “diritto alla speranza”.

¹¹⁹ Di recente per un’analisi complessiva dello statuto costituzionale della salute, come diritto e interesse, cfr. D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino 2015.

¹²⁰ Decreto del Ministro della Salute, 16 gennaio 2015, che reca “Disposizioni in materia di medicinali per terapie avanzate preparati su base non ripetitiva”, in Gazz. Uff., Serie Generale 9 marzo 2015, n. 56 (anche in *Gazzettaufficiale.it*).

CAPITOLO II

L'EMBRIONE UMANO: DIMENSIONE COSTITUZIONALE E BILANCIAMENTI (IR)RAGIONEVOLI

SOMMARIO: 1. Il pericolo delle leggi irragionevoli nell'inizio vita dinanzi alla Corte costituzionale. – 2. Tutti i bilanciamenti nella diagnosi preimpianto tra giudice delle leggi e Corte di Strasburgo. – 3. Alla ricerca di una tutela ragionevole degli embrioni sovrannumerari. – 4. Fecondazione eterologa e discrezionalità legislativa.

1. *Il pericolo delle leggi irragionevoli nell'inizio vita dinanzi alla Corte costituzionale*

Il canone della ragionevolezza svolge un ruolo fondamentale nell'opera di sostanziale riscrittura della legge n. 40/2004 su diversi, significativi aspetti. In bioetica la ragionevolezza richiede, come sottolineato, il fondamento scientifico¹ dell'opzione prescelta dal legislatore e, ancor più, va declinata in modo plurale secondo l'insegnamento di Lavagna².

Sul piano costituzionale la disciplina delle tematiche di inizio vita si pone come una delicata questione di ragionevole bilanciamento tra diritti e interessi, che il Parlamento è chiamato ad assicurare. A tal fine è la Corte costituzionale ad operare uno scrutinio sulla ragionevolezza delle scelte legislative. La legge n. 40/2004 e la tutela dell'embrione in essa sancita costituiscono un osservatorio privilegiato di tali questioni, anche alla luce del diverso assetto già realizzato nella legge sull'interruzione volontaria di gravidanza. Di scenario, è importan-

¹ Sulla "ragionevolezza scientifica" cfr. S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, n. 2/2015, 271 ss. e già Idem, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 4/2009, 817 ss.

² C. LAVAGNA, *Sulla ragionevolezza quale limite posto alla discrezionalità del legislatore*, in Idem, *Ricerche sul sistema normativo*, Giuffrè, Milano 1984, 637 ss.

te ricostruire il corretto rapporto tra sindacato sulla ragionevolezza e ambito della discrezionalità legislativa, in particolare rispetto alla posizione dell'embrione, per sottolineare i pericoli rilevati sia di un eccesso di attivismo dei giudici sia dell'inerzia o irragionevolezza delle scelte legislative.

È la Corte stessa, come visto, nella sua giurisprudenza, a ritenere costituzionalmente necessaria la presenza di una disciplina legislativa delle principali questioni bioetiche, dove sono coinvolti plurimi interessi di rilievo costituzionale. Se l'intervento di una disciplina legislativa è necessaria, altra questione è quella relativa ai limiti che incontra la relativa legge per essere *ragionevole*, soprattutto quando questa intenda maggiormente tutelare, nell'esercizio della propria discrezionalità, alcuni diritti e interessi coinvolti nel bilanciamento, prediligendo l'adozione di strumenti e l'imposizione di limiti funzionali alle finalità e obiettivi dichiarati dalla legge³. Occorre accantonare sia ogni "pretesa del legislatore di regolamentare, secondo un modo di incidere interventista, ogni fase della procreazione assistita", dovendosi doverosamente riconoscere spazi da lasciare "più coerentemente alla responsabilità di colui che detiene la conoscenza scientifica", sia "un suo assordante silenzio"⁴.

Non vi è dubbio che il fenomeno riproduttivo sia naturale crocevia fra libertà e limiti e alcuni divieti possono forse essere considerati anche come "limiti necessari"⁵. Ma se dall'affermazione di principio si passa, in concreto, alla possibile casistica, il tema si complica nel-

³ Soprattutto qualora il legislatore giunge a prediligere "un punto di vista etico/religioso". Cfr. G. DI COSIMO, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso*, in *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, a cura di A. Cossiri e G. Di Cosimo, Quaderni di biodiritto, Aracne, Roma 2013, 13 ss.

⁴ "... nonostante gli effetti prodotti dai frequenti interventi censori del giudice costituzionale a salvaguardia dell'autonomia dello scienziato e dei diritti inderogabili dell'individuo". L. CHIEFFI, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le «due culture»*, cit., 3 nonché 17 ss.

⁵ G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Giappichelli, Torino 1999, 27 ss. rileva come, rispetto all'attività riproduttiva con ricorso alle tecnologie, non possono non individuarsi anche dei "limiti necessari all'autonomia del soggetto", ad esempio, in tema di "fecondazione artificiale *post mortem*" (*op. ult. cit.*, 41 ss.).

la qualificazione del limite, riferito all'esercizio di una libertà, quale "necessario" o invece al contrario irragionevole.

La questione vera si pone sul piano di contenuti, limiti e modalità di esercizio dei diritti, più che su quello scivoloso del riconoscimento di ulteriori libertà, quale ad esempio l'autonomo diritto all'autodeterminazione della coppia o il diritto a procreare, intesi come diritto ad avere un figlio sano o addirittura il "migliore" possibile. Anche a volere ritenere che la Costituzione tuteli un autonomo "diritto" alla maternità, *rectius* alla genitorialità, inclusivo, nei suoi contenuti, dell'accesso alle tecniche di procreazione assistita⁶, la vera questione centrale, nella rilevata "bioetica costituzionale", si pone sul piano del concreto bilanciamento delle forme e limiti di esercizio degli stessi⁷, prima ancora che rispetto al riconoscimento di "nuovi" diritti⁸.

Se c'è un indubbio ambito di apprezzamento discrezionale su ciò che può essere vietato e imposto dalla norma giuridica, c'è anche un ambito che non può ragionevolmente esserlo e che fuoriesce dal margine di apprezzamento del legislatore statale. Nelle questioni bioetiche di inizio vita, il tema realmente fondamentale non è tanto il riconoscimento dei diritti dell'embrione, che può essere una prospettiva etica – in senso religioso e laico – e anche giuridica, come dimostra la giurisprudenza della Cassazione ad esempio in tema di diritto del concepito a nascere sano⁹, ma quella di comunque rifiutare ogni prospettiva assolutizzante di un tale diritto o interesse, che non ammetta limitazioni e bilanciamenti.

Su di un tale piano, di fronte alle scelte fatte dal legislatore, il giudizio di ragionevolezza trova nuovi importanti applicazioni in

⁶ E nell'analizzata sentenza n. 162 "l'accesso alle tecniche di PMA, di tipo omologo e/o eterologo, viene inteso come una forma di (necessaria) concretizzazione del diritto alla genitorialità, in relazione a soggetti... afflitti da patologia". Così, V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, in *Dirittifondamentali.it*, 2014, 6 s.

⁷ F. PASTORE, *Il diritto di procreare: natura, titolarità, limiti*, in *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, cit., 159 ss. V., in generale, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. Le scelte esistenziali di inizio-vita*, vol. 1, Giuffrè, Milano 2012.

⁸ Come posto il tema sin da F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, cit.

⁹ Ad esempio, Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754.

tema di bioetica, come mostrano, in modo esemplare, le sentenze n. 162/2014, n. 96/2015, n. 229/2015 e n. 86/2016. Questo non deve tanto fare immaginare un nuovo e diverso canone di ragionevolezza della Corte, riempito di contenuti dalla ricerca scientifica. Non la scienza, ma la Corte resta in realtà anche in tema bioetico custode della ragionevolezza delle scelte legislative¹⁰.

Nell'ordinamento costituzionale emerge ormai da tempo l'esigenza – sia che la si voglia declinare nella categoria dei diritti o invece rapportare a quella degli interessi costituzionali – di tutela del feto e della dignità dell'embrione umano¹¹, come questione diversa e *altra* rispetto al riconoscimento della personalità giuridica. Il giudice delle leggi ha riconosciuto il feto non solo quale interesse degno di tutela, ma anche in relazione a un diritto a proseguire il proprio processo di vita umana¹². Non per questo la Corte ha negato legittimità costituzionale alla legge che disciplina l'interruzione volontaria di gravidanza.

L'emersione nell'ordinamento costituzionale dell'esigenza di tutela anche dell'embrione umano, la garanzia di interessi costituzionalmente meritevoli riferiti al “concepito” è elemento costante e certo nella giurisprudenza costituzionale. Di fronte ai temi dell'inizio vita non vi è la questione di un legislatore “ridotto quasi al silenzio”¹³, quanto quella di un legislatore che, nello Stato pluralista, trova un proprio spazio di regolazione in campo bioetico, che, anzi, deve costituzionalmente saper necessariamente riempire, nel rispetto, come

¹⁰ Sul rapporto tra scienza e giurisprudenza nel dibattito bioetico, v. da ultimo i contributi di C. CASONATO, L. CHIEFFI, G. COLETTA, M. P. IADICICCO, R. MANFRELLOTTI, S. PENASA, M. VILLONE, in *La Medicina nei Tribunali*, cit. V. già *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit.

¹¹ E. DENNINGER, *La tutela dell'embrione e la dignità dell'uomo. O: dei limiti della forza normativa della Costituzione*, in *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, cit., 21 ss.

¹² In una tutela “a geometria variabile”, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 27, 40.

¹³ M.G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, in *Confronti costituzionali.eu* parla di un legislatore “stretto” tra “il rispetto dell'autodeterminazione della coppia, le conquiste della scienza e le decisioni in merito alla razionalità della legge, queste ultime esclusivo appannaggio della Corte costituzionale”. Per una prospettiva di “politiche della vita tra libertà e responsabilità” nella fecondazione assistita v. V. FRANCO, *Bioetica e procreazione assistita. Le politiche della vita tra libertà e responsabilità*, Donzelli, Roma 2005.

detto, dei principi supremi di fronte a così delicati bilanciamenti. E così la disciplina legislativa della diagnosi genetica preimpianto non può trovare giustificazione dell'originario divieto nelle esigenze di tutela dell'embrione, quando nello stesso ordinamento si è sancito che quel bene giuridico e interesse costituzionale di tutela dovrà soccombere nelle condizioni della disciplina dell'accesso alla interruzione volontaria di gravidanza. Mentre la tutela dell'embrione formerà oggetto di bilanciamenti diversi, in tema di possibile impiego degli embrioni sovrannumerari, anche se invero spazi di bilanciamenti ragionevoli potevano condurre a soluzioni *altre* su cui però, come si dirà, la Corte non ha individuato il presupposto delle "rime obbligate".

Il fatto è che il legislatore deve sempre rifuggire scelte troppo radicali, che si esprimano in divieti e limiti generali ed assoluti e che difficilmente supereranno il controllo dinanzi al "custode della ragionevolezza", comportando un'illegittima compromissione di un termine del bilanciamento. Ciò soprattutto laddove la politica si esprima in un'ottica ideologicamente predeterminata in direzione di imporre una data visione valoriale, lesiva del pluralismo e dello spazio di autodeterminazione della persona, ineludibile estrinsecazione della dignità.

L'interesse costituzionale alla tutela dell'embrione, pur nella sua natura di "incerto umano", è degno di rilievo costituzionale e può condurre a individuare limiti ragionevoli all'esercizio della discrezionalità legislativa, che però non compromettano, nel ragionevole bilanciamento, diritti e libertà di chi è già persona, in particolare quando inerenti alla salute. La giurisprudenza della Corte dovrebbe riuscire a non negare spazi di scelta all'apprezzamento discrezionale del legislatore, ma al contempo sapere fissare paletti per un ragionevole esercizio di tale discrezionalità¹⁴.

La legge n. 40/2004 è in tal senso emblematica sia della necessità, come visto, della presenza di una qualche disciplina in tema di fecondazione assistita, in cui rilevano una pluralità di diritti e interessi costituzionalmente fondati, meritevoli di espressa tutela, sia anche

¹⁴ L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, cit., 5 invero rileva come si abbia ormai "una significativa restrizione degli spazi di incidenza della normazione primaria proprio in quei settori (la bioetica e le scelte eticamente controverse) in cui dare preminenza alle scelte del legislatore".

dei “guasti” e incongruenze provocati da una legge in cui l’impostazione ideologica, in contrasto con il corretto metodo del normare in bioetica, finisce per prevalere sulla ragionevolezza delle scelte e dei bilanciamenti operati. Irragionevolezza che non può che tradursi nell’intervento del giudice delle leggi a ripristinare il rispetto della Costituzione, non senza pericoli però.

Di scenario, va sottolineato, vi è una ragione di fondo che ha portato all’opera di sostanziale riscrittura della legge n. 40 ad opera della Corte e a minare nelle fondamenta l’impianto voluto originariamente dal legislatore del 2004. L’inizio vita, al momento dell’approvazione della legge del 2004, era già stata disciplinata dal legislatore in relazione al ricorso all’interruzione volontaria di gravidanza dalla legge n. 194/1978.

È vero che aborto e fecondazione assistita sono vicende diverse, ma è altrettanto evidente che esse attengono a beni, interessi e diritti costituzionalmente fondati ai quali assicurare tutela attraverso un loro ragionevole bilanciamento nell’inizio vita, sia pure in relazione a fasi e situazioni non identiche come il concepito *in vitro* e l’embrione e futuro feto *in vivo*. Certo, la questione di scenario in entrambe le fattispecie riguarda la condizione della vita umana nascente: nello stato primordiale di embrione, o addirittura prima ancora di tale sviluppo, e quale feto nel ventre materno.

Come si ebbe modo di rilevare, giusto all’indomani dell’adozione della legge n. 40/2004¹⁵, si determinava in modo chiaro l’irragionevole “compresenza nel nostro ordinamento di una norma che realizza in diverse sue opzioni regolatorie una tutela massima dell’embrione creato *in vitro*, per poi abbassare nei meccanismi della legge n. 194, il livello di tutela della vita di fronte ad un feto ormai formato”¹⁶. In

¹⁵ Sia consentito ricordare, A. PATRONI GRIFFI, *L’embrione umano: dimensione costituzionale, modelli legislativi e bilanciamenti ragionevoli*, cit., 2005, spec. 4 s. Sul rapporto tra legge 194 e legge 40 v. anche F. MEOLA, «...fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194» (art. 14, comma 1, legge 19 febbraio 2004, n. 40). *Appunti su un inciso alquanto controverso*, in *Forum BioDiritto 2008: Percorsi a confronto Inizio vita, fine vita e altri problemi*, a cura di C. Casonato, P. Veronesi. C. Piciocchi, Cedam, Padova 2009, 193 ss.

¹⁶ Motivo d’illegittimità della disciplina deriva in tal senso proprio dalla “coesistenza di entrambe le norme, frutto di bilanciamenti diversi, operati dal legislatore in tempi diversi” che così “compорта, forse, l’“irrazionalità” – più ancora dell’irra-

Italia si determinava un “andamento irragionevolmente altalenante” nella tutela dell’inizio vita con la compresenza, nell’ordinamento, di una disciplina normativa che, nell’esercizio della discrezionalità del legislatore aveva inteso porre una tutela massima dell’embrione nella legge n. 40/2004, prima della rilevata opera di “riscrittura” operata dalla Corte, per poi abbassare, nei meccanismi già stabiliti nella legge n. 194/1978 il livello di tutela della vita di fronte a un feto ormai formato e che si trova nel vivo del grembo materno. Tali due distinte opzioni legislative, dove pure vengono in rilievo analoghi, anche se non identici, termini di bilanciamento, determinano, nella loro coesistenza, ampia irragionevolezza e incoerenza della scelta operata peraltro dal legislatore che è intervenuto successivamente nel tempo¹⁷.

Sono queste argomentazioni e questa strada che la Corte costituzionale avrebbe potuto percorrere in quella criticata ordinanza di sostanziale *non liquet* del 2006, senza attendere invece il 2015 in una sentenza che, come si vedrà, in realtà era già stata scritta nel suo contenuto e nelle sue argomentazioni dalla dottrina e poi dalla stessa Corte europea dei diritti dell’uomo.

gionevolezza – della scelta del legislatore successivo, che tutela in misura massima l’essere vivente embrione, quando poi ha già stabilito un grado inferiore di tutela giuridica di quello stesso soggetto, per quando sarà invece divenuto feto”. Di qui la possibilità di ricostruire, sul piano costituzionale, la necessità di consentire indagini genetiche preimpianto sull’embrione, in presenza di gravi malattie di origine genetica, “incidendo così, con un minore sacrificio dei beni tutelati, sul prosieguo di un processo vitale che si trova ancora ai suoi meri, incerti primordi”; e scongiurando, in tal modo, l’incoerente e quindi illegittimo “andamento irragionevolmente altalenante”, potendo la madre interrompere la vita del concepito, sviluppata in feto di più mesi. Di fronte a soggetti portatori di gravi malattie genetiche ereditarie appariva da subito irragionevole, “nel bilanciamento almeno con il diritto alla salute psichica di queste persone, il divieto di analisi genetica preimpianto, per poi spostare il momento della decisione tragica all’interruzione volontaria della gravidanza dopo l’immancabile amniocentesi”. A. PATRONI GRIFFI, *op. ult. loc. cit.*

¹⁷ B. LIBERALI, *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2014. F. MEOLA, *op. ult. loc. cit.* sottolinea la “preminenza che la L. n. 194 del 1978, *rectius* il bilanciamento di valori in esso operato dal legislatore, riveste nel complessivo quadro normativo”. Tesi che risulta confermata proprio dal tenore del dispositivo della sentenza n. 96/2015 della Corte costituzionale.

Su tale questione, delicatissima e assai scivolosa, non doveva essere neanche pensabile svolgere opzioni normative così distanti come quelle contenute nelle due leggi sull'aborto e sulla fecondazione assistita. Il legislatore del 2004 in realtà aveva dunque un importante, collaudato modello di riferimento per il bilanciamento nelle questioni di inizio vita, rappresentato dalla legge n. 194/1978 sull'interruzione volontaria di gravidanza, che non a caso finisce poi per significativamente costituire dinanzi alla Corte il *tertium comparationis* nel dispositivo e nelle argomentazioni della sentenza n. 96/2015, in tema di diagnosi preimpianto.

Quello contenuto nella legge n. 194 era un "naturale" modello di riferimento, da cui il legislatore del 2004 si è invece allontanato. Basta pensare a come si arrivò nel 1978 a realizzare quel ragionevole assetto dei diritti coinvolti, che è riuscito a durare nel tempo nonostante la delicatezza e sensibilità politica del tema¹⁸ e a "reggere" così dinanzi alla Corte costituzionale. La Consulta individua i termini del ragionevole bilanciamento, operato dal legislatore, nel diritto di chi ancora non è nato di proseguire il suo processo vitale¹⁹ e nel diritto alla vita e alla salute fisica e psichica della madre. La donna può dunque legittimamente effettuare, nelle forme, termini e limiti predisposti dal legislatore, l'interruzione di gravidanza²⁰, senza che, peraltro, per questo si possa configurare un "diritto all'aborto"²¹.

La legge n. 194/1978, quindi, più che riconoscere un diritto di abortire, disciplina una facoltà, regolata nella legge stessa, di accesso

¹⁸ V. già S. BARTOLE, *Ammonimenti e consigli nuovi in materia di referendum e di aborto*, in *Giur. cost.*, 1, 1981, 140 ss.

¹⁹ I. NICOTRA, *"Vita" e sistema dei valori nella costituzione*, Giuffrè, Milano 1997, 122 ss. parla del "fondamento costituzionale del diritto a nascere".

²⁰ Nella dottrina amplissima, per una ricostruzione su interruzione volontaria della gravidanza e Costituzione, v., ad esempio, L. CHIEFFI, *Aborto e Costituzione*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, cit.; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano 2007, 97 ss.; R. FATTIBENE, M. P. IADICICCO, *Il diritto alla vita del concepito e l'interruzione volontaria della gravidanza nella giurisprudenza costituzionale*, in *La nascita. I mille volti di un'idea*, a cura di R. Prodomo, Giappichelli, Torino 2006, 209 ss.

²¹ Così come si dirà non può riconoscersi un diritto alla maternità *a tutti i costi*, in ogni situazione, con ogni mezzo e per qualsiasi fine, giungendo semmai a scegliere un figlio "geneticamente perfetto" tramite un ricorso senza limiti alla diagnosi genetica preimpianto e alla fecondazione eterologa.

all'interruzione volontaria di gravidanza, per tutelare la vita o la salute della madre²². Alla luce di tale normativa, emerge anche la posizione del nascituro – e non solo i diritti della madre – sul piano degli interessi costituzionalmente rilevanti e degni di adeguata, ragionevole tutela. La tutela costituzionale della vita del concepito può essere sacrificata nel bilanciamento con il diritto alla vita e con il diritto alla salute della donna, nel suo ampio contenuto ricostruttivo sotto il profilo sia fisico sia psichico, solo nell'ambito delle condizioni di legge.

Il “nascituro” appare dunque quale “soggetto potenziale o oggetto di una tutela ‘a geometria variabile’, dipendente dal suo grado di sviluppo e dal settore coinvolto”²³. E se è così non poteva che risultare radicalmente irragionevole, ai limiti dell'irrazionalità e della incoerenza nell'ordinamento, tutelare il concepito in vitro maggiormente dello stesso essere, divenuto poi feto nel ventre materno.

Il nascituro certo si pone quale centro di imputazione giuridica di un interesse costituzionalmente protetto, che deve comunque essere considerato nel bilanciamento e che dunque legittima il restringimento, ma non anche la compromissione, della sfera di esercizio di altri diritti. Nella stessa storica sentenza n. 27/1975, anteriore all'adozione della legge 194, la Corte sottolineò, come visto, il “fondamento costituzionale” della “tutela del concepito”²⁴, ma anche la non “equivalenza” fra diritto alla vita e alla salute della madre e l'embrione, non potendo “l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito” ricevere dalla legge “una prevalenza *totale ed assoluta*”.

Si può dire che il processo vitale umano è interesse degno di tutela costituzionale sin dai suoi primi e incerti primordi, con una tutela che

²² “La liceità dell'aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla”. Subito prima del dispositivo chiude così le considerazioni in diritto la Corte costituzionale nella storica sentenza n. 27/1975.

²³ Espressioni peraltro non di una dottrina collegata alla cosiddetta “bioetica cattolica”, ma di C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 40.

²⁴ “Ritiene la Corte che la tutela del concepito – che già viene in rilievo nel diritto civile (artt. 320, 339, 687 c.c.) – abbia fondamento costituzionale. L'art. 31, secondo comma, della Costituzione impone espressamente la “protezione della maternità” e, più in generale, l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito”.

ragionevolmente non può che essere crescente con il suo sviluppo. Certo sempre tenendo in adeguata considerazione l'altro diritto o interesse costituzionale sul "piatto" del bilanciamento, che può coincidere con il diritto alla vita e alla salute della madre, ma può riguardare la libertà di ricerca, la tutela della genitorialità, l'autodeterminazione della persona e della coppia e così via. Dunque, un'analisi, quella del bilanciamento, che deve essere affrontata caso per caso, ma che deve anche essere frutto di una coerenza più generale del complessivo ordinamento normativo alla luce della pluralità di scelte effettuate dal legislatore che investano gli stessi diritti, interessi, beni oggetto di bilanciamento.

È da sottolineare quindi che la Corte costituzionale nello "smon-tare" le scelte irragionevoli contenute nella legge n. 40, pur considerata, come visto, quale legge costituzionalmente necessaria, non nega mai l'esigenza di una tutela ragionevole dell'embrione.

Tale esigenza costituzionale di tutela anzi emerge in modo chiaro quando la Corte accerta l'illegittimità del limite legislativo della produzione di massimo tre embrioni oppure del generale divieto di analisi genetica preimpianto. Anzi anche tali sentenze costituiscono una controprova della dimensione costituzionale della tutela dell'embrione umano. Nel momento in cui il giudice delle leggi riconosce l'irragionevole bilanciamento effettuato dal legislatore e la conseguente lesione del principio di eguaglianza, lungi dal "liberalizzare" le pratiche mediche di produzione degli embrioni e di analisi sulle stesse, ne individua invece uno statuto di tutela relativo. La stessa esigenza conduce la Corte ad assumere una peculiare posizione in tema di crioconservazione degli embrioni non impiantati, a seguito di analisi genetica preimpianto, pur se alcuni appunti critici a tale decisione, come si dirà, possono muoversi. Meno evidente, si vedrà, nella costruzione delle argomentazioni, l'emersione dell'interesse costituzionale alla tutela dell'embrione nella vicenda relativa alla rimozione del divieto di fecondazione eterologa.

La sentenza n. 151/2009²⁵ censura due limiti irragionevolmente

²⁵ Per alcuni commenti v., ad esempio, S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, in *Forumcostituzionale.it*, 2009; M. D'AMICO, *La decisione n. 151 del 2009 della Corte costituzionale fra aspetti di principio e rica-*

rigorosi all'accesso alle tecniche di procreazione assistita, posti nella legge n. 40: il divieto di creare più di tre embrioni e il divieto di congelare quelli non impiantati.

Si tratta in realtà di scelte di naturale appannaggio di valutazione medica al fine di garantire in modo adeguato "il diritto alla salute della donna". E la Corte, al riguardo, sottolinea che l'individuazione di un limite fisso per legge comporta il rischio di una concreta lesione del diritto alla salute delle donne²⁶, senza riconoscere ambiti di prudente, flessibile apprezzamento medico, che possa tenere in adeguato conto dell'individualità della persona²⁷. Tutto ciò, sottolinea dunque

dute pratiche, in *Nascere e morire: quando decido io?*, a cura di G. Baldini, M. Soldano, Firenze University Press, Firenze 2011, 127 ss.; L. D'AVACK, *La Consulta orienta la legge sulla P.M.A.: verso la tutela dei diritti della madre*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, n. 3, 2009, 1021 ss.; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. Cost.*, 2009, 1688 ss.; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena difendere»?*, *ivi*, 2009, 1696 ss.; D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra detto e non detto. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla L. n. 40/2004*, in *Giur. Italiana*, 2/2010, 289 ss.; G. BALDINI, *Diagnosi genetica pre-impianto nell'evoluzione normativo-giurisprudenziale*, in *Altalex.com*, 2012; M. MANETTI, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2009; ma soprattutto, anche per una ricostruzione accurata di come si arriva alla sentenza n. 151, *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, a cura di M. D'Amico, I. Pellizzone, Franco Angeli, Milano 2010.

²⁶ Tale limite "finisce, quindi, per un verso, per favorire – rendendo necessario il ricorso alla reiterazione di detti cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non dia luogo ad alcun esito – l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate; per altro verso, determina, in quelle ipotesi in cui maggiori siano le possibilità di attecchimento, un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze di cui all'articolo 14, comma 4, salvo il ricorso all'aborto" (Corte cost., sent. n. 151/2009, considerato in diritto n. 6.1).

²⁷ "Ciò in quanto la previsione legislativa 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, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto... La previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sot-

la Consulta, “si pone, in definitiva, in contrasto con l’articolo 3 della Costituzione, riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l’articolo 32 della Costituzione, per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso”²⁸.

Si tratta in altri termini di scelte che il legislatore non avrebbe dovuto direttamente fissare in modo generale e assoluto. Sono valutazioni che attengono, in significativa parte, al campo di apprezzamento del medico, a garanzia del diritto alla salute della donna, che accede alla fecondazione in condizioni personali, di salute, di età anche molto diverse, e che non possono essere regolate per legge in modo uniforme, se non violando il canone della ragionevolezza e il principio di eguaglianza nel suo contenuto più profondo, in quanto connesso al divieto di regolare in maniera eguale situazioni diverse.

Va però ribadito che l’importanza della sentenza risiede non solo nelle rilevanti censure di incostituzionalità, ma anche nell’aver accompagnate le stesse alla conferma della necessaria tutela dell’embrione, richiedendo la produzione di un numero di embrioni non eccessivo, ma strettamente necessario alla finalità perseguita di fecondazione assistita.

Nella sentenza, la Corte continua certamente a considerare meritevole di tutela costituzionale l’embrione umano. Sicché, se nel bilanciamento con il diritto alla salute della madre e con il principio di eguaglianza, la Consulta sancisce l’irragionevolezza della scelta del legislatore, lo stesso giudice delle leggi riconosce “il principio della “stretta necessità” nella produzione di embrioni”²⁹, sia pure non predeterminato nel numero massimo di tre in modo rigido e assoluto.

topone alla procedura di procreazione medicalmente assistita” (Corte cost., sent. n. 151/2009, considerato in diritto n. 6.1).

²⁸ Ancora nel considerato in diritto n. 6.1

²⁹ C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., 73. La Corte infatti sottolinea significativamente nella sentenza che “l’intervento demolitorio mantiene, così, salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico, ma esclude la previsione dell’obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare”.

Con l'affermazione della produzione di un numero comunque limitato di embrioni, il giudice adotta una sorta di sentenza delega dove destinatario è il medico – e in caso di contenzioso eventualmente il giudice che non potrà che basarsi su consulenze di medici – e non il legislatore. Sennonché l'esigenza di tutela dell'embrione, che fonda il principio della “stretta necessarietà”, non può prevalere sul diritto alla salute della madre, assicurando la Corte quel necessario ragionevole bilanciamento disatteso nel limite numerico fissato dalla legge³⁰.

Il legislatore in definitiva può legittimamente scoraggiare la produzione di embrioni umani, a tutela degli stessi, in quanto uno solo di essi proseguirà il suo processo vitale; ma non può porre regole di dettaglio che vadano a comprimere il campo delle scelte mediche anche a rischio di compromettere il diritto alla salute della madre.

2. *Tutti i bilanciamenti nella diagnosi preimpianto tra giudice delle leggi e Corte di Strasburgo*

Le scelte operate dal legislatore in tema di diagnosi genetica preimpianto segnano un'ulteriore espressione di irragionevole esercizio della discrezionalità legislativa nel testo originario della legge n. 40, su cui intervengono le sentenze nn. 96/2015 e 229/2015. Decisioni mediante le quali il giudice delle leggi conferma l'emersione dello stesso interesse alla tutela dell'embrione in materia e rimette la questione al legislatore non senza delineare lineamenti del ragionevole bilanciamento da assumere nella futura disciplina legislativa.

Con il divieto generale di analisi genetica preimpianto, come ricordato, la legge n. 40/2004 ha inteso irragionevolmente tutelare in

³⁰ In tal senso risulta confermata la facile previsione, già svolta allora, di come “la tutela del principio di certezza del diritto sembra talora andare oltre il ragionevole quando, ad esempio, è il legislatore stesso a fissare nel limite massimo di tre gli embrioni creati con tecniche di fecondazione assistita. L'esigenza di individuare un limite alla creazione di embrioni in vitro è ragionevole; la fissazione di un limite generale assoluto di tre per situazioni anche profondamente diverse non appare esserlo” (A. PATRONI GRIFFI, *L'embrione umano: dimensione costituzionale, modelli legislativi e bilanciamenti ragionevoli*, cit., 2005, 3).

misura massima l'essere vivente embrione, o ancora in uno stato precedente a quello embrionale, che costituisce un "incerto umano", sul piano del prosieguo del suo processo vitale, quando poi ha già stabilito un grado inferiore di tutela giuridica, ai sensi della legge sull'interruzione volontaria di gravidanza, per quando sarà invece divenuto feto nel corpo della madre. E così il giudice delle leggi nella sentenza n. 96/2015 evidenzia quel che appariva ovvio da tempo e che era stato sottolineato, come visto, anche in dottrina all'indomani della stessa approvazione della legge n. 40.

Va sottolineato al riguardo che la Corte arriva a una tale pronuncia, che fa cadere il divieto generale di analisi genetica preimpianto – contenuto nella legge 40, da parte di coppie fertili, ma affette da malattia genetica – solo dopo oltre dieci anni dall'entrata in vigore della legge e dopo che aveva già avuto occasione di pronunciarsi nella materia *de qua* nel 2006. Infatti, la Consulta avrebbe potuto pronunciarsi sulla questione già nella nota e criticata ordinanza n. 369/2006³¹. Peraltro il Tribunale di Cagliari aveva posto attenzione, nell'ordinanza di remissione, sul pericolo di grave danno sulla salute della madre derivante dal divieto, considerando l'illegittimità dell'articolo 13 della legge n. 40/2004 "nella parte in cui non consente di accertare, mediante diagnosi preimpianto, se gli embrioni da trasferire nell'utero della donna, ammessa alla procedura di procreazione medicalmente assistita, siano affetti da malattie genetiche, di cui i potenziali genitori siano portatori, quando l'omissione di detta diagnosi implichi un accertato pericolo grave e attuale per la salute psico-fisica della donna"³².

³¹ Cfr. L. CHIEFFI, *La diagnosi genetica nelle pratiche di fecondazione assistita; alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra le ragioni dell'impianto dell'embrione e quelle della donna ad avviare una procreazione cosciente e responsabile*, in *Giur. Cost.*, 2006, 4730 ss. Il giudice remittente aveva cercato di individuare una via di interpretazione conforme a Costituzione della legge 40 sul punto, come sottolinea A. CELOTTO, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. Cost.*, 2006, 3846 ss. V. anche M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, in *Giur. Cost.*, 2006, 3859 ss., spec. 3861, C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 369 del 2006)*, *ibidem*, 3849 ss.

³² Come riportato nel "ritenuto in fatto" della stessa ordinanza n. 369/2006 della Corte costituzionale.

La Corte invece “decide di non decidere”³³. E non vi è dubbio che si era presentata qui dinanzi alla Corte, ben prima del 2015, l’occasione di censurare la potenziale lesione del diritto alla salute collegata al divieto legislativo di diagnosi preimpianto. Tale mancata censura aveva addirittura condotto alcuni giudici – giungendo in sostanza e impropriamente quasi a disapplicare la legge n. 40 come allora vigente – a ordinare a una Asl di provvedere alla diagnosi preimpianto, che avrebbe dovuto riconoscersi in ogni caso in forza del diritto al consenso informato esteso anche allo stato di salute degli embrioni³⁴.

Il fatto è che, nella rilevata apertura di ambiti di “diffusione” del sindacato costituzionale³⁵, vanno nettamente distinti i casi in cui i giudici, mediante il legittimo uso dell’interpretazione conforme a Costituzione, riescono a ritrovare nella disposizione legislativa un contenuto normativo compatibile con le norme costituzionali, senza quindi sollevare la relativa questione di costituzionalità, da quelli in cui un “patologico” ricorso allo strumento dell’interpretazione conforme si traduca in un sostanziale abuso e aggiramento del controllo accentratore di costituzionalità. Così accade se il giudice, invece, di rimettere questione di costituzionalità al giudice “naturale” delle leggi scopre, *rectius* “inventa” una norma nuova diversa da quella rinvenibile nella disposizione mediante gli ordinari, appropriati canoni ermeneutici, risolvendo direttamente, ma impropriamente, la questione di costituzionalità dinanzi a se stesso.

Bisogna fare attenzione all’intervento di giudici comuni, che, facendo diretta applicazione della portata normativa di norme co-

³³ Così sia A. CELOTTO, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., 3846 ss. sia A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all’illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi (nota a margine dell’ord. n. 369 del 2006)*, in *Forumcostituzionale.it*, 2006.

³⁴ “Nell’ottica del consenso informato, non può seriamente dubitarsi che l’impianto in utero dell’embrione prodotto in vitro integri un trattamento sanitario e che pertanto debba essere preceduto da una adeguata informazione su tutti gli aspetti rilevanti, compreso il numero e lo stato di salute degli embrioni destinati all’impianto”. Tribunale di Cagliari, sent. 24 settembre 2007, disponibile *on line*.

³⁵ Per un’analisi complessiva del tema cfr. *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*. *Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, cit.

stituzionali, e sovranazionali, e richiamandosi allo strumento dell'interpretazione conforme a Costituzione, o in modo ancor più problematico al diritto sovranazionale, giungono attraverso il "diritto giurisprudenziale" alle estreme conseguenze di una diretta disapplicazione della legge o di un abuso dello strumento dell'interpretazione conforme a Costituzione, che in realtà si traduce in un surrettizio aggiramento del controllo accentratore di costituzionalità delle leggi³⁶.

Anche con riguardo a tale atteggiamento va rammentata quella giurisprudenza in cui si giungeva ad ammettere e a ordinare la diagnosi genetica preimpianto, prima della sentenza n. 96/2015 della Corte costituzionale, nonostante l'espreso divieto legislativo. Si ricorda, in particolare, la vicenda in cui il Tribunale di Salerno, di fronte al rischio che fosse trasmessa una malattia genetica grave, nel 2010, autorizzò il ricorso di una coppia fertile, ma portatrice di tale malattia genetica, alla fecondazione assistita e alle indagini di diagnosi preimpianto³⁷.

Certo, il divieto contenuto nella legge di effettuare analisi genetica preimpianto poneva da subito forti dubbi di legittimità, ma questo avrebbe dovuto tradursi nel moltiplicarsi dei ricorsi di costituzionalità, piuttosto che in tentativi surrettizi di sostanziale disapplicazione della legge. Si andava evidenziando invece la ricostruzione, in sede giurisprudenziale comune di merito, di "un diritto vivente che, con interpretazione costituzionalmente orientata degli articoli 13 e 14 della legge, era giunto a ritenere lecita la diagnosi preimpianto in talune circostanze", individuando "soluzioni interpretative per consentire la diagnosi preimpianto alle coppie sterili o infertili e tentativi creativi per consentirla anche alle coppie fertili"³⁸. Sennonché, va ribadito, in un sistema di sin-

³⁶ V. sul punto *amplius*, se si vuole, A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli "organi a quo". Profili problematici e prospettive di riforma*, Jovene, Napoli 2012, 289 ss.

³⁷ Tribunale di Salerno 9 gennaio 2010 n. 191, anche *on line* sul sito *unionedi-rittumani.it*. V. anche Tribunale di Cagliari, novembre 2012.

³⁸ C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., 73. V. anche 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*, n. 2/2014; C. TRIPODINA, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2010.

dacato accentrato di costituzionalità, alla luce del chiaro tenore del testo legislativo, queste configuravano in realtà ipotesi non consentite di ricorso all'interpretazione adeguatrice, che non può tradursi in strumento per aggirare il sindacato accentrato di legittimità davanti alla Corte³⁹. Si pone, quindi, anche in ambito bioetico, l'esigenza di "razionalizzare l'uso indiscriminato"⁴⁰ dell'interpretazione conforme. Il sindacato di costituzionalità è la sede in cui sciogliere, in modo inequivocabile e con piena certezza legata agli effetti delle sentenze di accoglimento, sia pure semmai pronunciate con tecniche manipolative, i nodi sulla conformità a Costituzione delle scelte legislative soprattutto nei settori eticamente sensibili. La Corte, per natura, ruolo e composizione, è dotata di adeguati strumenti per raffrontarsi con l'esercizio della discrezionalità del legislatore. Nel caso dei giudici comuni, nel rapportarsi alle questioni delle bioetiche, vi è forte il rischio di una sovraesposizione o, almeno di una lettura politica delle decisioni. Il giudice comune deve, quando possibile e quando è precluso lo spazio ermeneutico di una corretta interpretazione conforme, rimettere sempre la questione di legittimità alla Corte piuttosto che rischiare di svolgere un'attività diretta a una sostanziale disapplicazione della legge, che non gli può essere riconosciuta.

In secondo luogo, tornando alla sentenza n. 96/2015, va sottolineato che la Corte costituzionale si pronuncia dopo la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso "Costa Pavan"⁴¹. E nella sentenza n. 96/2015 l'argomento centrale della sentenza è in realtà proprio quello stesso della decisione della Corte di Strasburgo adottata, poco prima, senza però che su di essa la Corte ritenga di doversi dilungare. O meglio il richiamo esplicito alla "Costa Pavan" è messo in una parentesi, quasi a volerne sminuire la portata, laddove la Consulta richiama una "palese antinomia normativa (sottolineata anche dalla Corte di Strasburgo)"⁴². Eppure era stata proprio la Corte europea dei diritti dell'uomo, pure nella differenza degli ordinamenti, degli strumenti processuali e degli effetti decisionali, ad anticipare il

³⁹ G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano 2006, 170.

⁴⁰ G. SORRENTI, *op. ult. loc. cit.*

⁴¹ Corte EDU, 28 agosto 2012, Costa Pavan c. Italia.

⁴² Corte cost. sent. n. 96/2015, considerato in diritto n. 9.

giudice delle leggi e a operare da sostanziale giudice costituzionale della ragionevolezza legislativa, rilevando semplicemente che “il concetto di «bambino» non è assimilabile a quello di «embrione»”. Il giudice di Strasburgo infatti “non vede come la tutela degli interessi menzionati dal Governo [italiano] si concili con la possibilità offerta ai ricorrenti di procedere a un aborto terapeutico qualora il feto risulti malato, tenuto conto in particolare delle conseguenze che ciò comporta sia per il feto, il cui sviluppo è evidentemente assai più avanzato di quello di un embrione, sia per la coppia di genitori, soprattutto per la donna”⁴³. Quindi, è “giocoforza constatare che, in materia, il sistema legislativo italiano manca di coerenza”, in quanto esso, da un lato, “vieta l’impianto limitato ai soli embrioni non affetti dalla malattia di cui i ricorrenti sono portatori sani; dall’altro, autorizza i ricorrenti ad abortire un feto affetto da quella stessa patologia”⁴⁴.

La volontà dei ricorrenti di avere un bambino, che non sia affetto da una grave malattia genetica, di cui sono portatori sani, costituisce espressione legittima dello spazio rimesso dalla Convenzione alla “propria vita privata e familiare”. Per questo occorre, in tali casi, assicurare l’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, altrimenti obbligandosi quelle stesse coppie a cercare di procreare naturalmente e poi a interrompere dolorosamente le gravidanze⁴⁵. La Corte europea dei diritti dell’uomo, nonostante una sua consolidata giurisprudenza a riconoscere il margine di apprezzamento del legislatore nazionale di fronte a questioni eticamente sensibili⁴⁶, condanna

⁴³ Corte EDU, 28 agosto 2012, Costa Pavan c. Italia, punto n. 62.

⁴⁴ Punto n. 64.

⁴⁵ Punto 65: “Le conseguenze di un tale sistema sul diritto al rispetto della vita privata e familiare dei ricorrenti sono evidenti. Per tutelare il loro diritto a mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia di cui sono portatori sani, l’unica possibilità offerta ai ricorrenti è iniziare una gravidanza secondo natura e procedere a interruzioni mediche della gravidanza qualora l’esame prenatale dovesse rivelare che il feto è malato”. Punto 66: “la Corte non può non tenere conto, da un lato, dello stato di angoscia della ricorrente, la quale, nell’impossibilità di procedere ad una diagnosi preimpianto, avrebbe come unica prospettiva di maternità quella legata alla possibilità che il figlio sia affetto dalla malattia in questione, e, dall’altro, della sofferenza derivante dalla scelta dolorosa di procedere, all’occorrenza, ad un aborto terapeutico”.

⁴⁶ S. PENASA, *Le “scientific questions” nella dinamica tra discrezionalità giurisdizio-*

l'Italia sul divieto di accesso alle tecniche di fecondazione assistita da parte di coppie portatrici di malattie genetiche e sul relativo divieto di analisi preimpianto sulla base della violazione dell'articolo 8 della Convenzione⁴⁷ e sul connesso rispetto del principio di autodeterminazione.

Tale decisione costituisce un importante esempio di intervento nell'ordinamento, anche costituzionale, multilivello⁴⁸ del giudice di Strasburgo, capace di incidere in modo significativo sull'assetto dei diritti. È vero che, come si è detto, sulle questioni eticamente sensibili, come da consolidata giurisprudenza e si vedrà meglio nel caso Parrillo⁴⁹, il "margine di apprezzamento" degli Stati costituisce limite forte alla possibilità di intervento del giudice convenzionale; tanto da porsi l'esigenza che tale limite non sia alternativamente riconosciuto, o negato, per consentire o impedire l'intervento censorio al di fuori di una logica e coerente ricostruzione. Ma nella sentenza "Costa Pavan" non vi è dubbio che correttamente non rileva il limite della dottrina del margine di apprezzamento, perché l'incoerenza rilevata dai giudici di Strasburgo è *interna* allo stesso ordinamento nazionale considerato. Proprio sotto tale profilo, la questione si pone in modo diverso dal caso Parrillo, e da altri, in cui la Corte di Strasburgo si ferma dinanzi a questioni eticamente sensibili⁵⁰.

La decisione resa a Strasburgo è rilevante, anche sul piano del problematico scenario che si apre relativamente al seguito di tale sentenza, su cui si inizia da subito a interrogare la dottrina⁵¹, ponendosi un croce-

nale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionale e internazionali, cit., spec. 58 ss.

⁴⁷ "Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare".

⁴⁸ Da ultimo, sia consentito rinviare a A. PATRONI GRIFFI, *L'Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del Diritto costituzionale europeo*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, <http://www.edizioniesi.it/dperonline/>, 2015.

⁴⁹ Corte EDU, Grande Camera, sent. 27 agosto 2015, Caso Parrillo c. Italia.

⁵⁰ V. *infra* il caso Parrillo, ma anche, sul fine vita, Corte EDU, Grande Camera, sentenza 5 giugno 2015, Lambert c. Francia. V. già ad esempio anche Corte EDU, sent. 10 aprile 2007, Evans c. Regno Unito; sent. 2 novembre 2011, S.H. c. Austria; sent. 2 ottobre 2012, Knecht c. Romania.

⁵¹ Cfr. 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 pronunzia del Tribunale di Roma, I sezione Civile, che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan*, in *Diritticomparati.it*, 2013; A. IANNUZZI, V. ZAMBRANO, *Sentenza Costa e Pavan: il giorno*

via “fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40, diretta esecuzione delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e questioni di legittimità costituzionale”⁵².

In tal senso, la sentenza n. 96/2015, con gli effetti propri di una decisione di accoglimento, sia pure declinata nelle forme di una particolare “aditività”, nel far cadere il divieto legislativo di diagnosi genetica preimpianto per le coppie portatrici di gravi malattie genetiche, poteva costituire invero un’importante occasione proprio per chiarire il punto relativo ai rapporti tra ordinamento interno e CEDU, in relazione agli effetti dell’intervenuta sentenza di condanna di cui alla decisione “Costa Pavan”.

La Consulta non coglie, o forse – ed è sintomatico – lascia volutamente cadere, questa “preziosa occasione” di chiarire il da farsi “nei casi analoghi in cui si richiede applicazione della stessa normativa censurata a Strasburgo”⁵³. Peraltro, neanche si cita la di poco precedente sentenza n. 49/2015, in cui la Corte, pur pronunciandosi con una decisione di inammissibilità, svolge, a partire dall’istituto della confisca urbanistica⁵⁴, più articolate e complesse argomentazioni in relazione al rapporto tra

dopo. L'emersione del “desiderio” di concepire un figlio sano come paradigma delle interazioni tra diritto internazionale e diritto interno, cit.; M. P. IADICICCO, La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti, in Quad. cost., n. 2/2015, 325 ss., C. NARDOCCI, La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia, in Rivista AIC, 1/2013.

⁵² B. LIBERALI, *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2014, 17 ss.

⁵³ “...la Corte pare aver perso la preziosa occasione di affrontare in profondità la questione della forza da riconoscere alle sentenze di condanna, variamente gradate, di Strasburgo, allo scopo di chiarire cosa l’amministrazione o il giudice comune può concretamente fare per porre fine alla violazione accertata dalla Cedu anche nei casi analoghi in cui si richiede applicazione della stessa normativa censurata a Strasburgo”. Così E. MALFATTI, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non “scontata” né (del tutto) condivisibile*, in *Consulta online*, 2/2015, 533.

⁵⁴ Tutto origina dalla decisione Corte EDU, seconda sezione, sentenza 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, secondo cui l’applicazione della confisca urbanistica in assenza di condanna costituisce una violazione dell’articolo 7 della Convenzione.

CEDU e ordinamento interno, che hanno suscitato grande attenzione in dottrina, che ha sottolineato come la Corte abbia fissato “nuovi paletti” alla CEDU nell’ordinamento interno⁵⁵; mentre altri hanno parlato di “monologhi” tra le Corti⁵⁶ e di un “predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu”⁵⁷ sostenuto dalla Consulta.

La sentenza n. 96/2015 poteva rappresentare, in tal senso, per la Consulta, la sede per meglio chiarire la propria posizione e il concetto di “diritto consolidato”⁵⁸. Invero, sul punto, la Consulta in modo piuttosto *tranchant* si limita a sottolineare come “correttamente il giudice rimettente ha adito la Corte costituzionale”, in quanto non gli è “consentito un’applicazione in via diretta delle norme convenzionali in luogo di quelle nazionali”. Al riguardo, ribadisce che la Convenzione si pone su di un piano subcostituzionale, “non crea un ordinamento giuridico sovranazionale ma costituisce un modello di diritto internazionale pattizio, idoneo a vincolare lo Stato, ma improduttivo di effetti diretti nell’ordinamento interno”⁵⁹. Questa impostazione si trasmette in certo qual modo anche al rapporto tra i rispettivi giudici, costituzionale e di Strasburgo. Sicché la Consulta sottolinea che manca lo “spazio per un’eventuale disapplicazione della normativa nazionale” né era percorribile in via ermeneutica “una esegesi correttiva delle disposizioni censurate, in senso estensivo

⁵⁵ A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 7 che rileva il rischio di “un nazionalismo costituzionale esasperato”, di un “patriottismo” costituzionale, già definito dallo stesso A. “ingenuo ed infecondo” anche in A. RUGGERI, *CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”*, in *Consulta online*, 2013, 13.

⁵⁶ G. CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia “non vincola” il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in *Archivio penale*, 2015.

⁵⁷ D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Forum costituzionale.it*, 4/2015.

⁵⁸ “È, pertanto, solo un “diritto consolidato”, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo”. Corte cost., sent. n. 49/2015, considerato in diritto n. 7.

⁵⁹ Corte cost. sent. n. 96/2015, considerato in diritto n. 7. La Corte ancora ribadisce che una tale collocazione delle disposizioni della CEDU, nel sistema delle fonti, resta immutata anche dopo il Trattato di Lisbona.

dell'accesso alle tecniche di PMA". Non si può ammettere alcuna disapplicazione di norme di legge "sospettate di incostituzionalità" per contrasto con la Convenzione, anche dopo la decisione "Costa e Pavan".

Resta il dato che il giudice delle leggi viene a fondare la propria decisione di accoglimento proprio su argomentazioni analoghe a quelle svolte dalla Corte di Strasburgo, le quali trascendono il caso concreto per denunciare l'incoerenza delle scelte operate dal legislatore. Poteva essere questo un buon banco di prova di dialogo tra le Corti nella tutela dei diritti e nel richiamare il diritto convenzionale come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, quale parametro interposto. La novità rappresentata dalla decisione "Costa Pavan" poteva costituire un ulteriore elemento a giustificare il ricordato, ritardato intervento della Corte solo nel 2015 in una situazione quindi divenuta diversa dalla descritta "occasione mancata" rappresentata dall'ordinanza 369/2006.

La Corte costituzionale accoglie la questione di costituzionalità in "tacita sintonia"⁶⁰ con l'impianto motivazionale di Strasburgo, la cui decisione viene però volutamente richiamata solo in modo occasionale; e scopre finalmente la rilevata incoerenza all'interno dell'ordinamento giuridico, dove si garantisce, in modo illogico, lo stesso bene e interesse costituzionale in due contrastanti opzioni legislative.

L'analisi genetica è idonea a scongiurare il successivo ricorso all'interruzione volontaria di gravidanza, in quanto è possibile evitare l'impianto stesso dell'embrione. Il divieto legislativo della diagnosi preimpianto porta a spostare nel tempo la decisione e a delineare quel rilevato "andamento irragionevolmente altalenante" alla tutela della vita umana: maggiore quando si trova in stato di embrione *in vitro*, con l'originario divieto di analisi pre-impianto; minore quando è feto nel vivo materno, prevedendosi la possibilità di accedere all'interruzione volontaria della gravidanza⁶¹.

Nella sentenza n. 96/2015⁶² la Corte arriva in un certo qual senso "ultima" a rilevare l'"insuperabile aspetto di irragionevolezza dell'in-

⁶⁰ C. NARDOCCI, *Dalla Convenzione alla Costituzione: la tacita sintonia tra le Corti. A margine di Corte cost. sent. n. 96 del 2015*, in *BioLaw Journal - Riv. BioDiritto*, n. 1/2016, 271 ss.

⁶¹ A. PATRONI GRIFFI, *L'embrione umano: dimensione costituzionale, modelli legislativi e bilanciamenti ragionevoli*, loc. cit.

⁶² Considerato in diritto n. 9.

discriminato divieto” di diagnosi genetica preimpianto per le “coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili (secondo le evidenze scientifiche) di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni”. A queste coppie infatti l’ordinamento non può legittimamente impedire di “perseguire l’obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali quale consentita...” dalla legge 194. Di qui “la violazione anche dell’art. 32 Cost., in cui incorre la normativa in esame, per il mancato rispetto del diritto alla salute della donna” e la necessità di “far acquisire “prima” alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute”.

È bene sottolineare che la Consulta, nella decisione, non apre in alcun modo a una ipotesi di “liberalizzazione” della diagnosi genetica preimpianto e successiva selezione degli embrioni. Dalle argomentazioni della Corte, non si trae alcun fondamento a un preteso diritto al figlio sano né tanto meno al figlio perfetto. La Corte riporta il tema al corretto ambito della lesione del diritto alla salute della madre, che non trova un ragionevole “positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in un’esigenza di *tutela del nascituro*, il quale sarebbe comunque esposto all’aborto”⁶³.

Nel bilanciamento rileva la *ragionevole* tutela dell’embrione o meglio dell’interesse alla tutela della vita umana nelle sue stesse fasi iniziali, che rientra tra i termini del necessario bilanciamento costituzionale.

La sentenza n. 96/2015 coerentemente richiama, a tal fine, nello stesso dispositivo di tipo “additivo”, la legge n. 194/1978. Il criterio di grave pericolo “per la salute fisica o psichica della donna” diviene, infatti, “presupposto per l’interruzione tardiva di gravidanza”, utilizzato “come *tertium comparationis* che enuncia i presupposti necessari per accedere alla diagnosi preimpianto”⁶⁴. La sentenza dichiara l’illegitti-

⁶³ Considerato in diritto n. 9 (corsivo aggiunto).

⁶⁴ “... stabilendo così un parallelismo tra le due fattispecie e garantendo l’immediata operatività della pronuncia”. Così, G. REPETTO, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute (a prima lettura della sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale)*, in *Diritti comparati*, 2015. È proprio “il principio costituzionale di ragionevolezza ad

mità del divieto di diagnosi genetica preimpianto contenuto nella legge 40 nella parte in cui tali norme “non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di *gravità* di cui all’art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche”.

Le “rime obbligate”, di cui alla sentenza additiva, si sostanziano proprio nel richiamo a tali norme contenute nella legge n. 194. È un passaggio importante questo perché consente di rilevare chiaramente come la Corte costituzionale non abbia inteso in alcun modo introdurre, come detto, piena liberalizzazione della diagnosi genetica preimpianto né assicurare accesso alla fecondazione assistita e alla connessa diagnosi di coppie fertili in senso assoluto e senza limiti. La Corte ancora il dispositivo della decisione alla legge n. 194, perché avverte “in tutta la loro problematicità e dirompenza i pericoli dell’apertura indiscriminata a tutte le malattie geneticamente trasmissibili, in cui sullo sfondo si agita lo spettro delle derive eugenetiche”⁶⁵.

Si tratta di una decisione che, per tale via, realizza anche il lodevole intento di volere essere autoapplicativa, da subito operativa, e di cercare di adeguatamente tutelare la certezza del diritto, per quanto possibile, anche in attesa di un successivo intervento del legislatore volto “a contenere abusi e pratiche mediche disinvolve”⁶⁶.

imporre alla Corte di creare un perfetto parallelismo tra le fattispecie di interruzione volontaria della gravidanza, consentite ad esito diagnosi prenatale, e le fattispecie di selezione degli embrioni non portatori della malattia geneticamente trasmissibile dopo la diagnosi genetica preimpianto”. “Solo se la donna può abortire dopo la diagnosi prenatale, infatti, il sacrificio del suo diritto alla salute è ingiustificato e dunque incostituzionale, non essendo bilanciato dalla tutela del nascituro, che è esposto al rischio dell’interruzione volontaria di gravidanza”. I. PELLIZZONE, *L’accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, 2015, 5.

⁶⁵ I. PELLIZZONE, *L’accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, cit., 6., che evidenzia le diverse questioni aperte dal richiamo nel dispositivo all’articolo 6 co. 1 della legge n. 194/1978 (spec. 7 ss.).

⁶⁶ I. PELLIZZONE, *L’accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, cit., 1.

Nel contesto delineato, si rileva che le dinamiche di piena “liberalizzazione” della diagnosi preimpianto per le coppie fertili, per assicurare ogni volere e desiderio dei genitori, al di fuori di casi di gravi patologie, si pongono come altrettanto ideologiche e non rispettose del ragionevole bilanciamento costituzionale dei diritti e interessi costituzionali coinvolti dell’originaria impostazione “proibizionista” di cui al testo originario della legge 40.

I rischi di degenerazioni eugenetiche, incompatibili con l’ordinamento costituzionale⁶⁷, vanno sempre tenuti presenti. La dimensione costituzionale della tutela dell’embrione umano non potrebbe consentire al legislatore, nel bilanciamento, di percorrere inaccettabili derive eugenicistiche⁶⁸, come emerge, in modo implicito ma chiaro, nella sentenza.

Infatti, non risponderebbe certo all’impianto dei valori costituzionali un accesso alla diagnosi genetica preimpianto al fine di predeterminare, per ipotesi paradossale, il colore degli occhi del nascituro o per selezionare un “figlio su misura”⁶⁹, l’individuo “migliore” per caratteristiche e capacità secondo l’immagine genitoriale. Né una generica esigenza di protezione della salute del nascituro può giustificare accesso alla procreazione assistita e alla diagnosi genetica preimpianto, che si giustifica invece per patologie che si caratterizzino per un certo grado di gravità, anzi per “rilevanti anomalie o malformazioni”⁷⁰.

⁶⁷ J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, Torino 2002, 64 ss.

⁶⁸ J. HABERMAS, *op. cit.*, spec. 67 ss.

⁶⁹ S. BIANCHETTI, *Procreazione medicalmente assistita, diagnosi preimpianto e (fantasmi dell’) eugenetica*, in *Giur. it.*, 6, 2006, 1173. V. anche P. I. D’ANDREA, *La procreazione medicalmente assistita al confine con l’eugenetica*, in *Biodiritto.org*; I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, 37 ss.

⁷⁰ Volendo utilizzare le significative, condivisibili parole della Corte. Di qui appare riconosciuta implicitamente l’illegittimità, per assurdo, di un legislatore che voglia passare, come detto, da un impianto proibizionista, quale quello della legge n. 40, ad altro che, all’opposto, rimetta tutto all’autodeterminazione delle coppie, consenta accesso alla procreazione assistita e alla diagnosi genetica preimpianto alle coppie fertili per operare, in ipotesi estrema, una scelta dell’embrione “migliore” da impiantare per realizzare un qualsivoglia desiderio, privo di garanzia costituzionale, semmai di un figlio “perfetto”.

Peraltro, ancora più problematico è il tema di fronte alla medicina predittiva del mero rischio statistico di insorgenza di future patologie⁷¹.

La Corte, in tale direzione, giunge anche a riconoscere, nella sentenza n. 96/2015, che è poi “compito del legislatore introdurre apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l’accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento (anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla diagnosi preimpianto) e di una opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle”⁷².

La Corte accerta l’incostituzionalità del divieto di diagnosi genetica preimpianto come contenuto nella legge n. 40. Sicché la stessa previsione del reato di selezione degli embrioni, attività ricollegata alla diagnosi preimpianto, non potrà che cadere dinanzi alla Corte costituzionale, per “un principio di non contraddizione”, nella di poco successiva sentenza n. 229/2015⁷³. Spetta al legislatore, nell’esercizio della sua discrezionalità, fissare limiti e modalità di accesso a una tale diagnosi con norme a maglie larghe e modificabili, che possano riempirsi di contenuti variabili nel tempo alla luce delle sopravvenute evidenze

⁷¹ Non mancano “incertezze” sul tema, invero, nella stessa Convenzione sui diritti dell’uomo e la biomedicina, firmata a Oviedo. Così, a titolo di esempio, l’articolo 12, in tema di “Test genetici predittivi”, secondo il quale “non si potrà procedere a dei test predittivi di malattie genetiche o che permettano sia di identificare il soggetto come portatore di un gene responsabile di una malattia sia di rivelare una predisposizione o una suscettibilità genetica a una malattia se non a fini medici o di ricerca medica, e sotto riserva di una consulenza genetica appropriata”, ha bisogno della specificazione chiarificatrice del par. 83 del Rapporto esplicativo della Convenzione, per cui “l’articolo 12, di per sé, non prevede alcun limite al diritto di eseguire test diagnostici su un embrione per stabilire se è portatore di caratteri ereditari che comporteranno una malattia grave per il bambino che dovrà nascere”.

⁷² Corte cost., sent. n. 96/2015, considerato in diritto n. 10.

⁷³ Corte cost., sent. n. 229/2015, considerato in diritto n. 2.2: “va incontro a declaratoria di illegittimità costituzionale, nella parte, appunto, in cui vieta, sanzionandola penalmente, la condotta selettiva del sanitario volta esclusivamente ad evitare il trasferimento nell’utero della donna di embrioni che, dalla diagnosi preimpianto, siano risultati affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all’art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978, accertate da apposite strutture pubbliche”.

scientifiche e di un peculiare rinvio a una comparazione con altri ordinamenti, che viene qui espressamente riferita ai Paesi europei⁷⁴.

Rileva in definitiva, anche qui e su di un diverso piano, quel principio di produzione di un numero di embrioni “strettamente necessario”, restando confermati la dimensione e l’ancoraggio costituzione della tutela dell’embrione umano. Sull’interesse alla tutela di quest’ultimo ben possono prevalere i diritti delle persone, ma dovrebbe ritenersi illegittima una disciplina legislativa che non preveda alcun tipo di garanzia e limite alla produzione, uso e distruzione di embrioni umani non ragionevolmente giustificato dalla tutela di interessi e diritti da considerarsi prevalenti nel bilanciamento costituzionale. Il diritto alla salute della madre prevale, nella diagnosi preimpianto, sull’interesse alla tutela dell’embrione. A maggior ragione, posto che il diritto alla salute della madre giustifica il ricorso all’interruzione volontaria della gravidanza.

3. *Alla ricerca di una tutela ragionevole degli embrioni sovranumerari*

Diversa è la condizione degli embrioni sovranumerari, non più destinati all’impianto, in quanto abbandonati dopo l’effettuazione della diagnosi genetica preimpianto. Qui l’interesse alla tutela dell’embrione si trova in una situazione di differente, ragionevole bilanciamento. Non tanto il diritto alla salute della madre viene in rilievo nel bilanciamento, ma semmai la salute intesa come interesse della collettività, anche collegata alla ricerca medico-scientifica sugli embrioni, quale espressione peculiare della libertà di ricerca.

L’ammissione, nei limiti di cui alla sentenza n. 96/2015, della diagnosi genetica preimpianto e, ancor prima, l’analizzata sentenza n. 151/2009, con la caduta del limite dei tre embrioni, comportano una riconnessa attività di scelta di alcuni embrioni da impiantare e quindi di scarto di altri che non superano la diagnosi preimpianto. Con la caduta del divieto di diagnosi genetica preimpianto e della relativa fattispecie di reato di selezione, nei termini sopra riportati,

⁷⁴ “... (anche valorizzando, eventualmente, le discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa). Corte cost., sent. n. 96/2015, considerato in diritto n. 10.

si pone con forza il tema della condizione e destino degli embrioni ormai “abbandonati”, soprattutto della possibilità di un loro uso per finalità diverse da quelle originariamente previste, in primo luogo, a scopo di ricerca, o addirittura il riconoscimento di un possibile stato di “adottabilità”⁷⁵. Il limbo della crioconservazione sembra quasi emergere quale ineluttabile destino di tali embrioni. E si pone per effetto dell’intervento demolitorio della Corte nel 2015, nelle sentenze n. 96 e n. 229, e nella fondamentale ultima sentenza n. 84/2016⁷⁶, un campo di auspicabile, necessario intervento del legislatore.

La Corte costituzionale nella sentenza n. 229/2015, dopo avere dichiarato l’incostituzionalità della sanzione penale per la selezione dell’embrione operata dal sanitario per effetto dei campi ammessi di diagnosi preimpianto, rigetta invece la questione di costituzionalità della sanzione per la soppressione degli embrioni soprannumerari risultati affetti da malattie genetiche a seguito della diagnosi preimpianto.

⁷⁵ V. ad esempio L. CHIEFFI, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le “due culture”*, cit., 13 e già Comitato Nazionale di Bioetica, *L’adozione per la nascita (apn) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (p.m.a)*, 18 novembre 2005, documento disponibile on line.

⁷⁶ E. CHIEREGATO, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in *Forumcostituzionale.it*, 2016; V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016. V. anche i commenti, ora pubblicati, nelle more della stampa del presente volume, di C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*; M. D’AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell’embrione*; M. P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*; V. MARZOCCO, *In potenza o in atto? La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell’embrione*; S. PRISCO, *Il diritto e l’embrione come soggetto di narrazioni*; G. RAZZANO, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell’embrione e l’interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?*; A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*; A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent n. 84/2016)*; tutti in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016.

La Corte infatti rileva che non è “censurabile la scelta del legislatore del 2004 di vietare e sanzionare penalmente la condotta di «soppressione di embrioni», ove pur riferita – ciò che propriamente il rimettente denuncia – agli embrioni che, in esito a diagnosi preimpianto, risultino affetti da grave malattia genetica”. E ciò perché la “malformazione” di tali embrioni “non ne giustifica, sol per questo, un trattamento deteriore rispetto a quello degli embrioni sani” ma sovrannumerari. Ciò che la legge infatti intende tutelare è “la dignità dell’embrione”⁷⁷.

Sul punto, l’argomentazione della Corte non meraviglia ed è in linea con la sua giurisprudenza che, come visto, non ha mai rinnegato l’interesse anche costituzionalmente radicato alla tutela dell’embrione. Sennonché, con un ulteriore passaggio logico, il giudice della legge giunge in pratica a ricollegare tale tutela dell’embrione, nel caso di specie, all’unica soluzione della necessità di crioconservazione⁷⁸. Necessità che la Corte giustifica sul piano della ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore in forza del fatto che l’embrione, “quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile *grado di soggettività* correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico”⁷⁹.

In quest’ultimo passaggio potrebbe sembrare, invero, esservi contraddizione, nelle parole della Corte, che da un lato appare rigettare un approccio ontologico alla domanda relativa allo statuto giuridico dell’embrione, dall’altro parla comunque di “grado di soggettività” dello stesso. La Corte probabilmente intende riferirsi al grado di soggettività giuridica e titolarità dei diritti non inteso in senso stretto. Invero, come si ebbe modo di sottolineare⁸⁰, la categoria dei diritti viene di recente invocata, sulla base in particolare delle potenzialità insite in quel principio fondamentale interpretato quale clausola

⁷⁷ Corte cost., sent. n. 229/2015, considerato in diritto n. 3.

⁷⁸ Alla tutela dell’embrione “non può parimenti darsi, allo stato, altra risposta che quella della procedura di crioconservazione”. Corte cost. sent. n. 229/2015, considerato in diritto n. 3.

⁷⁹ Corte cost. sent. n. 229/2015, considerato in diritto n. 3 (corsivo aggiunto).

⁸⁰ A. PATRONI GRIFFI, *L’embrione umano: dimensione costituzionale, modelli legislativi e bilanciamenti ragionevoli. Alcune considerazioni*, loc. cit.

aperta, contenuta nell'articolo 2 della Costituzione, per ricostruire, in dottrina, in modo problematico, l'imputazione stessa di diritti talora a "soggetti", in senso lato, egualmente controversi dell'embrione umano: si parla di "diritti animali"⁸¹, in cui, in alcune ricostruzioni, l'animale è centro di imputazione del diritto a non soffrire o alla stessa vita, individua o almeno come specie; di un diritto dell'ambiente, inteso anche come collettività di organismi animali, vegetali e materia inorganica. Si parla poi di diritti in relazione alle generazioni future, sino a delineare schemi per la stessa azionabilità di tali diritti⁸².

Ora, inverò, la Corte non intende, nel descritto passaggio, addentrarsi nel tema scivoloso della pretesa soggettività di diritto dell'embrione, semmai ancora in uno stato pre-embrionale, ma sembra volere solo nuovamente ribadire il fondamento costituzionale di tale tutela, che come visto il giudice delle leggi ha ricostruito ben prima della legge n. 40 e del criticato, in quanto espressione di un manifesto irragionevolmente ideologico, "diritto" di cui all'articolo 1 della legge n. 40/2004.

La questione che la Corte affronta è in realtà sempre la stessa e riguarda il punto del ragionevole bilanciamento che il legislatore è chiamato a effettuare nelle proprie scelte con altre libertà, diritti e interessi costituzionalmente protetti e su cui altrimenti il giudice delle leggi è pronto ad agire con interventi demolitori della legge.

Il fatto è che la caduta dell'obbligo di creare massimo tre embrioni e di impiantarli tutti e del divieto, sanzionato penalmente, di selezione degli embrioni, in presenza di certe malattie genetiche, non fa venire meno l'esigenza di tutela dell'embrione e la necessità di una disciplina legislativa che tenga conto dei possibili o invece vietati impieghi degli embrioni sovranumerari.

La Corte sottolinea, nel concreto bilanciamento che viene qui sottoposto al suo giudizio, come l'interesse costituzionale alla tutela dell'embrione in questo caso non troverebbe un diritto o interesse

⁸¹ F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Giappichelli, Torino 2005.

⁸² R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Franco Angeli, Milano 2008.

contrapposto che possa su di esso prevalere⁸³. La Corte, come visto, arriva nelle sentenze n. 151/2009 e n. 86/2015, a considerare irragionevole la tutela dell'embrione predisposta dalla legge n. 40 per la compressione arrecata al diritto alla salute della madre. Ora, nelle sentenze n. 229/2015 e n. 84/2016 i termini di bilanciamento per la Corte cambiano e l'interesse alla tutela dell'embrione, come invero appare preferibile qualificare, diviene un "diritto dell'embrione"⁸⁴ espressione di un "grado di soggettività"⁸⁵ e "dignità antropologica"⁸⁶ su cui non possono prevalere per il giudice delle leggi, in assenza di "rime obbligate" dalla Costituzione, altri diritti e interessi di certo rilievo costituzionale, senza ledere la sfera di discrezionalità rimessa al legislatore.

Il fatto è che non vi può essere dubbio che vi siano anche altri diritti e interessi costituzionalmente fondati che potrebbero essere lesi dalla previsione del generale divieto di impiego degli embrioni sovranumerari⁸⁷: la libertà di ricerca e scienza in genere; il diritto alla

⁸³ "Nella fattispecie in esame, il *vulnus* alla tutela della dignità dell'embrione (ancorché) malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione *tamquam res*, non trova però giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista". Corte cost. sent. n. 229/2015, considerato in diritto n. 3.

⁸⁴ Corte cost., sent. n. 84/2016, considerato in diritto n. 9: "La questione, così sollevata, rimanda al conflitto, gravido di implicazioni etiche oltretutto giuridiche, tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e il *diritto* dell'embrione" (corsivo aggiunto).

⁸⁵ Corte cost., sent. n. 229/2015, considerato in diritto n. 3, che parla, come visto di un "più o meno ampio, riconoscibile *grado di soggettività* correlato alla genesi della vita" (corsivo aggiunto).

⁸⁶ "...per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso [embrione] dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di *dignità antropologica* che gli venga riconosciuto" (corsivo aggiunto). Così ancora Corte cost. sent. n. 84/2016, considerato in diritto n. 9.

⁸⁷ Ad esempio, v. G. BALDINI, *Libertà di ricerca scientifica e divieto assoluto di indagine sull'embrione. Legge 40/04 di nuovo a giudizio*, in *Vita Notarile*, n. 3/2015, 1145 ss.; R. BIN, *La libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in *Alle frontiere del diritto. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano 2011, 215 ss.; L. CHIEFFI, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto*, in *Giur. Cost.*, n. 6/2015, 2111 ss.; G. COLETTA, *Embrioni umani e ricerca scientifica: il caso italiano*, in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 17/2011, 311 ss.; R. CRISTIANO, *La sperimentazione sugli embrioni umani*, in

salute in ragione del mancato uso ai fini di sperimentazione di nuove terapie e farmaci⁸⁸; lo stesso interesse economico alla riduzione delle spese, in ragione degli oneri legati alla crioconservazione⁸⁹. Si tratta di un bilanciamento che certamente consente ragionevoli, diversi punti di equilibrio, che però il giudice delle leggi non ritiene di potere svolgere senza ledere la discrezionalità del legislatore. Sono valutazioni che la Consulta, nella sentenza n. 84/2016, non ha ritenuto di potere fare essa direttamente, nella dichiarata assenza di “rime” costituzionalmente obbligate, richiedendo invece un intervento del legislatore, anche alla luce di un “conflitto, in ordine alla cui soluzione i giuristi, gli scienziati e la stessa società civile sono profondamente divisi” così come “le legislazioni, i comitati etici e le commissioni speciali dei molti Paesi”⁹⁰. Al pari di quanto ritenuto dalla Corte di Strasburgo, nel caso Parrillo, per la quale, in presenza di scelte diverse operate dai singoli legislatori nazionali, va riconosciuto il margine di apprezzamento dello Stato⁹¹.

Si tratta, secondo la Consulta, di una questione “nuova”, su cui mai la Corte ha avuto modo di pronunciarsi, relativa al “bilanciamento costituzionalmente ragionevole tra tutela dell’embrione e interesse alla ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute (individuale e collettiva)”⁹². La questione origina da un procedimento *ex* articolo 700 del codice di procedura civile, dove la coppia che aveva fatto

Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo, cit., 319 ss.; C. FLAMIGNI, *Lo statuto dell’embrione tra giudizi morali e sviluppo tecnologico*, in *La tutela penale della persona*, a cura di L. Fioravanti, Giuffrè, Milano 2001, 103 ss.; C. TRIPODINA, *Statuto dell’embrione vs libertà di ricerca scientifica: un conflitto risolto in modo incostituzionale*, in *Nuvole*, n. 25/2005, spec. 32 ss. Sui bilanciamenti posti nell’ordinamento costituzionale dalla scienza e libertà di ricerca v. già L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, cit., *passim*.

⁸⁸ O come scrive la Corte richiamando il giudice *a quo* ed individuando in ciò la questione “nuova”: l’“interesse alla ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute (individuale e collettiva)”. Corte cost., sent. n. 84/2016, considerato in diritto n. 8.2.1.

⁸⁹ Come evidenzia L. CHIEFFI, *L’irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto*, cit., 2116.

⁹⁰ Corte cost., sent. n. 84/2016, considerato in diritto n. 8.1.

⁹¹ Corte EDU, Grande Camera, sent. 27 agosto 2015, Caso Parrillo c. Italia, su cui si tornerà più avanti.

⁹² Corte cost. sent., n. 84/2016, considerato in diritto n. 8.2.1.

accesso alla procreazione assistita chiedeva ai giudici di destinare gli embrioni prodotti e non impiantabili, alla luce della diagnosi genetica preimpianto, “ad attività mediche diagnostiche e di ricerca scientifica connesse alla propria (trasmessa) patologia genetica”⁹³.

Il giudice remittente constata un “«divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale che non sia finalizzata alla tutela dell’embrione stesso», e quindi rimette la questione alla Corte per ottenere una sentenza “additiva”, che consenta di individuare spazi di irragionevolezza del divieto, almeno affinché, “accertato che l’embrione non sia più impiegabile a fini procreativi (e, quindi, risulti destinato a rapida “estinzione”), esso possa essere utilizzato, previa acquisizione del consenso dei generanti, per altri scopi «costituzionalmente rilevanti», quale quello della ricerca scientifica bio-medica in funzione (anche) della tutela della salute come diritto fondamentale dell’individuo e interesse della collettività”⁹⁴; dunque, ritenendo il giudice remittente una tale “addenda” espressione di rime costituzionalmente obbligate.

La Corte ricorda la propria costante giurisprudenza in tema di “dignità dell’embrione”⁹⁵ e di come “la tutela dell’embrione è stata ritenuta soggetta a bilanciamento, specie al fine della «tutela delle esigenze della procreazione» ed a quella della salute della donna”⁹⁶.

⁹³ Come ricostruito dalla stessa Corte cost., sent., n. 84/2016, ritenuto in fatto n. 2.

⁹⁴ La Corte sintetizza poi le ragioni del giudice remittente nel considerato in diritto n. 8 ricordando come questi ritenga che “un tale divieto assoluto di ricerca sperimentale sugli embrioni soprannumerari (ancorché) non impiantabili, si risolva «nella completa negazione delle esigenze individuali e collettive sottese all’attività di ricerca scientifica, proprio in quei settori quali la terapia genica e l’impiego delle cellule staminali embrionali, che la comunità medico-scientifica ritiene fra i più promettenti per la cura di numerose e gravi patologie, nonché, in modo del tutto irrazionale, nella negazione di qualunque bilanciamento tra dette esigenze, espressione di valori costituzionalmente tutelati, e lo statuto dell’embrione, in assenza di qualunque bilanciamento che contemperì la previsione con le ragioni di inutile salvaguardia di quest’ultimo, in quanto affetto da patologie»”.

⁹⁵ “...quale entità che ha in sé il principio della vita (ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza), costituisce, comunque, un valore di rilievo costituzionale «riconducibile al precetto generale dell’art. 2 Cost.»”. Corte cost., sent. n. 84/2016, considerato in diritto n. 8.2.1.

⁹⁶ Richiamando le sentt. nn. 151/2009 e 96/2015.

Ma, poiché nel caso di specie cambiano i termini del bilanciamento, che non riguarderebbero più in senso stretto il diritto alla salute della madre e i diritti collegati alla procreazione, la Corte rileva che “la linea di composizione tra gli opposti interessi, che si rinviene nelle disposizioni censurate, attiene all’area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale”⁹⁷. Dunque, nel ragionamento del giudice delle leggi, la Corte non può intervenire con una sentenza di accoglimento, che dovrebbe essere necessariamente di tipo additivo, “stante il carattere non “a rima obbligata” di un tale intervento”⁹⁸.

Eppure una qualche eco almeno monitoria nei confronti del legislatore appare rinvenibile nella sentenza con l’indicazione tra le righe, in modo neppure velato, di alcune possibili, ragionevoli linee di intervento. Così quando, ad esempio, si sottolinea che sarà il legislatore a dovere valutare “sulla base anche delle “evidenze scientifiche” e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale”, l’impiego, a fini di ricerca, degli embrioni eventualmente distinguendo in relazione al loro stato e vitalità, in quanto affetti da certe malattie⁹⁹. Inoltre, richiama la Corte la possibilità per il legislatore di giungere a una “selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell’embrione” nonché “alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione” e “alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell’embrione e di sua destinazione alla sperimentazione”. Sino a sottolineare le “cautele più idonee ad evitare la “commercializzazione” degli embrioni residui”¹⁰⁰.

⁹⁷ Corte cost., sent. n. 84/2016, considerato in diritto n. 11.

⁹⁸ Corte cost., sent. n. 84/2016, considerato in diritto n. 11.

⁹⁹ Anche se qui sembra quasi argomentarsi diversamente circa il principio, che la stessa Corte sottolinea, della pari dignità degli embrioni sovranumerari, sani e non, di cui anche alla precedente sentenza del 2015.

¹⁰⁰ Solo al legislatore, per la Corte, “compete la valutazione di opportunità (sul-

Emerge qui un possibile decalogo, dunque, che il giudice delle leggi offre, con “delega” ampia, al legislatore, ma che, secondo la stessa Corte, non le consente di intervenire direttamente sulla questione, perché su ciascuno di tali punti diverse sono le ragionevoli opzioni normative, anche “intermedie”, che legittimamente solo il legislatore può adottare.

La decisione del 2016 è in tal senso pienamente in linea con la sentenza n. 229/2015 dove al giudice delle leggi basta sul punto il superamento del controllo minimo sulla ragionevolezza per respingere la questione di costituzionalità, rilevando “la *non manifesta irragionevolezza* della normativa incriminatrice denunciata”¹⁰¹. Certo, quasi per paradosso, dalla decisione della Corte deriva una sostanziale “inderogabilità, senza eccezione alcuna, del congelamento degli embrioni abbandonati”¹⁰². Ma la Consulta considera la rimozione del divieto di sperimentazione o di altro impiego, anche a fini di adozione¹⁰³, degli embrioni una scelta che per l'appunto rientra nell'esercizio della discrezionalità del legislatore e che non può essere considerata come

la base anche delle “evidenze scientifiche” e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale) in ordine, tra l'altro, alla utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente “non biopsabili”; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell'embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell'embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la “commercializzazione” degli embrioni residui”. Corte cost., sent. n. 84/2016, considerato in diritto n. 11 (ultimo capoverso).

¹⁰¹ Corte cost., sent. n. 229/2015, considerato in diritto n. 3.

¹⁰² “...con un'ingiustificata invasione della discrezionalità del legislatore, cui dovrebbe competere, più opportunamente, la scelta, realizzata con il supporto della scienza, per una loro utilizzazione alternativa a beneficio di coppie disposte all'adozione ovvero di pazienti gravemente malati, in caso di rimozione del divieto di sperimentazione”. L. CHIEFFI, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto*, cit., 2119.

¹⁰³ Su cui v., in particolare, L. CHIEFFI, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le “due culture”*, cit., 11, ss., che di fronte all'“indeterminatezza della sorte degli embrioni soprannumerari” auspica un'apertura del legislatore “alla donazione per adozione”.

rientrante in “rime obbligate”, le quali soltanto avrebbero giustificato un suo intervento direttamente additivo.

Invero, la Corte, a evitare critiche di un eccesso di “deferenza”¹⁰⁴, poteva addivenire a una qualche forma di additiva di principio o, almeno, nei termini di un qualche monito, più deciso, al legislatore a intervenire nella materia, anche argomentando circa l’effettiva “tutela” di un embrione destinato a un’ indefinita crioconservazione, soprattutto se non in grado di essere più impiantato; distinguendo circa i diversi stadi di sviluppo anche “pre-embrionale”; ancora considerando la contemporanea liceità dell’impiego di cellule staminali prodotte all’estero, semmai rimettendo opportunamente le determinazioni sulla sorte degli embrioni sovrannumerari alla decisione di organismi etico-scientifici¹⁰⁵.

La Corte costituzionale, nel sottolineare, come visto, “la dignità dell’embrione, quale entità che ha in sé il principio della vita”, potrebbe sembrare quasi volere fondare l’interesse costituzionale alla tutela dell’embrione come sostanzialmente coincidente con il principio di tutela della vita embrionale, o pre-embrionale, col solo stato di crioconservazione. In realtà non è così. Sul punto la Corte non pronuncia affatto l’ultima parola, perché riconosce ampi margini di scelte discrezionali a favore del legislatore e dunque non considera certo illegittima una scelta legislativa che disciplini l’impiego a fini di ricerca degli embrioni. Anzi, la Consulta, in modo implicito ma chiaro, rileva la conformità a Costituzione di un ragionevole impiego a scopi di sperimentazione dell’embrione. Solo non considera una tale scelta, almeno allo stato delle evidenze scientifiche, come costituzionalmente vincolata. Laddove una supposta coincidenza, per la Corte, della tutela della *dignità* dell’embrione con la mera crioconservazione avrebbe dovuto portare a una posizione di totale preclusione nei confronti di ogni possibile soluzione legislativa in grado comunque di incidere sulla perdurante vitalità dell’embrione. Ciò avrebbe comportato, in teoria, la conseguenza di ritenere costituzionalmente ammissibile esclusivamente l’impiego degli embrioni che non ne com-

¹⁰⁴ O addirittura di “pavido atteggiamento”. Così, E. CHIAREGATO, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in *Forumcostituzionale.it*, 2016, 12.

¹⁰⁵ L. CHIEFFI, *op. ult. loc. cit.*

porti la soppressione. Come se il divieto di impiego degli embrioni sovranumerari fosse esso un contenuto costituzionalmente vincolato, non superabile dalla legge.

Non è questa, di tutta evidenza, la strada seguita dalla Corte costituzionale, che riconosce invece il margine di apprezzamento legislativo e diversi punti di possibile, ragionevole equilibrio rimesso al legislatore. Neanche in questa sentenza si afferma una tutela assoluta della dignità dell'embrione, una sua presunta "tirannia"¹⁰⁶.

Il mancato accoglimento o, meglio, il dispositivo di non ammissibilità della questione nella sentenza n. 84/2016 si radica per la Corte, rispetto alle altre decisioni appena ricordate, nella diversità dei termini di bilanciamento che qui non coinvolgono la salute della donna; giustificandosi pertanto una più forte tutela dell'embrione. Come se la Corte – e di qui forse anche il richiamo alle "evidenze scientifiche" e al loro "grado di condivisione a livello sovranazionale" – ritenga di non potere ricostruire, in termini di concreta lesione della salute, il mancato impiego delle cellule staminali da embrione. Diversamente, allora, qualora fosse acquisito il dato scientifico del successo delle staminali embrionali, sembra la Corte aprirsi alla possibilità di esiti diversi, già in sede di sindacato di costituzionalità, della valutazione del ragionevole bilanciamento. In tale quadro, infatti il divieto di impiego degli embrioni dovrebbe comportare una lesione certa della salute delle persone e l'interesse alla tutela dell'embrione diverrebbe, forse, immediatamente recessivo.

Si conferma, in definitiva, in tale giurisprudenza, la considerazione dell'embrione quale entità, che riceve nell'ordinamento una tutela variabile sia a seconda del suo stadio di sviluppo vitale, sia in relazione alla sua condizione, sia ancora alla luce dei diversi diritti e interessi coinvolti nel bilanciamento nella pluralità di possibili situazioni. Ma nelle diverse situazioni occorre garantire, in ogni caso, una tutela minima dei diritti e interessi coinvolti, quale espressione di ambiti di leggi costituzionalmente necessarie, anche se non normalmente a contenuto costituzionalmente vincolato.

¹⁰⁶ Di "tirannia della dignità", riprendendo un'espressione di Ulfrid Neumann, parla V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.*, cit., 17 ss.

La Corte, nel caso dell'impiego degli embrioni per finalità diverse da quella procreativa, considera ampia la sfera di discrezionalità del legislatore. Anche se, come si è cercato di fare emergere, tale ambito discrezionale poteva essere garantito anche da una sentenza che, almeno nell'affermazione del principio, aprisse ad ambiti di legittimo destino degli embrioni, diversi da un sostanziale obbligo di crioconservazione, sostanzialmente così imposto dalla Corte stessa.

Il sindacato sul ragionevole bilanciamento svolto dal legislatore avrebbe potuto consentire di addivenire a una tale soluzione, a cui non ostava in alcun modo quanto sancito dalla Corte di Strasburgo nel "caso Parrillo", che pure viene ampiamente richiamato dalla Corte costituzionale, a differenza di quanto si è visto fare dal giudice delle leggi per la sentenza "Costa Pavan" o per altri precedenti offerti dal giudice di Strasburgo.

Sulla questione, prima della sentenza n. 86/2016, si era pronunciato, nell'ambito dell'ordinamento CEDU, il giudice di Strasburgo sull'articolo 13 della legge n. 40 del 2004, per denunciata violazione sia dell'articolo 8 della Convenzione sia dell'articolo 1 del Protocollo addizionale sul diritto della persona al rispetto dei suoi beni, con la sentenza della Grande Camera, in causa Parrillo contro Italia¹⁰⁷.

La Consulta, a ulteriore supporto della propria decisione, richiama puntualmente gran parte delle argomentazioni seguite proprio dal giudice di Strasburgo. La Corte europea aveva ritenuto che, nonostante l'oggetto della controversia, "non sia necessario esaminare qui la delicata e controversa questione del momento in cui inizia la vita umana" e rilevava l'inapplicabilità dell'articolo 1 del Protocollo n. 1, considerata la dimensione patrimoniale di tale norma e visto che "gli embrioni umani non possono essere ridotti a "beni" ai sensi di tale disposizione"¹⁰⁸. Soprattutto la Corte di Strasburgo rigettava la questione, con un'opinione dissenziente, relativa alla violazione dello stesso articolo 8 della Convenzione, in quanto esso non contempla il

¹⁰⁷ Corte EDU, Grande Camera, 27 agosto 2015, causa Parrillo contro Italia, su cui almeno v. V. ZAGREBELSKY, *Parrillo c. Italia. Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, in *Diritti Umani e diritto internazionale*, n. 1/2016, 609 ss.

¹⁰⁸ Punto n. 215.

diritto di donare embrioni alla ricerca, “in quanto non riguarda un aspetto particolarmente importante dell’esistenza e dell’identità della ricorrente”¹⁰⁹.

La Corte europea dei diritti dell’uomo riconosce quindi allo Stato (punto n. 175) “ampio margine di discrezionalità”, alla luce (punto n. 176) sia delle “delicate questioni morali ed etiche”, sia di assenza di “un vasto *consensus europeo* in materia” nella legislazione dei singoli Stati, dove non mancano divieti assoluti, accanto ad “approcci permissivi”, che semmai (punto n. 178) “permettono questo tipo di ricerca soltanto a condizioni ben precise, che richiedono per esempio che il fine sia la tutela della vita dell’embrione o che la ricerca utilizzi cellule importate dall’estero”, come nel caso della stessa Italia. Anzi, rileva il giudice di Strasburgo al punto n. 182, che le “limitazioni imposte a livello europeo mirano piuttosto a moderare gli eccessi in questo campo”, come nel caso “del divieto di creare embrioni umani a fini di ricerca scientifica previsto dall’articolo 18 della Convenzione di Oviedo, o del divieto di brevettare invenzioni scientifiche qualora la procedura comporti la distruzione di embrioni umani”¹¹⁰.

Peraltro, nell’ordinamento italiano, anche alla luce del referendum, che non superò il *quorum*, erano stati tenuti presenti, secondo il giudice di Strasburgo (punti nn. 187 e 188), i “differenti interessi in gioco, in particolare dell’interesse dello Stato di tutelare l’embrione e di quello delle persone interessate di esercitare il loro diritto all’autodeterminazione individuale mediante la donazione dei loro embrioni alla ricerca”.

Non vi è quindi per la Corte quella incoerenza dell’ordinamento che aveva portato alla censura dell’ordinamento italiano nella sentenza “Costa Pavan”, anche perché “la Corte non ha il compito di controllare in astratto la coerenza della legislazione” (punto n. 191). Mentre, poi, con riferimento all’argomento dell’uso di linee cellulari prodotte all’estero, la Corte, al punto n. 194, “concorda con il Governo [italiano] che la deliberata e attiva distruzione di un embrione umano non può essere paragonata all’utilizzo di linee cellulari ottenute da embrioni umani distrutti in una fase precedente”.

¹⁰⁹ Punto n. 174.

¹¹⁰ Su cui si richiama Corte di giustizia Unione europea, caso Oliver Brüstle c. Greenpeace, sentenza 18 ottobre 2011.

Di fronte a questioni complesse, ampiamente dibattute sul piano etico, dove neanche possono dirsi consolidati i dati sullo stesso piano scientifico, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ritiene nella sua giurisprudenza di doversi arrestare richiamando la dottrina del margine di apprezzamento rimesso al legislatore statale¹¹¹, che in tali casi “da eccezione” quasi si erge “a principio fondamentale”¹¹². In tal senso vi è un filo ideale che lega la sentenza Parrillo sugli embrioni e la decisione Lambert, in tema di fine vita¹¹³; laddove la diversa vicenda, di cui alla sentenza “Costa Pavan”, consente di arrivare a soluzioni diverse a partire da una accertata, palese incoerenza interna allo stesso ordinamento nazionale.

La Corte EDU, in vicende così sensibili sul piano etico e incerte su quello scientifico, riconosce il margine di apprezzamento a favore del legislatore statale, che potrà, sul diverso piano costituzionale, essere censurato proprio dal giudice delle leggi.

La Corte costituzionale paradossalmente, invece, rigetta la questione di costituzionalità, proprio facendo riferimento, nell'apparato motivazionale, alla sentenza Parrillo, che sembra quasi divenire dirimente – certo in fatto e non per obbligo di diritto – per la Consulta, a differenza di altri casi, a partire come visto dalla sentenza n. 96/2015 dove il riferimento alla decisione Costa Pavan è invece solo incidentale.

In realtà, dinanzi alla Corte, si è detto, nel suo sindacato di legittimità nella forma del controllo sul ragionevole bilanciamento, era invocata la violazione di parametri *diversi* da quelli su cui si è basata la decisione di Strasburgo. La Corte stessa ricostruisce i termini del

¹¹¹ V. di recente M. D'AMICO, *Le questioni “eticamente sensibili” fra scienza, giudici e legislatore*, cit., 17 ss.; E. CHIEREGATO, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in *Forumcostituzionale.it*, 2016.

¹¹² V. ZAGREBELSKY, *Parrillo c. Italia. Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, loc. cit.

¹¹³ Corte EDU, Grande Camera, 5 giugno 2015, caso Lambert c Francia, dove al punto n. 144 molto chiaramente si scrive che “*dans le contexte des obligations positives de l'État, lorsqu'elle a été saisie de questions scientifiques, juridiques et éthiques complexes portant en particulier sur le début ou la fin de la vie et en l'absence de consensus entre les États membres, la Cour a reconnu à ces derniers une certaine marge d'appréciation*”.

bilanciamento come riferiti alla tutela della dignità dell'embrione, da un lato, e la libertà di ricerca e la "salute collettiva" dall'altro e sulla base di tali parametri poteva sindacare la ragionevolezza del bilanciamento operato¹¹⁴. Senza dimenticare la diversa natura dei ricorsi e posizione delle Corti nei rispettivi ordinamenti, in cui più dell'"analogia di oggetto" avrebbe potuto rilevare la "significativa diversità, non solo per le norme di riferimento, ma anche e prima ancora per la diversità del ruolo delle Corti chiamate a decidere"¹¹⁵.

Conclusivamente, c'erano spazi, in tal senso, dinanzi al giudice delle leggi, diversamente dal giudice sovranazionale, per un'additiva di principio, in cui la Corte, senza sostituirsi alla necessaria disciplina legislativa, ricavasse per l'appunto una norma principio tesa ad ammettere ambiti di impiego legittimo degli embrioni, in particolare degli embrioni non impiantabili, questi sì da determinare nel concreto da parte del legislatore, semmai con disciplina che, nel richiamo della volontà, o meglio del consenso informato, della coppia, coinvolgesse anche organismi tecnico-scientifici. Un bilanciamento ragionevole deve tenere conto della ricaduta "contestualizzata" dei diritti e interessi costituzionali coinvolti, anche in relazione a embrioni in realtà, semmai, non più impiantabili, e quindi preclusi dalla possibilità di prosieguo del loro processo vitale, la cui destinazione a scopi di ricerca è in grado di salvaguardare, e non calpestare, la relativa "dignità". E che si potesse andare in una tale direzione sembrava potersi ricavare sia pure dalla diversa fattispecie, che aveva comunque condotto la Corte a pronunziarsi, non molto prima, nel senso dell'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa¹¹⁶.

Nel pendolo, quasi un metronomo, delle oscillazioni della Consulta tra orientamenti maggiormente o, al contrario, solo in minima

¹¹⁴ Mentre sembra quasi dire che "quando la scienza parla con molte e divergenti voci, la Costituzione resta muta ed a parlare per tutti tocca dunque al legislatore". A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, cit., 26 s.

¹¹⁵ Così V. ZAGREBSKY, *Parrillo c. Italia. Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, cit., 609: è solo la Corte costituzionale "a dover decidere sul piano generale della validità della legge impugnata".

¹¹⁶ Corte cost., sent. n. 162/2014, su cui v. il paragrafo successivo.

parte “deferenti” verso la discrezionalità legislativa, la sentenza n. 84/2016 sembra collocarsi all’estremo del rispetto quasi “eccessivo” di tale sfera, mentre il sindacato di costituzionalità sul carattere “non irragionevole” della scelta del legislatore aveva condotto, poco prima, a una “forte” decisione di accoglimento nella sentenza n. 162/2014. Sarebbe certo preferibile che la Corte pervenga ad adottare un metro più lineare nel confrontarsi con le scelte legislative nei temi eticamente sensibili dell’inizio vita. In tale direzione l’ultima, analizzata decisione del 2016 sugli embrioni sovrannumerari potrebbe indicare proprio la volontà della Corte di individuare una posizione più prudente in materia, di fronte a *political question* di natura eminentemente etica.

4. Fecondazione eterologa e discrezionalità legislativa

La Corte costituzionale, anche nella decisione che fa cadere il divieto generale, posto nella legge n. 40/2004, di fecondazione eterologa¹¹⁷, ricorre alle tecniche connesse al sindacato di ragionevolezza-

¹¹⁷ Per un commento a Corte cost., sent. n. 162/2014 v. tra gli altri V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, cit.; C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confrontocostituzionali.eu*, 2014; A. CIERVO, *Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *Diritti-cedu.unipg.it*, 2014; M. P. COSTANTINI, *La donazione dei gameti tra giurisprudenza italiana e dimensione europea: la pronuncia della Corte costituzionale sulla fecondazione eterologa n. 162/2014*, in *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, cit., 235 ss.; G. D’AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Forumcostituzionale.it*, 2014; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull’eterologa*, in *Forumcostituzionale.it*, 2014; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forumcostituzionale.it*, 2014; M. G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, cit.; R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. 162/2014*, in *Foro it.*, 2014, I, 2324; A. RUGGERI, *La Consulta apre all’eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al “dialogo” con la Corte Edu*, in *Forumcostituzionale.it*, 2014; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Consulta online*, 2014; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro “pila-*

za¹¹⁸. La sentenza n. 162/2014 mette al centro della decisione proprio l'analisi del bilanciamento effettuato dal legislatore con un controllo sull'esercizio della discrezionalità legislativa, particolarmente ampio dinanzi al divieto generale di accesso alle tecniche di fecondazione assistita eterologa, contenuto nella legge n. 40¹¹⁹.

Il canone di ragionevolezza e il connesso riconoscimento del margine di esercizio di discrezionalità legislativa portano la Corte a censurare il limite posto dalla legge anche per la sostanziale assenza di proporzionalità tra lo strumento legislativo prescelto del divieto e il fine di tutela perseguito; mentre non si fa cenno a elementi tratti dalla CEDU e relativa giurisprudenza pure esistente, che non viene qui usata per rimettere gli atti al giudice *a quo*, come invece avvenuto in tema di impiego degli embrioni sovranumerari.

Peraltro, in un caso precedente, la Corte¹²⁰ aveva già restituito gli atti al giudice *a quo* in ragione della "sopravveniente" giurisprudenza della Corte EDU¹²¹, sancendo quasi una "inversione tra pregiudiziale di costituzionalità e pregiudiziale di convenzionalità, a favore di quest'ultima". Tanto che la sostanziale irrilevanza delle norme convenzionali nella sentenza del 2014 avrebbe potuto condurre a formulare quasi un giudizio a carico della Corte di "responsabile ritardo di

stro: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa, in *Forumcostituzionale.it*, 2015; A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Diritto penale e processo*, n. 7/2014, 831 ss.; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, cit. Cfr. poi, per una generale ricostruzione e analisi, *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa"*, a cura di M. D'Amico, M. P. Costantini, Franco Angeli, Milano 2014.

¹¹⁸ S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, 2014. V. anche C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, cit.

¹¹⁹ V. già *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, a cura di A. Cossiri, G. Di Cosimo, Quaderni di biodiritto, Aracne, Roma 2013.

¹²⁰ Corte cost., ord. n. 150/2012.

¹²¹ Corte EDU, sentenza 3 novembre 2011, caso S.H. e altri c. Austria, dove la Grande Camera aveva riformato la decisione della Prima Sezione.

una decisione nel merito che poteva essere presa già allora¹²². In effetti, la CEDU, che era stata ragione di remissione degli atti al giudice *a quo*, diviene in definitiva irrilevante, in quanto la questione viene sostanzialmente risolta ricorrendo ai parametri costituzionali. “Uno dei profili che hanno forse destato maggiore sorpresa” della sentenza riguarda proprio l’omesso approfondimento della “giurisprudenza più recente della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di procreazione medicalmente assistita”¹²³. E il giudice di Strasburgo aveva sostanzialmente ritrovato, nel citato caso S.H., un ampio margine di apprezzamento degli Stati nella disciplina sulla fecondazione eterologa, in ordine alla dimensione etica della questione e all’assenza di “consenso europeo” nella disciplina della materia.

La Corte affronta il tema invece sulla base dei parametri costituzionali e riconosce preliminarmente il campo rimesso alla discrezionalità del legislatore sulle “questioni [che] toccano temi eticamente sensibili”, come per definizione avviene nella bioetica. Sicché la

¹²² A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull’eterologa*, loc. cit. Per G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Consulta online*, 2014 si ha da parte della Consulta con la sentenza n. 162 una sostanziale “rivendicazione a sé della competenza a censurare la legittimità costituzionale della legge del 2004, a fronte della significativa condanna comminata lo scorso 2012 dalla Corte di Strasburgo”. V. già, R. ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l’ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in *Consulta online*, 2013; A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell’assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell’anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in *Consulta online*, 2012; L. VIOLINI, *Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla Corte di Strasburgo: un caso discutibile*, in *Quad. cost.*, n. 3/2010. V. ancora C. NARDOCCI, *La centralità dei Parlamenti nazionali e un giudice europeo lontano dal ruolo di garante dei diritti fondamentali*, in *Forumcostituzionale.it*, 2012; B. LIBERALI, *Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il cd. time factor. Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera contro l’Austria*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012.

¹²³ Così M. D’AMICO, *L’incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, 30 oppure in *L’illegittimità costituzionale del divieto della “fecondazione eterologa”*, cit., 34.

Corte, richiamando suoi precedenti, sottolinea che “la procreazione medicalmente assistita coinvolge «plurime esigenze costituzionali»¹²⁴ e, conseguentemente, la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango...” che, “nel loro complesso, richiedono «un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa»¹²⁵ ad ognuno”¹²⁶. Le soluzioni legislative devono trovare soddisfacente, equilibrata disciplina giuridica che, per essere tale, deve sapere esprimere “l’individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana”. Tale individuazione appartiene “primariamente alla valutazione del legislatore”¹²⁷, ma “resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un *non irragionevole* bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano”¹²⁸.

Solo che la doppia negazione del “non irragionevole” bilanciamento, a differenza di quanto più spesso, come ricordato, avviene, è qui foriera non di una decisione di rigetto nel nome del “controllo minimo” e della deferenza per le scelte del legislatore, ma è alla base invece di un sindacato ampio e penetrante. Nella decisione della Corte costituzionale sulla fecondazione eterologa, il richiamo alla necessità della “non irragionevolezza” della scelta legislativa, da un lato, e il ribadire, in linea con quanto visto nella sentenza n. 45/2005, la natura “costituzionalmente necessaria” della normativa sulla fecondazione assistita, dall’altro, sono propedeutici invece a una decisione di accoglimento. Laddove la Corte, come visto, non riterrà di lì a breve, per le ragioni analizzate, “costituzionalmente necessaria” una disciplina sull’impiego degli embrioni sovranumerari.

La ragionevolezza, nella sentenza, diviene strumento privilegiato per effettuare un controllo largo e pervasivo, che consente di “relativizzare”, all’interno del sindacato costituzionale, sia la salute sia il parametro generalissimo dell’eguaglianza al fatto concreto, alla sua ricaduta “contestualizzata”. È questo il delicato passaggio nella sen-

¹²⁴ Richiamando Corte cost., sent. n. 347/1998.

¹²⁵ Richiamata sul punto Corte cost., sent. n. 45/2005.

¹²⁶ Corte cost., sent. n. 162/2014, considerato in diritto n. 5.

¹²⁷ Viene in tal senso ancora richiamato il precedente della sent. n. 347/1998.

¹²⁸ Corte cost., sent. n. 162/2014, considerato in diritto n. 5 (corsivo aggiunto).

tenza dall'affermazione del diritto in astratto al suo concreto, problematico bilanciamento. Evidenzia la Corte che per la “contestualizzazione del divieto in esame, occorre constatare che esso, impedendo alla coppia destinataria della legge n. 40 del 2004, ma assolutamente sterile o infertile, di utilizzare la tecnica di PMA eterologa, è privo di adeguato fondamento costituzionale”¹²⁹. Il “più malato”, il soggetto completamente sterile, si vedrebbe, nelle argomentazioni della Corte, privato della possibilità di avere figli, laddove proprio la fecondazione eterologa consentirebbe un tale risultato.

Il divieto legislativo di fecondazione eterologa viola, nelle argomentazioni della Corte, ragionevolezza, diritto alla salute, autodeterminazione.

La Corte fonda l'irragionevolezza della scelta legislativa del divieto assoluto di fecondazione eterologa sul principio di autodeterminazione e sul diritto alla salute; parametri che vengono lesi, per l'irragionevole e quindi illegittimo bilanciamento rispetto a diritti e interessi contrastanti. Il fatto che il divieto legislativo non sia “frutto di una scelta consolidata nel tempo”¹³⁰ è argomento, utilizzato dalla Corte, che appare invero, di per sé considerato, debole, ben potendo il legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità ritenere di vietare una condotta prima consentita nell'ordinamento.

Sull'autodeterminazione, la Corte afferma che “la scelta di tale coppia [con un componente sterile] di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi”¹³¹.

Centrali diventano quindi il principio di autodeterminazione e il diritto alla salute: il primo si erge ad autonoma libertà fondamentale, sicché “le limitazioni di tale libertà, e in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare *altrimenti* in-

¹²⁹ Corte cost., sent. n. 162/2014, considerato in diritto n. 6.

¹³⁰ Corte cost., sent. n. 162/2014, considerato in diritto n. 5.

¹³¹ “...libertà che... è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare”, mentre la Corte non richiama l'ampia ricostruzione dell'autodeterminazione nel sistema CEDU. Punto 6 del considerato in diritto.

teressi di pari rango”¹³²; il secondo diviene quasi un mero corollario dello stesso principio di autodeterminazione.

La decisione di procreare per la Corte, anche in caso di “coppia assolutamente sterile o infertile”, riguarda “la sfera più intima ed intangibile della persona umana” e quindi “non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch’essa attiene a questa sfera”¹³³. In sostanza, l’accesso alla tecnica di fecondazione assistita, mediante il ricorso a un gamete esterno, rientra per la Corte comunque nel contenuto della libera determinazione di procreare della coppia ed è espressione della libertà di autodeterminazione della stessa.

Bisogna porre adeguata attenzione al passaggio in cui si parla di “incoercibilità” dell’autodeterminazione¹³⁴. Quest’ultima non è tanto, forse, una libertà costituzionale autonoma, ma si lega all’esercizio di *altra* libertà costituzionale, di cui rappresenta, nel relativo ambito, la capacità del soggetto titolare di liberamente determinarsi in quello spazio e che sempre incontra possibili limiti, purché certo ragionevoli. L’autodeterminazione, anche se definita incoercibile, non basta da sola a ergersi a fondamento di un autonomo, non enumerato diritto alla maternità ad avere figli in ogni modo e in ogni condizione, senza tenere in adeguato conto tutti i diritti e interessi costituzionali coinvolti. In ogni caso, comunque anche un’autonoma, “incoercibile” libertà di autodeterminazione incontra limiti come tutte le libertà fondamentali, dovendosene per l’appunto ritrovare il punto concreto di ragionevole bilanciamento.

L’ulteriore richiamo è al diritto alla salute che, come noto, e la Corte ribadisce, va inteso nel modo più ampio, non solo nel suo significato fisico, ma anche e soprattutto psichico¹³⁵. In tal senso la Corte

¹³² E la Corte qui richiama la sent. 332/2000, ancora nel considerato in diritto n. 6.

¹³³ Sempre nel considerato in diritto n. 6.

¹³⁴ Sulla configurabilità dell’autodeterminazione come diritto costituzionale, cfr. tra gli altri S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Forumcostituzionale.it*, 2009.

¹³⁵ Come da consolidata giurisprudenza costituzionale, in parte richiamata nella stessa sentenza n. 162.

sottolinea che “in relazione a questo profilo, non sono dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo, benché soltanto la prima renda possibile la nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia”, tenendo conto del fatto che “l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia”¹³⁶. Certo, il diritto alla salute della coppia, che viene in rilievo nella fecondazione eterologa, non sembra porsi sullo stesso piano di quanto evidenziato sulla tutela del diritto fondamentale alla salute della donna nella diagnosi preimpianto.

Sull'altro versante del bilanciamento, invece, la Corte in sostanza richiama *solo* l'interesse “della persona nata dalla PMA di tipo eterologo, che potrebbe essere leso a causa sia del rischio psicologico correlato a una genitorialità non naturale o per la violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica”. Interessi che è facile, per la Corte, “ridimensionare”, nel complessivo bilanciamento, rispetto al principio di autodeterminazione e al diritto alla salute della coppia, evidenziando peraltro l'esistenza nell'ordinamento comunque di “perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro”¹³⁷.

La Corte considera che “il divieto in esame [di fecondazione eterologa] cagiona in definitiva una lesione fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali... devono ritenersi congruamente garantite”¹³⁸. Ora,

¹³⁶ Corte cost., sent. n. 162/2014, considerato in diritto n. 13.

¹³⁷ V. TIGANA, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Diritto penale contemporaneo, Penale contemporaneo.it*, 2014. Ma sul tema v. I. NICOTRA, *Anonimato del donatore e diritto all'identità personale del figlio nella procreazione medicalmente assistita*, in *Quad. cost.*, 2002, 795 ss.; I. CARLOTTO, *I nuovi diritti e l'identità biologica*, in *Dir. società*, n. 3/2014, 561 ss., spec. 593 ss., che sottolinea come non appaiono esservi “giustificazioni ragionevoli per differenziare la posizione dell'adottato o del nato fuori del matrimonio da quella del soggetto nato a seguito di fecondazione artificiale eterologa” (*ivi*, 594).

¹³⁸ Ancora considerato in diritto n. 13.

considerare la posizione del nato non è la stessa cosa di riferirsi al concepito al fine del ricorso alla tecnica della fecondazione eterologa.

Invero, nel configurare i termini generali del bilanciamento, nell'ambito del rilevato principio di "necessarietà" di produzione degli embrioni, poteva essere contenuto nella sentenza anche un riferimento, che manca, agli embrioni umani, appositamente creati ai fini della fecondazione eterologa, uno solo dei quali va a proseguire il suo processo vitale sino alla nascita. Interesse che rappresenta comunque una posizione che la Corte ritiene, come visto, sempre degna di considerazione e "ragionevole" tutela.

L'interesse alla tutela degli embrioni, prodotti per l'accesso alla fecondazione eterologa, poteva anch'esso essere enunciato, nel ricostruire l'assetto generale dei diritti e interessi coinvolti nel legittimo bilanciamento, cui il legislatore è chiamato a dare ragionevole sistemazione. Su di un tale punto la sentenza sembra non avere quella descritta concezione di "dignità" e "diritto" dell'embrione di cui alle analizzate sentenze nn. 229/2015 e 86/2016. Ciò – va rilevato – indipendentemente dalla soluzione poi trovata dinanzi alla Corte nel senso dell'illegittimità del divieto assoluto e generale di fecondazione assistita eterologa.

La considerazione dello specifico interesse costituzionale dell'embrione umano a proseguire il suo processo vitale non giustifica di per sé un divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, ma è idoneo a costituire fondamento del divieto legislativo in altri casi e per altre finalità che non rispondono alla tutela del diritto alla salute o di altri diritti e interessi costituzionali.

Comunque, così ricostruiti dalla Consulta i termini del bilanciamento, il giudice delle leggi considera incostituzionale il "censurato divieto, nella sua assolutezza", non per un'apodittica lesione di libertà di autodeterminazione e diritto alla salute, ma perché "risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco", che determina una lesione *in concreto* verificata, per l'appunto attraverso il canone della ragionevolezza, che dà spessore tangibile al parametro dell'eguaglianza, ritenuto leso nei suoi vari risvolti di razionalità¹³⁹,

¹³⁹ La Corte nella sentenza ravvisa, al considerato in diritto n. 13, la lesione del "canone di razionalità della legge", che viene ritrovato nell'"esigenza di conformità

manifesta iniquità, proporzionalità. Quanto però tali richiami siano davvero circostanziati, nelle argomentazioni della Corte, sul piano della concreta lesione, in assenza di una completa ricostruzione dei termini di bilanciamento, resta questione da rilevare.

Importante è il richiamo alla lesione del principio di proporzionalità, in ragione del divieto assoluto e generale, posto dal legislatore. La proporzionalità, per definizione, come sottolinea la Corte¹⁴⁰, consente di riconoscere l'ambito dell'ampia scelta discrezionale rimessa al legislatore, per poi meglio valutare la concreta scelta operata dalla legge. La proporzionalità presuppone che gli strumenti scelti nella legge siano "proporzionati", per l'appunto, all'obiettivo e all'interesse tutelato dal legislatore stesso.

Peraltro, nella sentenza in esame in tema di inizio vita, viene richiamata la nota sentenza n. 1/2014, che ha sancito la parziale incostituzionalità della legge elettorale, nella definizione del *test* di proporzionalità, che "richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi"¹⁴¹. In tal senso, la Corte evidenzia come il rapporto tra mezzi prescelti dal legislatore e obiettivo perseguito caratterizza il funzionamento del

dell'ordinamento a valori di giustizia e di equità" e in "criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa" (richiamando anche sent. 87/2012).

¹⁴⁰ Sempre nel considerato in diritto n. 13. "Lo scrutinio di ragionevolezza, in ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa, impone, inoltre, a questa Corte di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale. Tale giudizio deve svolgersi «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti». Di qui anche il richiamo a Corte cost., sent. 1130/1988.

¹⁴¹ Considerato in diritto n. 13.

principio, *test* di proporzionalità, indipendentemente dal campo di applicazione dello stesso.

Ora, lo scopo della legge sulla fecondazione assistita, dichiarato in apertura della legge 40, ricorda la Corte, è quello “di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana”, sicché risulterebbe del tutto sproporzionata e irragionevole “la preclusione assoluta” di accesso alla tecnica di procreazione assistita di tipo eterologa, che “introduce un evidente elemento di irrazionalità, poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute, nei termini sopra esposti, è stabilita in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la *ratio legis*”¹⁴².

L'esclusione dell'accesso alla fecondazione eterologa è, in definitiva, irragionevole e sproporzionata, nella ricostruzione della Corte, quando riferita a coppie, in cui un componente sia affetto da una patologia che causi sterilità o infertilità, che non possa essere curata. Peraltro, la irragionevolezza del divieto legislativo legato alle condizioni di salute relative all'infertilità e sterilità non curabile si riconnette, sullo stesso piano costituzionale, all'evidenza medico-scientifica di tali patologie¹⁴³. Ciò appare inevitabile, ma non per questo si traduce in una “carta bianca”, come efficacemente rilevato¹⁴⁴, rilasciata alla scienza.

In tale situazione, l'autodeterminazione della coppia non può essere ragionevolmente limitata per il giudice delle leggi da altri interessi concorrenti.

Ora, nell'impostazione criticabile della legge n. 40, la finalità della “soluzione dei problemi riproduttivi” si accompagna, come noto e criticamente discusso, al richiamo espresso del fine di tutela dei “diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito”. Nella decisione della Corte, quando la ragionevolezza assume la veste concre-

¹⁴² Considerato in diritto n. 13.

¹⁴³ A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, cit.

¹⁴⁴ A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al “dialogo” con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in *Forumcostituzionale.it*, 2014, 2.

ta del *test* di proporzionalità, nella ricostruzione del rapporto tra gli strumenti (divieto assoluto di fecondazione eterologa) e finalità della legge, la considerazione dell'interesse del concepito, pur costituzionalmente fondato, resta invero al di fuori dell'argomentare giuridico della Consulta, che riduce, come rilevato, l'interesse dell'embrione, degno di tutela costituzionale, al semplice diritto del nato a conoscere le origini biologiche o al mero rischio psicologico del nato da fecondazione eterologa. Si tratta invero di un interesse costituzionale, su cui la stessa giurisprudenza del giudice delle leggi, come visto, si è soffermata, e che al di là della infelice e ideologica formula utilizzata nell'articolo 1 della legge 40 e al di là della questione relativa alla natura del relativo "statuto", costituisce esso stesso un ineludibile termine da tenere in ragionevole considerazione nel bilanciamento, che pure lo può vedere soccombere, come detto, rispetto ad altri diritti e interessi di chi è già persona, ma anche sostanzialmente prevalere come nel caso della sentenze nn. 229/2015 e 86/2016.

Nel vaglio di costituzionalità sul divieto legislativo di fecondazione eterologa, allora andava forse meglio considerato anche il dato che, in tale ambito, in cui peraltro il "diritto" a procreare viene per un genitore a realizzarsi al di là di una genitorialità genetica, rileva quale termine di bilanciamento anche l'interesse degli embrioni umani e della loro "dignità", prodotti nel quadro di tale tipo di procreazione medicalmente assistita. Tale interesse, di cui è certo come visto l'ancoraggio costituzionale, e che risulta comunque recessivo con i diritti di chi è già nato, non viene qui invece espressamente considerato ai fini del vaglio del ragionevole bilanciamento tra diritti e interessi costituzionali a fondamento del controllo sul legittimo esercizio della discrezionalità del legislatore. La considerazione dello specifico interesse costituzionale dell'embrione umano a proseguire il suo processo vitale certo non potrebbe giustificare di per sé un divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo di persone affette da sterilità o infertilità, ma può giustificare – si ripete – il divieto legislativo in altri casi e per altre finalità che non rispondono alla tutela del diritto alla salute e che non possono essere coperti, per ogni possibile ipotesi di accesso alla eterologa, dal semplice, generico richiamo all'autodeterminazione.

Volendo ricordare, infine, un ulteriore elemento di disuguaglianza della scelta legislativa, la Corte rileva anche "un ingiustificato, diverso

trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla *capacità economica* delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi¹⁴⁵. Un siffatto argomento è affascinante quanto pericoloso e non può che essere considerato *ad adiuvandum*, nel ragionamento della Corte, perché lo stesso motivo, considerato quale autonoma causa di irragionevolezza della scelta legislativa, sarebbe in grado di comportare, almeno portato alle estreme conseguenze, l'incostituzionalità potenziale di ogni disciplina restrittiva di un diritto in Italia, che abbia in altra parte del mondo diverso e più ampio statuto giuridico.

Peraltro, sul piano economico o meglio della “capacità economica” dei cittadini, a effetto della sentenza di accoglimento della Corte – senza un adeguato seguito posto dal legislatore statale¹⁴⁶, ma con interventi tesi a garantire l'accesso alla fecondazione eterologa a livello regionale – si pone semmai il tema dei diritti di eguale cittadinanza tra gli italiani tutti ovunque residenti, in particolare sul piano della tutela della salute, anche collegata all'accesso alla fecondazione eterologa, dove i costi ben possono variare a seconda della diverse scelte operate dagli amministratori regionali¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Argomentazione finali del considerato in diritto n. 13 (corsivo aggiunto).

¹⁴⁶ Sul “seguito” della sentenza e la “necessaria integrazione legislativa della fecondazione eterologa” v. L. CHIEFFI, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le «due culture»*, cit., 5 ss.; G. BALDINI, *Cade il divieto di PMA eterologa: prime riflessioni sulle principali questioni*, in *Vita notarile*, n. 2/2014.

¹⁴⁷ Su altro, ma connesso, profilo, è stata ritenuta illegittima la mancata inclusione della fecondazione eterologa tra le prestazioni a carico dal servizio sanitario della regione Lombardia con condizioni economiche differenti da quanto lì previsto per la fecondazione omologa. Cfr. Cons. Stato, sez. III, sent., n. 3297/2016, disponibile *on line*.

CAPITOLO III

LE LEGGI IN BIOETICA COME COSTITUZIONALMENTE NECESSARIE

Sommario: 1. Il *vulnus* del legislatore assente nel fine vita a mo' di controprova. – 2. Una riflessione conclusiva.

1. *Il vulnus del legislatore assente nel fine vita a mo' di controprova*

La configurazione di leggi costituzionalmente necessarie e la connessa, analizzata questione del “tipo” di contenuto normativo, da adottare nel legittimo esercizio della discrezionalità legislativa, costituiscono elementi che sembrano emergere anche in altri ambiti della bioetica.

Si sono mostrati, con riferimento particolare alle diverse vicende della fecondazione assistita¹, i fattori che concorrono a qualificare, nella stessa giurisprudenza costituzionale, come necessaria la legge che assicuri una tutela adeguata delle diverse posizioni coinvolte nelle questioni di inizio vita. Una legge che, per rispondere ai canoni di ragionevolezza sindacati dinanzi alla Consulta, deve comunque garantire il riconoscimento di un adeguato spazio sia di esercizio dell'autodeterminazione della persona² sia del ruolo dei giudici, che sono chiamati ad applicare al caso concreto, in caso di contenzioso, una tale legge, auspicabilmente “a maglie larghe” e che rifugga dai

¹ Ma anche ricordando quanto era già emerso relativamente alle posizioni di diritto e interesse coinvolte nell'interruzione volontaria della gravidanza, la cui legge assume parziale capacità di fungere, come visto, da *tertium comparationis* in alcune vicende legate alla stessa fecondazione assistita. Mentre, su di altro piano si è ricordato, nel cap. 1, par. 1, come anche la legge sulle unioni civili possa essere considerata quale legge necessaria ad offrire un grado di tutela adeguato in particolare alla coppia omosessuale, pur al di fuori del matrimonio.

² Per la quale assume grande rilievo la volontà assunta tramite il consenso informato acquisito dagli operatori sanitari, nell'ambito di una cornice normativa eterodefinita.

pericoli evidenziati di impostazioni fortemente ideologiche, lontane dall'assetto plurale dei valori costituzionali.

La centralità della vita, quale diritto fondamentale, anche se non enumerato espressamente nel catalogo costituzionale³, la dignità, che si è vista emergere nella giurisprudenza costituzionale come riferita anche all'embrione⁴, se sono a fondamento della necessità dell'intervento del legislatore, si declinano, però, dal punto di vista del contenuto da far assumere a una tale legge, in modo assai problematico rispetto ai temi della bioetica. E ciò appare confermato se anche si spostano utilmente l'osservatorio – per alcune ulteriori, funzionali considerazioni – sui temi del fine vita.

La stessa dignità dell'uomo e della vita non consente agevolmente di individuare spazi vincolati di disciplina legislativa nelle questioni sulla vita. Basta ricordare come la dignità venga richiamata, ad esempio, tanto dai fautori del riconoscimento in Costituzione di un diritto di morire che si traduca in pratiche eutanasiche, tanto da coloro che ritengono inconfigurabile nel nostro ordinamento una tale ricostruzione⁵. Dignità dell'uomo e della vita sono concetti inevitabilmente di assai difficile, concreta perimetrazione⁶.

³ Uno dei “nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale” v. già F. MODUGNO, *I “nuovi” diritti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., spec. 16 ss.

⁴ E si è cercato di evidenziare, nella vicenda degli embrioni sovranumerari, come tale necessaria tutela, non comporti, in alcun modo, quale vincolo all'esercizio della discrezionalità legislativa un impedimento all'impiego degli stessi in ragione di tutela di altri diritti e interessi costituzionalmente fondati.

⁵ Può essere utile ricordare G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Bologna, 2009, 108, che pone l'interrogativo, sempre attuale, se la dignità “postula, permette, oppure vieta che i malati terminali decidano in libertà se richiedere l'eutanasia”.

⁶ Nella amplissima letteratura v. da ultimo G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl.*, 2016, spec. 266 ss. che, nel costruire la “dignità come *essentially contested concept*” sottolinea come “l'appello alla dignità, sia nell'impianto delle clausole costituzionali che la sanciscono, sia nell'argomentazione dei giudici che ad essa dà svolgimento, rimanda costantemente ad una pluralità di elementi costitutivi, che la rendono un principio non solo dal contenuto estremamente incerto, ma anche dalle implicazioni più diverse”. V. già F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, cit.; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Giappichelli, Torino 2014, spec. 4 ss.

La dignità dell'uomo⁷ è irrinunciabile principio supremo e fondamento del patto costituzionale, con l'opposta visione dell'umano in esso presupposta rispetto ai regimi totalitari degli anni trenta. Ma è principio che se, da un lato, richiede un qualche intervento del legislatore, anche nelle situazioni più complesse, ad apprestare una garanzia dei diritti e interessi costituzionali coinvolti, solo parzialmente consente, invece, di individuare soluzioni a contenuto costituzionalmente necessario, restando ampi i possibili contenuti rimessi alle scelte legislative, intangibili nel merito dalla Corte costituzionale, e non sindacabili dal giudice sovranazionale europeo dei diritti, laddove rientranti nell'ambito riconosciuto del margine di apprezzamento. Non è un caso, come visto, che spesso le sentenze della Corte costituzionale, anche demolitorie di importanti disposti contenuti nella legge n. 40/2004 con riferimento all'inizio vita, fondamentalmente si reggono nell'impianto motivazionale sulla violazione di altri parametri, quali eguaglianza, salute, autodeterminazione, censurando l'irragionevolezza del bilanciamento. E così, sul diverso piano sovranazionale, anche nelle decisioni del giudice europeo.

La centralità del diritto alla vita e della sua dignità non consente di per sé di ricomprendere nei contenuti di esercizio di tale diritto e principio supremo ogni nuovo, problematico diritto dell'inizio e fine vita. E così, ad esempio, non può di certo considerarsi ricompreso nella dignità della vita *sic et simpliciter*, in assenza di una precisa scelta legislativa, l'eutanasia, quale espressione di un sottinteso diritto di morire, presupposto nella Costituzione. Certo la dignità nella sua portata polivalente, ma in una chiara visione della persona che è propria dello Stato costituzionale pluralista, sarebbe la cartina di tornasole più importante di una legge sul fine vita che, come si dirà, voglia finalmente porre una disciplina delle dichiarazioni anticipate di trattamento, prevedendo ipotesi ampie di autodeterminazione della persona nel fine vita e limitando il ricorso al diritto penale in tale drammatico ambito⁸. Anche sul versante dell'inizio vita, la centralità

⁷ Su cui *supra* si è ricordato, richiamando autorevole dottrina (Silvestri), come essa, più che termine del bilanciamento, sia la stessa "bilancia".

⁸ Anzi, sulla base della dignità, potrebbe la Corte pronunciarsi per auspicabilmente circoscrivere, la potenziale carica applicativa delle fattispecie di reato di

della dignità è concetto anche giuridico polivalente che non configura un illimitato diritto all'accesso alla procreazione assistita per ogni ragione e fine o alla selezione degli embrioni, per esempio, che non trovi ragionevole fondamento e meritevole tutela nell'esercizio di un diritto da considerare sempre nel confronto con gli altri diritti e interessi costituzionali coinvolti, tra i quali emerge, nei termini esaminati, quello stesso dell'embrione umano⁹.

La stretta connessione della dignità coi temi della bioetica non vincola insomma il legislatore in modo unilaterale circa i contenuti da assumere nella propria disciplina, ma in certo qual modo costituisce ulteriore fattore che richiede che sia assicurata una tutela dei diritti in bilanciamento e che questo avvenga in primo luogo tramite l'intervento del legislatore. L'inizio e il fine vita segnano importanti prove d'esame per la dignità, che mai può essere da sola considerata, ma che si riempie di contenuti e consente nuove forme di esercizio di diritti, in una lettura ampia e trasversale, nel complesso dei valori costituzionali. Dignità che è basilare nell'opera complessiva di bilanciamento tra diritti e interessi costituzionali coinvolti rimessa al legislatore; mentre l'assenza stessa di previsione normativa nell'ordinamento delle questioni che coinvolgono la dignità appare sempre più come un *vulnus*.

Nelle questioni delle bioetiche, in assenza di disciplina normativa atta a ricomprendere la concreta fattispecie che si pone in sede giudiziaria, il giudice deve comunque potersi pronunciare in forza del divieto del *non liquet*. Il tema del fine vita è emblematico al riguardo, come mostrano in particolare il caso Englaro e lo stesso caso Welby, con una differenza fondamentale tra gli stessi legata allo stato di coscienza o no di chi esprime, o ha previamente espresso neppure in

aiuto al suicidio o di omicidio del consenziente in relazione alle vicende tragiche del fine vita.

⁹ Non di diritto ma di "desiderio nella procreazione" parla V. FRANCO, *Bioetica e procreazione assistita: le politiche della vita tra libertà e responsabilità*, cit., 2005, 66. V. anche M. WARNOCK, *Fare bambini. Esiste un diritto ad avere figli?*, cit.; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, cit., 152 ss.

modo formale, la sua volontà¹⁰.

È chiaro che ci troviamo di fronte a una sfera intima, in cui rilevano la volontà della persona e gli spazi della sua legittima autodeterminazione. Ma per l'appunto lo spazio almeno delle condotte illecite deve essere chiaramente eterodefinito, altrimenti creandosi quelle condizioni di incertezza e variabile interpretazione, anche diretta di principi costituzionali, che determinano un non chiaro riferimento normativo da applicare al caso concreto in maniera inevitabilmente disomogenea da giudice a giudice.

Si sono esaminati i diversi casi in tema di inizio vita¹¹, in cui emerge l'apparente Giano bifronte della norma bioetica nella sua componente giudiziaria accanto a quella propriamente normativa; in realtà momenti *diversi*, ma complementari di disciplina della fattispecie, astratta e concreta, con capacità biunivoca di concorrere a dare auto-sufficienza all'ordinamento in temi così delicati e sensibili. La giurisprudenza, in altri termini, acquista quel rilievo ricordato di "legislatore interstiziale"¹² non solo a colmare ingiustificate lacune presenti nell'ordinamento per colpa di un legislatore silente, che appare talora politicamente pavido, ma anche in via assolutamente fisiologica per quel contenuto analizzato a maglie larghe, che *deve*, per quanto possibile, avere la norma bioetica, in modo da lasciare spazio al margine di applicazione della fattispecie al caso concreto, al fatto della vita spesso unico e tragico, da parte dei giudici, degli scienziati e dei medici. Un tale assetto può conoscere ipotesi gravi di cortocircuito, come nelle vicende su viste¹³, relative ai vaccini, al "metodo Di Bella" e, soprattutto, al "caso *Stamina Foundation*"; ma molto più frequentemente costituisce un proficuo, seppure non certo esente da criticità, modo di rapportarsi dei giudici, costituzionali e comuni, con l'appor-

¹⁰ Per una peculiare lettura parallela dei due differenti casi v. P. BECCHI, *La giustizia tra la vita e la morte. Welby, Englaro e il testamento biologico*, Giappichelli, Torino 2012, *passim*.

¹¹ Rilevandosi la dimensione costituzionale della stessa tutela dell'embrione nel ragionevole bilanciamento con altri diritti e libertà.

¹² L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, cit., XXVII.

¹³ V. *supra* cap. 1, par. 4.

to importante delle Corti sovranazionali, alla bioetica¹⁴.

Le questioni del fine vita, che non possono essere qui compiutamente approfondite nella complessità organica dei temi giuridici ed etici posti, rappresentano un ulteriore osservatorio, che appare confermare le diverse, evidenziate caratteristiche della *necessità* della norma bioetica che realizzi ragionevole bilanciamento, in cui adeguatamente assicurare una tutela minima dei plurali interessi, diritti e libertà in bilanciamento.

Il margine di discrezionalità, che il legislatore è legittimato a esercitare nelle questioni bioetiche, è limitato dallo spazio dei legittimi bilanciamenti e delle ragionevoli scelte. E la questione sul fine vita può essere bene sintetizzata, nei suoi essenziali termini, sia morali sia giuridici, in un passo di Soren Kierkegaard: “Quando la morte è il più grande pericolo, si spera nella vita; ma se si viene a conoscere un pericolo ancora più tremendo, si spera nella morte. Quando dunque il pericolo è così grande che la *morte è diventata la speranza*, la disperazione è la non speranza di non poter nemmeno morire”¹⁵.

Nel dibattito sul fine vita, invero, si intrecciano fatalmente, anche se in modo improprio, questioni diverse, come il tema del testamento biologico, il rifiuto di terapie e di cure di *life sustaining*, le cure palliative e il rifiuto dell'accanimento terapeutico, con il dibattito sull'eutanasia.

Il fine vita, nella pluralità delle visioni, presuppone di dare chiara sistemazione, anche concettuale, a una pluralità eterogenea di istituti relativi alla libertà di rifiutare le terapie e ogni trattamento, al divieto di eutanasia, “attiva” e “passiva”, al divieto di accanimento terapeutico che si inseriscono in un ampio crinale di condotte che si muovono su confini talvolta incerti, soprattutto quando dall'elaborazione teorica si passa a considerare in concreto le possibili condotte umane al termine della vita, che semmai emergono nella casistica giudiziaria.

Senonché proprio l'assenza di un quadro normativo di organico riferimento¹⁶ determina una profonda incertezza di fondo sulle con-

¹⁴ Non solo nell'analizzato ambito della fecondazione assistita.

¹⁵ S. KIERKEGAARD, *La malattia per la morte*, a cura di E. Rocca, Donzelli, Roma 2011, 20.

¹⁶ Come la legge n. 40, pur con tutti gli evidenziati limiti, in tema di inizio vita e accesso alla fecondazione assistita o la legge n. 194 in tema di interruzione volontaria

dotte lecite e non, sullo stesso piano della responsabilità penale, su cui giudici vengono chiamati periodicamente a pronunciare decisioni, che potranno anche essere lette come “politiche” e inevitabilmente sostitutive di un legislatore assente. Se il riconoscimento o il divieto di eutanasia va ricostruito come scelta rimessa alla discrezionalità del legislatore, è comunque necessario un quadro normativo che assicuri un’effettiva tutela di diritti e libertà coinvolti nel fine vita, in relazione alle terapie, da scegliere o da rifiutare, alla salute e dignità, che comportano anche libertà dalle sofferenze.

È vero che la Costituzione contiene principi che in tali vicende hanno dato prova di vitalità e capacità di diretta applicazione. Ma limitarsi a richiamare i principi costituzionali, in assenza di una disciplina legislativa che, in ossequio a quei principi, fissi regole generali di riferimento per le vicende del fine vita¹⁷, si traduce in un eccessivo carico rimesso alla magistratura, in un quadro normativo eccessivamente indeterminato in cui condotte analoghe potranno essere considerate lecite o penalmente rilevanti.

Il legittimo rifiuto delle terapie consente oggi al principio di autodeterminazione di comportare e accelerare anche l’esito ineluttabile della morte dell’individuo¹⁸, senza che questo si possa leggere come una surrettizia introduzione della legalizzazione di forme di eutanasia, muovendoci nell’ambito dell’esercizio di diritti contenuti nell’articolo 32 della Costituzione. Tutto ciò però ancora nell’ambito di un quadro giuridico non chiaro.

di gravidanza, su cui si è evidenziato *supra* il loro carattere di leggi costituzionalmente necessarie.

¹⁷ A partire dalle modalità di raccolta ed efficacia delle dichiarazioni anticipate di trattamento.

¹⁸ Nella copiosa dottrina v. G. U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l’art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2008, 85 ss.; S. GAMBINO, *Diritto alla vita, libertà di morire con dignità, tutela della salute. Le garanzie dell’art. 32 della Costituzione*, in *Forumcostituzionale.it*, 2009; C. TRIPODINA, “Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario”. *La difficile attuazione del diritto costituzionale al rifiuto delle cure tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo*, in *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, cit., 199.

Il cosiddetto “diritto di morire”¹⁹ è tema delicato e scivoloso sin dall’uso di una tale espressione, che presuppone la considerazione della morte non più mero evento, che produce effetti sul piano giuridico, ma quale oggetto di un diritto di libertà²⁰.

La più recente tecnologia in campo medico consente di far continuare la vita oltre quello, che in tempi non troppo distanti, sarebbe stato il momento naturale di fine vita. Il principio di libera autodeterminazione della persona non può non fare prevalere ancor più la volontà del paziente di limitare o rifiutare trattamenti, quando questi sono del tutto inutili e sproporzionati rispetto alla possibilità di creare dei miglioramenti o apportare ragionevoli benefici. È qui assente lo stesso obiettivo non solo di “guarire”, ma anche solo di recare giovamento alla persona. L’acclamato terapeutico va evitato perché si traduce nel rifiuto della propria condizione e nel mero desiderio di procrastinare “a tutti i costi” l’approssimarsi ineluttabile della morte. In questi casi non si tratta affatto di scegliere di interrompere la propria esistenza, ma semplicemente che il percorso naturale possa svolgersi e proseguire verso il suo naturale esito, evitando trattamenti che si configurerebbero quali interventi del tutto sproporzionati. Certo, la questione delicata e necessaria consiste nel delineare i confini tra ciò che è e ciò che non è eutanasia, tra ciò che può rientrare nell’ambito di esercizio dell’autodeterminazione e ciò che ne è al di fuori²¹.

Per fare in modo chiaro un esempio paradigmatico, la delicatis-

¹⁹ Autorevole “manifesto” di un tale “diritto” è quello di U. VERONESI, *Il diritto di morire. La libertà del laico di fronte alla sofferenza*, Mondadori, Milano 2005.

²⁰ Ampie considerazioni già in A. D’ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della “fine della vita”*, in *Pol. Dir.*, n. 4/1998, 601 ss; M. VILLONE, *Il diritto di morire*, Scriptaweb, Napoli 2011.

²¹ Peraltro, nel vuoto di interventi volti a dare una risposta concreta a tali interrogativi, al di là del rifiuto di legalizzare l’eutanasia, si verificano processi “migratori” di “turismo eutanasiaco” – espressione che appare un tragico ossimoro –, di persone che cercano risposte in quei Paesi dove è stata legalizzata la cosiddetta “dolce morte”. Per una complessiva analisi comparata delle esperienze, sia pure in continua evoluzione, v. F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, Milano 2008, 545 ss. È un fenomeno peraltro che fa da contraltare alle migrazioni, a cui si è assistito anche in Italia, soprattutto vigente il testo originario della legge n. 40, verso Paesi con una disciplina non fatta di meri divieti e limiti in tema di procreazione medicalmente assistita.

sima questione, se l'alimentazione e idratazione dei pazienti in stato vegetativo permanente costituisca terapia e atto medico oppure una cura che non può essere in ogni caso sospesa, *deve* essere risolta per legge, secondo quel modo illustrato del legiferare in bioetica. Solo nei confronti di una tale legge che semmai ritenga, come invero non appare preferibile alla luce proprio della complessiva considerazione dei valori coinvolti sul piano costituzionale²², che non possano mai essere sospese tali cure di *life sustaining*, potrebbero azionarsi, in un quadro di certezza, i rimedi previsti atti a ricondurre a ragionevolezza le scelte del legislatore²³.

Se l'eventuale introduzione dell'eutanasia in Italia non potrebbe che formare oggetto di una scelta rimessa alla discrezionalità del legislatore, una legge sul fine vita potrebbe, comunque, aiutare a circoscrivere il campo di applicazione del diritto e delle relative sanzioni penali.

Rispondere ai delicati interrogativi del fine vita, facendo riferimento ancora al solo quadro legislativo penale, di cui alle fattispecie dell'aiuto al suicidio e dell'omicidio del consenziente, sembra rispondere alle logiche di una società che non si vuole assumere a pieno le responsabilità di una disciplina del fine vita costituzionalmente orientata.

Lo stesso richiamo alla condizione di *disperazione* nelle situazioni del fine vita dovrebbe aiutare a sgomberare il campo da una soluzione – il ricorso al diritto e alle sanzioni penali – che appare dovere rivestire un ambito assai limitato, nello Stato di democrazia pluralista, nelle vicende del fine vita. Come evidenziato da tempo, in storica giurisprudenza, il ricorso al diritto penale è costituzionalmente illegittimo, se non costituisce un'*extrema ratio* nell'ordinamento, in quanto “sconcerta non poco”, scrive il giudice delle leggi sia pure relativamente a tutt'altra fattispecie, “il fatto che possa costituire illecito

²² Per la Cassazione nel caso Englaro, su cui avanti, “non v'è dubbio che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario... che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche”.

²³ Come per l'appunto analizzato in tema di inizio vita e legge n. 40.

to penale un comportamento che non solo non viola alcun valore costituzionalmente garantito ma non lascia intravedere neppure quale bene giuridico comprometta”²⁴. E aggiunge poi che “il diritto penale costituisce, rispetto agli altri rami dell’ordinamento giuridico dello Stato, l’*extrema ratio*, il momento nel quale soltanto nell’impossibilità o nell’insufficienza dei rimedi previsti dagli altri rami è concesso al legislatore ordinario di negativamente incidere, a fini sanzionatori”²⁵. L’applicazione di queste norme penali alle variegata, tragiche vicende del fine vita mal si concilia con il necessario giudizio di forte disvalore sociale che deve essere alla base delle condotte penalmente sanzionate, proprio perché il ricorso alla sanzione penale costituisce *extrema ratio* in un ordinamento democratico²⁶.

Il tema è quello di circoscrivere la portata del campo di applicazione dei reati rubricati agli articoli 579 e 580 del codice penale²⁷, nelle vicende del fine vita come nel noto caso Welby, in cui, su volontà del paziente, il medico procedette a sedazione del paziente e sospensione della respirazione artificiale con conseguente decesso. Nonostante l’esercizio dell’azione penale, fu pronunciata una decisione di non luogo a procedere nei confronti del medico, in una vicenda che ha fatto emergere una lacuna, nell’ordinamento, lamentata dagli stessi magistrati, ma anche l’esistenza e la portata di un diritto a rifiutare trattamenti, come il respiratore artificiale, mediante l’ausilio di un medico.

Sia chiaro: il diritto *alla* vita, nel nostro ordinamento, non può

²⁴ Considerato in diritto n. 1, Corte cost. sent. n. 189/1987, la cui importanza a fondamento del “principio del diritto penale come *extrema ratio*” è sottolineata da F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 33 ss.

²⁵ Considerato in diritto n. 4.

²⁶ Corte cost., sent. 364/1988. Il diritto penale dovrebbe essere fatto “da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di “rilievo costituzionale” e tali da esser percepite anche in funzione di norme “extrapenali”, di civiltà, effettivamente vigenti nell’ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare” (considerato in diritto n. 17).

²⁷ V. PUGLIESE, *Nuovi diritti: le scelte di fine vita tra diritto costituzionale, etica e deontologia*, Cedam, Padova 2009, spec. 67 ss.; C. LALLI, *I dilemmi della bioetica*, cit., spec. 48 ss.

essere inteso come diritto pieno *sulla vita*²⁸. Dunque, al di là della legittimità delle fattispecie di aiuto al suicidio e di omicidio del consenziente, di fronte alle tragiche ipotesi in cui si giunga alla decisione di “staccare la spina” – come viene impropriamente riferito, con brutta espressione giornalistica, il rifiuto di terapie di persone coscienti, ma anche di “cure” della natura dell’alimentazione e dell’idratazione forzata di persone, che hanno perso la coscienza e manifestato previamente una tale volontà – la remissione della regola alla norma e sanzione penali dovrebbe non trovare grande spazio.

Non un diritto di morire sembra potersi trarre dalla Costituzione, ma il principio di autodeterminazione e la libertà di rifiutare le terapie assegnano al legittimo esercizio della volontà espressa anche la possibilità di determinare la morte della persona. Ciò in modo più problematico, per l’assenza di attualità del consenso prestato, anche per il momento futuro, e semmai neppure previsto, in cui si perderà coscienza.

Pensare che per legge si possa decidere al posto, *rectius* contro la volontà dei singoli individui, nel senso di fare prevalere sempre e comunque il valore della vita, pure quando svuotato di contenuti essenziali, come nelle tragiche situazioni di stato vegetativo permanente, non sembra essere consentito in un ordinamento costituzionale, che rispetti i ragionevoli spazi dei principi di libertà e autodeterminazione²⁹. Principi, che certo incontrano limiti rispetto al valore costituzio-

²⁸ Cfr. tra gli altri F. CAVALLA, *Diritto alla vita, diritto sulla vita. Alle origini delle discussioni sull’eutanasia*, in *Diritto e società*, n. 1/2008, 11, che sottolinea il “paradosso” che emerge sul tema e, in generale, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. Le scelte esistenziali di fine-vita*, vol. 2, Giuffrè, Milano 2012; C. TRIPODINA, *Il diritto nell’età della tecnica. Il caso dell’eutanasia*, Jovene, Napoli 2004.

²⁹ Per letture critiche, anche talora divergenti, del principio di autodeterminazione nell’ordinamento costituzionale, v., ad esempio, *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, a cura di F. D’Agostino, Quaderni Iustitia, n. 5, Giuffrè, Milano 2012, in particolare L. ANTONINI, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, *ivi*, 11 ss.; R. BALDUZZI, *La tensione tra il principio di indisponibilità della vita umana ed il principio di autodeterminazione*, in *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, cit., 53 ss.; M. CARTABIA, *Alcuni interrogativi su libertà e autodeterminazione, nei casi di fine vita*, in *Il diritto e la vita*, a cura di A. D’Aloia, Jovene, Napoli 2011, 19 ss.; S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, cit.; F. G. PIZZETTI, *“Ai confini delle cure”: la sedazione palliativa (o terminale) tra diritto di non soffrire e diritto di morire*, in *Ai confi-*

nale del bene della vita, ma che non possono anche essere rinnegati nella stessa loro affermazione, che il giudice garantirà applicando direttamente la Costituzione³⁰.

In assenza di una disciplina legislativa che ponga espressi principi e regole generali per le situazioni tragiche del fine vita, in assenza non solo di una qualsiasi forma di previsione di ipotesi di lecita eutanasia ma di fronte anche all'ampio ricorso al diritto penale in tali ambiti, risulta forte nell'ordinamento, ma anche problematico nell'individuazione dello spazio di azione, il richiamo al principio di autodeterminazione della persona nelle cure mediche e l'articolo 32 della Costituzione nella sua ampia portata normativa anche negativa di rifiuto delle terapie. Il diritto alla salute comporta infatti, da un lato, uno spazio di libertà di scelta, ma anche, su altro piano esattamente speculare al precedente, la libertà di rifiutare ogni trattamento sanitario sino anche all'effetto di causare la propria morte, senza che questo possa essere assimilato ad alcuna condotta giuridicamente sanzionabile. Il diritto alla salute in altri termini ha come suo contenuto possibile, come noto, anche la scelta estrema del rifiuto di ogni terapia sino alla morte. E questo mai può essere scambiato con eutanasia: "il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale"³¹.

ni delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici, cit., 135 ss.; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, cit., 150 ss., che sottolinea la "inesistenza dell'autodeterminazione assoluta"; A. SPADARO, *I "due" volti del costituzionalismo di fronte al principio di autodeterminazione*, in *Pol. dir.*, n. 3/2014, 403 ss.; U. VERONESI, M. DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi. La proposta del testamento biologico*, a cura di L. Militeri, Sperling, Milano 2007; N. VICECONTE, *La sospensione delle terapie salvavita: rifiuto delle cure o eutanasia? Riflessioni su autodeterminazione e diritto alla vita nella giurisprudenza delle Corti italiane*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011.

³⁰ V. R. ROMBOLI, *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in *Quad. cost.*, 1/2009, 91 ss.

³¹ Cass. civ., I sez., 16 ottobre 2007, sent. n. 21748 (caso Englaro).

Le questioni certo sono complesse in relazione allo stato di perdita di coscienza³², dove è importante ogni strumento atto a consentire di ricostruire la volontà, non più “attuale”, del paziente. Non è un caso che la sentenza Englaro abbia avuto letture anche diametralmente opposte. E ciò costituisce ulteriore riprova dell’importanza di avere una legge che disciplini le questioni più controverse del fine vita. In tal senso, lo stesso ambito di autodeterminazione emerge come “principio costituzionale che imporrebbe l’esistenza di una legge”³³.

È chiaro a un tale riguardo l’importanza che ogni decisione di scelta o di rifiuto si ponga come adeguatamente informata circa le proprie condizioni personali e di salute per potersi definire ambiti di autentica libertà ed esercizio di autodeterminazione terapeutica, anche e soprattutto nel senso negativo del rifiuto di terapie³⁴.

La libertà di scegliere e rifiutare trattamenti e le stesse cure *life sustaining* trova uno spazio di azione, particolarmente sensibile sul piano costituzionale, quando riguarda una volontà rivolta a un tempo futuro e per eventi più o meno certi nel loro verificarsi. Si realizzano, come evidente, forme diverse di bilanciamento e situazioni quindi giuridicamente differenti nel caso di attualità del consenso prestato dalla persona che si trovi in piena capacità di disporre della propria volontà o invece di fronte a incapacità sopravvenuta del soggetto.

In quest’ultima condizione, si pone la questione giuridica relativa alle modalità di ricostruzione della volontà “presunta”³⁵ del paziente

³² *Amplius*, ad esempio, L. D’AVACK, *Il rifiuto delle cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, vol. *Il governo del corpo*, Giuffrè, Milano 2011, 1917 ss.

³³ A. POGGI, *Eutanasia*, in *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, a cura di A. D’Aloia, Jovene, Napoli 2011, 66.

³⁴ V., tra gli altri, R. CRISTIANO, *La disciplina delle dichiarazioni anticipate di trattamento tra tutela della vita, principio di autodeterminazione terapeutica e dignità umana*, in *Atti di produzione normativa e separazione dei poteri. Fine vita, vuoti legislativi e limiti dell’attività giurisdizionale*, a cura di F. R. De Martino, Arti grafiche la regione, Campobasso 2012, 105 ss.; F. MEOLA, *Sul diritto di rifiutare le cure fino a lasciarsi morire*, in *Dialoghi sulla dignità umana*, a cura di L. Chieffi, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, n. 1/2013, 87 ss.

³⁵ A. RAUTI, *Certus an, incertus quando: la morte e il diritto del paziente all’«ultima parola» fra diritto, etica e tecnica*, in *Thanatos e nomos. Questioni bioetiche di fine vita*, a cura di P. Falzea, Jovene, Napoli 2009, 250 ss.

e ai sistemi per riconoscere sul piano giuridico le volontà espresse precedentemente alla perdita di capacità, laddove da tali scelte, in particolare di rifiuto di cure e terapie, derivi la morte del paziente. E in questo caso ci troviamo di fronte a fattispecie disomogenee nel caso in cui il soggetto aveva già manifestato la propria volontà per la specifica situazione che si è determinata, consapevole che la stessa nel tempo si sarebbe realizzata, come nel caso di gravi malattie degenerative, oppure la volontà sia stata manifestata per un evento futuro, ma non concretamente prevedibile di un individuo sano che si pone la mera ipotesi di una futura, imprevedibile perdita di capacità. Una serie di fattori variabili su cui non può non rilevare, quando presente anche solo per il futuro, la volontà del malato espressa in dichiarazioni anticipate, che non possono non essere disciplinate in forme atte ad assicurare i plurimi interessi costituzionali coinvolti.

Si tratta di vicende in cui si incrociano situazioni di una doppia solitudine del paziente che non può più assumere la decisione e di chi deve comunque necessariamente decidere. È qui che straordinaria si apre la possibilità di ricorso a dichiarazioni anticipate di trattamento, in un'alleanza terapeutica tra medico e paziente capace di travalicare lo stesso limite temporale dell'attualità del consenso "a rendere edotto il medico di ogni elemento giudicato significativo al fine di far valere i diritti connessi alla tutela della salute e, più in generale, del bene integrale della persona"³⁶. Il combinato disposto di cui al capoverso dell'articolo 32 della Costituzione contiene principi fondamentali e regole capaci di segnare sia la futura disciplina legislativa del fine vita sia di fare emergere regole di immediata applicazione, in assenza della stessa *interpositio legislatoris*.

Il caso Englaro costituisce riprova anche a tale riguardo. Certo, la sentenza della Cassazione dimostra la liceità della condotta di condurre a morte un paziente in stato vegetativo permanente "irreversibile" sia in presenza di sue dichiarazioni, espresse in tal senso, sia quando una tale volontà possa essere solo desunta. In particolare, una tale istanza di interruzione di trattamenti di *life sustaining*, per la Cassazione, può essere accolta – come si legge nella sentenza –

³⁶ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, Presidenza del Consiglio, 18 dicembre 2003, disponibile *on line*.

quando “sia realmente espressiva, in base a elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l’idea stessa di dignità della persona”.

Sono note le polemiche dottrinarie e istituzionali, culminate anche in un conflitto di attribuzioni, e successive sentenze dello stesso giudice amministrativo, che lastrarono dolorosamente la strada che infine consentì al padre della Englaro di sospendere i trattamenti³⁷. Tale vicenda, ai fini del presente percorso di ricerca, costituisce sì riprova della capacità del nostro ordinamento di arrivare a fornire una tutela dei diritti e dell’autodeterminazione anche in caso di necessità di ricostruire *ex post* la volontà di un paziente divenuto incapace; ma dimostra anche quali difficoltà si pongono quando il necessario ampio spazio di interpretazione e applicazione del diritto al caso concreto non abbia alcuna fattispecie di riferimento, che invero è ritrovata, o “creata”, dal giudice per immediata applicazione di principi fondamentali della Costituzione.

Il nostro ordinamento, in assenza di una disciplina legislativa, al riguardo, ha saputo garantire, nel suo diritto giurisprudenziale, il diritto di rifiutare, anche mediante attuazione diretta dei principi della Costituzione, tali trattamenti³⁸. Questo, peraltro, come ricordato,

³⁷ Per un’analisi del caso Englaro dall’osservatorio costituzionale v., tra gli altri, M. E. BUCALO, *Profili costituzionali rilevanti nell’ambito del ‘caso Englaro’ e la necessità della disciplina legislativa sul ‘fine vita’*, in *Thanatos e nomos. Questioni bioetiche di fine vita*, a cura di P. Falzea, Jovene, Napoli 2009, 35 ss.; A. D’ALLOIA, *Il diritto di rifiutare le cure e la fine della vita. Un punto di vista costituzionale sul caso Englaro*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2009, 370 ss.; G. DI COSIMO, *La Cassazione tra coscienza e incoscienza*, in *Forumcostituzionale.it*; T. GROPPI, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in *Pol. dir.*, n. 3/2009; V. TONDI DELLA MURA, *Il “caso Englaro”, ovvero: dell’“invincibilità” della regola “perfetta”*, in *Il diritto e la vita*, cit., 73 ss.; C. TRIPODINA, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del “caso Englaro”)*, in *Giur. cost.*, n. 5/2008, 3723 ss.

³⁸ Grazie in particolare al combinato disposto degli articoli 13 e 32 della Costituzione.

non solo in presenza di una volontà presente, espressa dal paziente, come nei casi Welby e Novoli, ma anche, certo, con la necessità di verifiche necessariamente assai più complesse circa la ricostruzione del volere, in assenza di *attualità* di tale volontà, come paradigmaticamente nel caso Englaro. Quest'ultimo rappresenta la più nota e dibattuta applicazione diretta di principi costituzionali, in assenza di espressa disciplina legislativa, dove al di là della posizione favorevole o contraria³⁹ all'argomentazione addotta dai supremi giudici, emerge con forza la necessità di una disciplina che, rispettosa dei ragionevoli, e non illimitati, spazi rimessi all'autodeterminazione della persona, anche per il tramite di dichiarazioni anticipate, dia certezza del diritto in ambiti così controversi.

Il diritto, nel disciplinare la controversa materia delle scelte di fine vita, non può non tenere conto che se, da un lato, è forte l'esigenza di avere una normativa generale a garanzia della stessa certezza del diritto, dall'altro, ci si trova ad affrontare un ambito assai delicato e intimamente *individuale*, quello del fine vita, che rende problematica una fissità della disciplina che non tenga conto delle ragioni attinenti all'esperienza di ogni singolo individuo, del suo contesto sociale, culturale e familiare, dello spazio di legittima autodeterminazione.

Un quadro normativo, relativo almeno alle dichiarazioni anticipate di trattamento, appare ormai necessario e capace di assolvere a tale duplice rilevata esigenza costituzionale. La scienza e la stes-

³⁹ La vicenda Englaro ha suscitato reazioni anche segnatamente distanti in dottrina. In senso fortemente critico, rileva addirittura uno "stravolgimento del principio di legalità poiché con atti, più che di giurisdizione (di *ius dicere*), di sovranità (di *ius dare*), si è costruito non solo un controverso diritto di dare la morte, ma anche una scriminante procedurale". Così, F. MANTOVANI, *Autodeterminazione e diritto penale*, in *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, cit., 138. Oppure v. ancora la nota fortemente critica di commento di F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione*, in *Dir. pers. fam.*, 2008, 109 ss. o P. BECCHI, *L'imperialismo giudiziario. Note controcorrente sul caso Englaro*, in *Rivista Internaz. filos. dir.*, n. 3/2009, 379 ss. Mentre M. CARTABIA, *Alcuni interrogativi su libertà e autodeterminazione nei casi di fine vita*, cit., 28 considera che "per quanti sforzi siano stati fatti per ricondurre la decisione riguardante Eluana Englaro al diritto di autodeterminazione.... qualcuno... ha deciso "per lei", non "con lei", come invece ha voluto affermare la Corte di Cassazione".

sa coscienza del medico certo svolgono un ruolo fondamentale nel formare e nell'orientare la volontà consapevole del paziente, ma non possono legittimamente sostituirsi alla volontà di chi, in definitiva, è il destinatario del trattamento sanitario. Sicché, se il paziente non è più in grado di esprimere il proprio consenso, dovrà tenersi conto di quanto da lui precedentemente disposto.

Certo, l'interrogativo giuridico fondamentale riguarda, in realtà, la scelta delle forme e modi, mediante i quali l'ordinamento può regolare, consentendo o limitando, la formulazione e la realizzazione della volontà dell'individuo nel fine vita⁴⁰, gli ambiti formali e contenutistici dell'autodeterminazione della persona. La legge potrà regolare, in queste drammatiche vicende umane, il peso da dare al volere dei familiari o dei terzi, mediante appositi istituti; ma non dovrebbe potere decidere al posto di chi ha già espresso, in direttive anticipate, un volere preciso e *consapevole* per quella condizione che poi tragicamente è incorsa sulla sua persona.

Le direttive anticipate sono in fondo una trasposizione nel tempo dell'istituto del consenso informato, quale istituto fondamentale nelle questioni bioetiche, corollario di esercizio di diritti fondamentali, come evidenzia la Corte costituzionale⁴¹.

Una delle questioni fondamentali nel fine vita riguarda proprio il caso in cui l'individuo perda la propria capacità di intendere e di vo-

⁴⁰ “Nella centralità della persona umana nella sua autonomia”. Così, V. PUGLIESE, *Nuovi diritti: le scelte di fine vita tra diritto costituzionale, etica, deontologia medica*, cit., 2.

⁴¹ Corte cost., sent. n. 438/2008, considerato in diritto n. 4: il “consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'articolo 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli articoli 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale è inviolabile», e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Numerose norme internazionali, del resto, prevedono la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti medici”. Sentenza commentata, tra gli altri, da R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Rivista AIC*, 2009 e da C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in *Forumcostituzionale.it*.

lere e non sia quindi più in grado di disporre liberamente circa i trattamenti sanitari e le cure da ricevere mediante consenso informato, che naturalmente comporta anche la possibilità di rifiutare le stesse sino all'esito ultimo della morte. È un istituto che ha alle spalle molteplici riferimenti nel diritto comparato, e non solo negli ordinamenti anglosassoni⁴², ma che in Italia per la rilevata difficoltà del legiferare in bioetica non ha ancora trovato un'espressa disciplina.

Laddove il consenso informato da parte del paziente non può essere raccolto per lo stato di incapacità sopraggiunto, si tratta di verificare il rilievo che può assumere la dichiarazione di volontà resa prima dal paziente stesso proprio in vista o per l'eventualità di un evento che ne comporti la sopravvenuta incapacità di rendere consenso informato alle cure e terapie o di rifiutare le stesse. In tal senso vi è un'indubbia connessione tra consenso informato e dichiarazioni anticipate di trattamento⁴³, ma è altrettanto evidente che l'attualità del volere manifestato nel consenso informato o, invece, la lontananza nel tempo, nelle dichiarazioni di fine vita, rendono le fattispecie non analoghe e differenti le questioni correlate⁴⁴.

La questione fondamentale riguarda, in assenza di una espressa previsione legislativa di disciplina, la natura da riconoscere a tali manifestazioni di volontà, in particolare se tali dichiarazioni costituiscono mere "direttive" o un vero e proprio "testamento" di vita. Come si ebbe già modo di sostenere, appare preferibile fare "riferimento non a espressioni quali testamento di vita, biologico o altre, bensì al termine direttive anticipate e utilizzare un tale *nomen juris* vuole fare emergere quale elemento significativo della natura di queste dichiarazioni la loro natura per l'appunto di "direttive", come tali vincolanti relativamente alla direzione che indicano, ma non necessariamente in tutto il loro contenuto, che peraltro non potrà non formare oggetto di valutazione

⁴² Cfr. le riflessioni sul tema di A. SANTOSUOSSO, *A proposito di "living wills" e di "advance directives": note per il dibattito*, in *Pol. dir.*, 1990, 477 ss.

⁴³ Quale "estensione logica del principio del consenso informato", secondo C. VIGILANTI, *Le d.a.t. (dichiarazioni anticipate di trattamento), ovvero quando il diritto diventa latitante*, in *Forumcostituzionale.it*, 2009, 22.

⁴⁴ L. BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in AA. VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Il Sole 24 ore, Milano 2006, 95.

e interpretazione *in primis* da parte dello stesso medico”⁴⁵.

Il consenso informato e le dichiarazioni anticipate sono strettamente tra di loro connesse e vanno lette con l’importante apporto del medico in chiave di alleanza terapeutica alla luce dell’ausilio medico nella formazione delle stesse⁴⁶. Esse costituiscono espressione del principio di autodeterminazione, a cui offrono ambiti consapevoli di emersione della volontà del paziente rispetto ai trattamenti sanitari e cure presenti e futuri.

Certo, la non attualità del consenso, rispetto alla condizione che si intende regolare mediante una proiezione nel tempo di un proprio, ipotetico volere, lascia alcune questioni aperte. È chiaro poi che nella decisione che porta il paziente, nelle scelte di fine vita, a intraprendere un trattamento medico piuttosto che un altro o di non iniziare o ancora di interrompere la terapia, occorre che questi non venga lasciato solo. Il ruolo del medico deve restare fondamentale, anche nel caso di regolamentazione delle dichiarazioni o direttive anticipate di trattamento; ma la decisione informata del paziente ha di certo priorità. E nella relazione medico-paziente risulta fondamentale, come strumento propedeutico alla formazione di una volontà veramente autodeterminata, il dialogo con il medico curante, un dialogo che accompagni con le dovute informazioni, non solo tecniche, le decisioni del paziente ed il paziente stesso come “persona”. Solo attraverso un vero dialogo, biu-

⁴⁵ A. PATRONI GRIFFI, *Le direttive anticipate: brevi note*, in *Progressi biomedici tra pluralismo etico e regole giuridiche*, a cura di R. Prodrorno, Torino 2004, 233. V. anche C. VENDITTI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento e autodeterminazione*, in *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, a cura di F. Preite, A. Gazzanti Pugliese, Utet, Torino 2011, 30 ss.

⁴⁶ In tema dichiarazioni anticipate di trattamento cfr. tra gli altri F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, cit.; R. CRISTIANO, *La disciplina delle dichiarazioni anticipate di trattamento tra tutela della vita, principio di autodeterminazione terapeutica e dignità umana*, cit.; C. PICIOCCHI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento: dare “forma al vuoto”*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016; A. PIOGGIA, *Il disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento: esempi di fallimenti e di molte occasioni perdute nell’attuazione della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it.*; C. VIGILANTI, *Le d.a.t. (dichiarazioni anticipate di trattamento)*, cit.; A. D’ALOIA, *“Diritto” e “diritti” di fronte alla morte. Ipotesi e interrogativi intorno alla regolazione normativa dei comportamenti eutanasi*, in *Bioetica e diritti dell’uomo*, cit, 207.

nivoco, il medico potrà, nell'indicare cure e trattamenti, avere presente l'individuo nella sua totalità fatta di mente e corpo⁴⁷.

Questo percorso dovrebbe portare a realizzare davvero un "consenso informato", che troppo spesso si risolve invece in un mero "consenso firmato"⁴⁸. La scelta del paziente non è meno libera e autonoma quando è accompagnata dall'informazione medica. Anzi, il contrario: tale decisione sarà molto meno libera e autonoma quando il paziente si sente solo, isolato, abbandonato nel suo rapporto con il medico o con la propria rete familiare e sociale di affetti. Non può che essere una rete di relazioni larghe a dotare dei necessari supporti tecnici e affettivi, a dare dignità morale nella scelta individuale sulla cura, meglio sulla scelta di quale trattamento e della stessa scelta di rifiutare gli stessi. È possibile però almeno ribadire, in principio, un possibile spazio rimesso alle direttive anticipate, nel senso che "il riconoscimento delle direttive anticipate non consente dunque di disporre più di quanto è rimesso nel nostro ordinamento all'autodeterminazione della persona; permette però di fare acquisire valore alla dichiarazione di volontà di una persona che semmai non sarà più in grado, nel verificarsi di un certo accadimento, di prestarla"⁴⁹. È vero anche che forse – in assenza di un'espressa disciplina relativa al testamento biologico, su cui da tempo è in corso un acceso dibattito⁵⁰ politico-parlamentare, ma anche in dottrina – esiste già un ambito di azione delle direttive anticipate di trattamento, proprio attraverso la ricostruzione del legittimo rifiuto delle cure e del divieto di acca-

⁴⁷ Sui diversi profili del rapporto terapeutico v. *amplius* C. CASONATO, F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in *Trattato di biodiritto*, cit., vol. I *diritti in medicina*, 39 ss.

⁴⁸ N. TODESCHINI, *Dal consenso firmato al consenso informato*, in *Personaedanno.it*, 30 maggio 2010.

⁴⁹ A. PATRONI GRIFFI, *Le direttive anticipate: brevi note*, in *Progressi biomedici tra pluralismo etico e regole giuridiche*, cit., 229 s. V. anche C. VENDITTI, *Sulle direttive anticipate di trattamento sanitario*, in *Dir. Giur.*, 2007, 181 ss. e *amplius* F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, spec. 183 ss. e *passim*.

⁵⁰ Cfr. *amplius* le diverse posizioni in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Società & diritto n. 1/2006, il Sole 24 Ore. Ma v. da ultimo il documento elaborato dal "Cortile dei Gentili" disponibile anche sul sito on line.

nimento terapeutico. Tutto ciò però, oggi, nell'ambito di un quadro giuridico non chiaro, di fronte ai casi di perdita di coscienza, di idratazione e nutrizione artificiale⁵¹, che espongono il medico a eccessiva responsabilità, senza certezza del diritto.

Di qui l'ineludibilità che le iniziative legislative sul tema si riescano finalmente a tradurre in un'adeguata disciplina, che certo non segni passi indietro rispetto a quanto già oggi consente l'ordinamento.

2. *Una riflessione conclusiva*

Le frontiere della bioetica sono in continua evoluzione ed è impossibile prevederne i limiti, se non attraverso una disciplina giuridica duttile e flessibile, "elastica" e "leggera"⁵². La disciplina legislativa dovrebbe senza dubbio svolgere una scelta, la più largamente condivisa, su alcune opzioni di fondo⁵³, che si traducano, per quanto possibile, in norme che lascino adeguati spazi di modulazione tanto alle prassi e alle decisioni mediche tanto all'opera dei giudici, i quali saranno chiamati, nelle diverse sedi, ad applicare la norma alla fattispecie concreta.

In bioetica la legge deve intervenire. Nel farlo non può tutto prevedere. Lo spazio rimesso al giudice nell'applicare il diritto al caso concreto riveste un ruolo decisivo. La regola in bioetica non può tradursi in disciplina di dettaglio, fatta da meri ordini, divieti e limiti stringenti, come emblematicamente quello caduto sotto la scure della Corte del numero massimo di produzione di tre embrioni. O meglio gli eventuali, limitati, ragionevoli divieti devono essere frutto di

⁵¹ P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, cit., spec. 233 ss., 238; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, cit., 181 ss.

⁵² Da tempo, ampia dottrina sottolinea la necessità di ricorrere a un tale modo di normare in tema di bioetica. Per alcuni riferimenti a tale posizione, v. già L. BUFONI, *Le fonti nazionali del biodiritto: alcuni appunti per una teoria della "sovranità" dell'individuo nella produzione giuridica*, cit., 6, spec. nt 29, che richiama in tal senso scritti di Borsellino, Casonato, Chieffi, Gambino, Gianformaggio, Manfrellotti, Patroni Griffi, Perlingieri, Rodotà, Rimoli, Veronesi, Volpi, Zatti.

⁵³ Come visto nel cap. 2.

un'impostazione valoriale di fondo, ampiamente e fortemente condivisa, volta ad assicurare una disciplina normativa delle questioni bioetiche, che voglia dare certezza e tutela minima alle richiamate plurime esigenze costituzionali, ma anche effettività giuridica alla propria regolazione⁵⁴.

L'adozione di una disciplina giuridica delle principali questioni bioetiche non può quindi risolversi in un eccesso di interventismo e nell'enucleazione particolareggiata di concreti comportamenti consentiti o vietati dall'ordinamento giuridico. La "norma bioetica" dovrebbe, al contempo, fissare chiare scelte di principio e opzioni regolatorie, ma lasciare poi spazi *concreti* di modulazione in via interpretativa a medici e giudici. La necessità di una disciplina giuridica a maglie larghe deriva, inoltre, dalla accennata velocità del progresso medico-scientifico, che potrebbe configurare come irragionevoli o rendere rapidamente "antiquate" questioni regolate nel dettaglio⁵⁵.

Di fronte ai due analizzati rischi, apparentemente agli antipodi, in realtà tra di loro correlati, della "politica irragionevole" e dei "giudici legiferanti", occorre invece porre le basi di una sorta di "leale cooperazione" di legislatore e giudici in bioetica⁵⁶. La bioetica richiede sia un "diritto per principi" sia un "diritto per regole"⁵⁷ e in entrambi tali spazi legislatore e giudici rivestono un ruolo fondamentale. Nel ritrovamento della regola concreta, anche quando la legge riesce a essere sufficientemente dettagliata, nei limiti di ragionevolezza, fondamentale è il compito rimesso al giudice, che si trova di fronte a un

⁵⁴ Si è visto *supra* nel cap. 2, par. 3, quale situazione si determini invece in tema di embrioni sovranumerari, ad esempio.

⁵⁵ Come sottolineato già *supra* in *Premessa*.

⁵⁶ Come scrive A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, cit., 14 ss. V. già tra gli altri A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà; una storia tra diritto e scienza*, Raffaello Cortina, Milano 2001, 302 ss.; C. TRIPODINA, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale, La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, a cura di M. Cavino, C. Tripodina, Giuffrè, Milano 2012, 78, che sottolinea comunque la "primazia della decisione legislativa".

⁵⁷ G. ZAGREBELSKY, *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli 2006, 46.

“evento” della vita che diviene quel “fatto processuale” – grazie agli apporti delle parti, loro difensori, consulenze, testimoni, ecc. – su cui sarà adottata la decisione. Ma nella stessa elaborazione del principio, anche quando espresso dal legislatore, e ancor più quando implicito, perché semmai derivante dalla lettura trasversale di una pluralità di disposizioni o ricavato dall’ordinamento, il ruolo dei giudici resta determinante. Se poi la giurisprudenza, nel vuoto normativo, riesce a delineare un “diritto vivente” su questioni controverse della bioetica, essa facilita di molto il compito rimesso alla politica e il successivo intervento normativo⁵⁸.

Tanto in presenza di una disciplina legislativa tanto in colpevole assenza dell’intervento legislativo sarà comunque il giudice, con l’auspicabile ausilio della scienza, a ricavare la “regola del fatto” da applicare al caso concreto. In tal senso è stato rilevato un “rincorrersi continuo”, anzi “il reciproco completamento tra dimensione legislativa e dimensione giudiziaria”⁵⁹, o meglio tra formulazione legislativa e “formulazione giudiziaria” del diritto⁶⁰.

In realtà, la stessa contrapposizione in bioetica tra “principilismo” e “casistica”⁶¹ acquista una valenza descrittiva nel biodiritto, laddove emerge il necessario superamento di ogni prospettiva di schematica contrapposizione. Il biodiritto è un processo al contempo deduttivo, che parte dai principi per risolvere i casi concreti, e induttivo, che muove dallo studio delle esperienze e dalla casistica per arrivare a una definizione generale a livello di principi. Fermo restando il connaturato, diverso ruolo svolto dalla giurisprudenza in un ordinamento a diritto scritto rispetto a quello assunto nei Paesi di *common law*.

⁵⁸ Mentre va evitata una legge che neghi i “capisaldi” di un diritto vivente che emerga chiaro negli orientamenti giurisprudenziali. Così S. STAIANO, *Legiferare per dilemmi sulla fine della vita*, in *Federalismi.it*, n. 9/2012, 21.

⁵⁹ A. D’ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., XVI.

⁶⁰ Secondo l’espressione di P. CALAMANDREI, che pure criticava la ricostruzione del “diritto libero”, quale “scatola vuota” riempita dai giudici, come ricorda G. ALPA, *Un atto di “fede nel diritto”*, in *Piero Calamandrei. Fede nel diritto*, a cura di S. Calamandrei, Laterza, Roma 2008, 45 ss.

⁶¹ Per una ricostruzione v. E. LECALDANO, *Bioetica*, in *Storia della scienza*, in *Treccani.it, ad vocem*.

La legge non è mai autosufficiente, tanto meno in bioetica, ma neppure può esserlo la giurisprudenza, come appare emergere in quei settori in cui l'intervento dei giudici si è prodotto in assenza di disciplina legislativa, semmai anche applicando direttamente, nel silenzio del legislatore, principi costituzionali, sulla base dei quali è giunta a definire, sia pure problematicamente, questioni assai controverse⁶².

L'assenza di una qualche disciplina legislativa sulle questioni della bioetica lascia in definitiva alla giurisprudenza non solo la necessità di ricavare le "regole" da applicare, ma si risolve anche nel chiedere implicitamente al giudice di andare a individuare gli stessi principi a fondamento della concreta condotta da osservare, assumendo per tale via un improprio ruolo precipuamente politico di individuazione e quindi anche di "rappresentanza" degli interessi da considerarsi prevalenti nella società. È la legge, invece, e non la sentenza di un giudice, che deve necessariamente assumere un tale ruolo.

L'assunto "meglio nessuna legge che una cattiva legge" non appare condivisibile. Perché nessuna legge significa solo che la regola sarà individuata non in via normativa, ma in sede di applicazione diretta dei principi, con esito diverso da giudice a giudice, senza adeguata tutela dei soggetti deboli e interessi costituzionali coinvolti, senza un quadro di riferimento per gli operatori sanitari, senza alcuna certezza del diritto né assunzione di responsabilità politica per la posizione assunta da governo e parlamento.

Nei confronti di una "cattiva" legge, peraltro, come quella sulla fecondazione assistita, l'ordinamento, come visto, ha potuto attivare degli anticorpi rappresentati dalla tutela giudiziaria dei diritti, soprattutto grazie ai contributi del giudice sovranazionale europeo, e agli strumenti del sindacato di costituzionalità sulle leggi. Finché invece il legislatore non si attiva, cioè nel caso di "nessuna" legge, come nelle vicende analizzate dell'inizio vita prima dell'adozione della legge n. 40 oppure nel fine vita, in tema di sospensione di terapie vitali in stati di incoscienza e di dichiarazioni anticipate di trattamento, al giudice viene rimesso un ruolo di fatto "creativo" del diritto che si estrinse-

⁶² Come visto in tema di fecondazione *post mortem* o maternità surrogata prima della legge n. 40/2004 o nella "sentenza Englaro" nell'ambito del fine vita, su cui v. il precedente paragrafo.

ca nell'interpretazione conforme, ma anche nell'applicazione diretta della Costituzione⁶³. Il rischio è quello di un giudice che, senza l'intermediazione legislativa, vada in sostanza a interpretare direttamente istanze presenti e vive nella società, ma non ancora "trasformate" in diritto.

Si tratta di questioni che sono anche intrinsecamente di natura politica, che dovrebbero trovare soluzione nel principio di rappresentanza nella sede parlamentare⁶⁴. Per contro, in assenza di una cornice normativa, il giudice dovrà comunque ritrovare la norma da applicare al caso concreto su di un crinale sempre più incerto tra lo *ius dicere* e la *legis latio*, quando l'ermeneutica giudiziaria diviene spazio creativo di nuovo diritto. È un'operazione, e un rischio, quasi ineliminabile in una società complessa, come quella odierna, in particolare proprio nei temi dei confini della vita e nei risvolti bioetici delle applicazioni biotecnologiche⁶⁵. Ma, in tal senso, è ancor più forte l'esigenza di un quadro normativo elaborato nella sede politica, che offra al giudice una fattispecie generale e astratta in cui inquadrare il caso rimesso al suo giudizio⁶⁶, sia pure oltre un difficile, se non anacronistico, giudizio meramente sillogistico.

Il vuoto legislativo comporta inevitabilmente il consolidarsi di ampi spazi di intervento da parte di organi e in sedi non politiche con una diretta interpretazione di istanze provenienti dal corpo sociale da

⁶³ R. ROMBOLI, *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, cit., 91 ss.

⁶⁴ N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. cost.*, 2015, 919 ss., che anzi sottolinea "la banale verità che la discrezionalità legislativa si esercita non solo nella espressione di nuove scelte normative, ma anche nella stessa tacita conservazione, nel tempo, delle opzioni normative già affermate" e che "quel che non si decide in sede politico-rappresentativa, non per ciò solo va deciso in altre sedi" (*ivi*, spec. 928). V. anche M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, spec. 1664, sull'importanza che la politica assuma il proprio ruolo, senza per questo naturalmente "ridurre la giurisdizione a semplice *technè* e il giudice ad *automate*".

⁶⁵ Ma anche del diritto interculturale o della società dell'ICT, ad esempio.

⁶⁶ Su come tale "norma bioetica" vada adottata, sul piano formale e dei contenuti, v. *supra* cap. 1, parr. 1 e 2. Su come tale disciplina generale e astratta debba riconoscere adeguati spazi sia all'autodeterminazione della persona sia all'applicazione della fattispecie al caso concreto v. *supra* in particolare cap. 1, parr. 2 e 3.

parte delle diverse autorità giurisdizionali. Nel silenzio, frutto spesso di debolezza e inadeguatezza, della politica, si determina una inevitabile, diretta, e quasi illimitata, interpretazione delle istanze provenienti dal corpo sociale da parte dei giudici⁶⁷. L'autorità giudiziaria, in assenza di una disciplina normativa settoriale, non può che ricavare, *rectius* produrre, la norma dai valori di fondo dell'ordinamento, ricorrendo direttamente all'applicazione dei principi anche di rango costituzionale, ma altresì correndo il rischio di adottare soluzioni che ben possono essere, esse stesse, oltre che discordanti, irragionevoli e criticabili, quanto e più di quelle della politica. In assenza di ogni espressa disciplina legislativa in ambito bioetico, quando ovverosia neanche gli "orizzonti" sono in alcun modo "segnati dalla legge"⁶⁸, i giudici si trovano ad assumere soluzioni che acquistano necessariamente valenza politica, ponendosi in sostanza quali interpreti di *mores*, più che delle leggi.

Rispetto a un tale orizzonte, non si tratta in alcun modo di vagheggiare un ritorno al formalismo giuridico e all'anacronistico mito liberale del giudice *bouche de la loi*, ma si tratta di comprendere appieno i pericoli e anche i limiti insiti di un diritto giurisprudenziale che si muova in bioetica nell'assordante silenzio della legge.

⁶⁷ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 237 ricorda che "il diritto di ogni Stato moderno mostra in moltissimi punti l'influenza sia della moralità sociale accettata sia di ideali morali più ampi" e che "queste influenze agiscono sul diritto sia bruscamente e apertamente attraverso la legislazione, sia silenziosamente o gradualmente attraverso il procedimento giudiziario".

⁶⁸ Sono immagini di P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Ponte alle grazie, Milano 2006, 272 s. che individua nell'orizzonte normativo in cui muoversi il presupposto affinché la giustizia possa svolgere la sua funzione, senza travisarla.

BIBLIOGRAFIA

- S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. Le scelte esistenziali di inizio-vita. Le scelte esistenziali di fine-vita*, 2 voll., Giuffrè, Milano 2012.
- S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, in *Forumcostituzionale.it*, 2009.
- S. AGOSTA, *Il c.d. metodo Stamina tra libero sviluppo della ricerca scientifica ed integrità della vita umana*, in *Confronticostituzionali.eu*.
- Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, a cura di P. Macchia, Esi, Napoli 2012.
- M. AINIS, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, a cura di A. D'Aloia, Giappichelli, Torino 2005.
- U. ALLEGRETTI, *Verso una nuova forma di democrazia: la democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, n. 3, 2006.
- U. ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011.
- G. ALPA, *Un atto di "fede nel diritto"*, in *Piero Calamandrei. Fede nel diritto*, a cura di S. Calamandrei, Laterza, Roma 2008, 45 ss.
- F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg., VI, 2015, 375 ss.
- L. ANTONINI, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, a cura di F. D'Agostino, Quaderni Iustitia, n. 5, Giuffrè, Milano 2012, 11 ss.
- Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, a cura di F. D'Agostino, Quaderni Iustitia, n. 5, Giuffrè, Milano 2012.
- G. BALDINI, *Cade il divieto di PMA eterologa: prime riflessioni sulle principali questioni*, in *Vita notarile*, n. 2/2014.
- G. BALDINI, *Diagnosi genetica pre-impianto nell'evoluzione normativo-giurisprudenziale*, in *Altalex.com*, 2012.
- G. BALDINI, *Libertà di ricerca scientifica e divieto assoluto di indagine sull'embrione. Legge 40/04 di nuovo a giudizio*, in *Vita Notarile*, n. 3/2015, 1145 ss.
- G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Giappichelli, Torino 1999.
- V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologa*, in *Dirittifondamentali.it*, 2014.
- A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino 1997.

- A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, Roma 1989.
- R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Rivista AIC*, 2009.
- R. BALDUZZI, *La tensione tra il principio di indisponibilità della vita umana ed il principio di autodeterminazione*, in *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, a cura di P. Macchia, Esi, Napoli 2012, 53 ss.
- L. BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Il Sole 24 ore, Milano 2006, 89 ss.
- A. BARAK, *La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l'amministrazione della giustizia*, in *Pol. dir.*, n. 1/2003, 3 ss.
- P. BARILE, *Il principio di ragionevolezza nella Giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, Giuffrè, Milano 1994, 21 ss.
- S. BARTOLE, *Ammonimenti e consigli nuovi in materia di referendum e di aborto*, in *Giur. cost.*, 1, 1981, 140 ss.
- F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Giappichelli, Torino 1987.
- P. BECCHI, *Bioetica e implicazioni giuridiche. Una mappa dei problemi*, in *Percorsi tra bioetica e diritto: alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi, P. Giustiniani, Giappichelli, Torino 2010, 17 ss.
- P. BECCHI, *La giustizia tra la vita e la morte. Welby, Englaro e il testamento biologico*, Giappichelli, Torino 2012.
- P. BECCHI, *L'imperialismo giudiziario. Note controcorrente sul caso Englaro*, in *Rivista Internaz. filos. dir.*, n. 3/2009, 379 ss.
- G. BERLINGUER, *Le frontiere della bioetica. Domande e risposte su nascita, genetica, clonazione, salute*, a cura di E. Mancini, A. Morelli, Giunti, Napoli 2004.
- S. BIANCHETTI, *Procreazione medicalmente assistita, diagnosi preimpianto e (fantasmi dell') eugenetica*, in *Giur. it.*, 6, 2006, 1153 ss.
- R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa*, in *Atrid-online.it*, n. 91, 2009.
- R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Franco Angeli, Milano 2008.
- R. BIN, G. Brunelli, A. Pugiotta, P. VERONESI, *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma etero-sessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino 2010.
- R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano 1992.
- R. BIN, *La Corte e la scienza*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2005 (ma disponibile anche on line in *Robertobin.it*).

- R. BIN, *La libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in *Alle frontiere del diritto. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano 2011, 215 ss.
- Bioetica e diritti dell'uomo*, a cura di L. Chieffi, Paravia – Bruno Mondadori, Torino 2000.
- Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Giappichelli, Torino 2005.
- N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino 1958.
- R. BODEI, *Illimitatezza dei desideri ed erosione delle norme*, in *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, con Introduzione di P. Barcellona, Dedalo, Bari 2001, 59 ss.
- M. BONI, *La politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva*, in *Federalismi.it*, 2014.
- P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Raffaello Cortina, Milano 2009.
- G. BRAIBANT, *Pour une grande loi*, in *Pouvoirs*, 1991, 113 ss.
- M. E. BUCALO, *Profili costituzionali rilevanti nell'ambito del 'caso Englaro' e la necessità della disciplina legislativa sul 'fine vita'*, in *Thanatos e nomos. Questioni bioetiche di fine vita*, a cura di P. Falzea, Jovene, Napoli 2009, 35 ss.
- L. BUFFONI, *Le fonti nazionali del biodiritto: alcuni appunti per una teoria della "sovranità" dell'individuo nella produzione giuridica*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2010.
- P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Ponte alle grazie, Milano ried. 2006.
- M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano 1984.
- I. CARLOTTO, *I nuovi diritti e l'identità biologica*, in *Dir. società*, n. 3/2014, 561 ss.
- M. CARTABIA, *Alcuni interrogativi su libertà e autodeterminazione, nei casi di fine vita*, in *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, a cura di A. D'Aloia, Jovene, Napoli 2011, 19 ss.
- M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Cortecostituzionale.it*, 2013.
- C. CASONATO, F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, vol. *I diritti in medicina*, Giuffrè, Milano 2011, 39 ss.
- C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, 2005 e in *Biodiritto in dialogo*, a cura di C. Casonato, C. Piciocchi, Cedam, Padova 2006, 7 ss.
- C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in *Forumcostituzionale.it*.
- C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino 2012.
- C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confrontocostituzionali.eu*, 2014.
- C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *La medicina dei tribunali*, a cura di L. Chieffi, Cacucci, Bari 2016, 25 ss.

- C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 157 ss.
- E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, *Rivista AIC*, 4/2015.
- A. CATANIA, *Purezza del diritto e politicità delle decisioni*, in *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, con Introduzione di P. Barcellona, Dedalo, Bari 2001, 25 ss.
- F. CAVALLA, *Diritto alla vita, diritto sulla vita. Alle origini delle discussioni sull'eutanasia*, in *Diritto e società*, n. 1/2008.
- A. CELOTTO, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. Cost.*, 2006, 3846 ss.
- A. CELOTTO, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità!*, in *Forumcostituzionale.it*, 2004.
- A. CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza delle “fattispecie dubbiose”*, in *Giur. it.*, 1, 1999, 166 ss.
- M. CHARLESWORTH, *L'etica della vita. I dilemmi della bioetica in una società liberale*, trad. G. Gozzini, Donzelli, Roma 1996.
- L. CHIEFFI, *Aborto e Costituzione*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, Paravia – Bruno Mondadori Editori, Torino 2000.
- L. CHIEFFI, *Dignità umana e sviluppi del principio personalista*, in *Dialoghi sulla dignità umana*, a cura di L. Chieffi, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, n. 1/2013, 3 ss.
- L. CHIEFFI, *Introduzione. Prospettive di dialogo tra Scienza e Diritto*, in *La medicina nei Tribunali*, a cura di L. Chieffi, Cacucci, Bari 2016, 9 ss.
- L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, a cura di L. Chieffi, Paravia – Bruno Mondadori, Torino 2000.
- L. CHIEFFI, *La diagnosi genetica nelle pratiche di fecondazione assistita; alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra le ragioni dell'impianto dell'embrione e quelle della donna ad avviare una procreazione cosciente e responsabile*, in *Giur. Cost.*, 2006, 4730 ss.
- L. CHIEFFI, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le «due culture»*, in *Federalismi.it*, n. 21/2015.
- L. CHIEFFI, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto*, in *Giur. Cost.*, n. 6/2015, 2111 ss.
- L. CHIEFFI, *Prospettive garantistiche e sviluppi atipici dell'interpretazione conforme a Costituzione nel campo della biomedicina*, in *Questione giustizia*, n. 2/2016, 198 ss.
- L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Esi, Napoli 1993.
- E. CHIEREGATO, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in *Forumcostituzionale.it*, 2016.
- D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra detto e non detto. Brevi*

- riflessioni sul processo costituzionale alla L. n. 40/2004*, in *Giur. Italiana*, 2/2010, 289 ss.
- F. CIARAMELLI, *Incremento della tecnica proliferazione dei desideri*, in *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, con Introduzione di P. Barcellona, Dedalo, Bari 2001, 81 ss.
- A. CIERVO, *Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *Diritti-cedu.unipg.it*, 2014.
- G. CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in *Archivio penale*, 2015.
- G. COCCO, *Biotecnologie: vietato vietare. Almeno senza sapere*, in *Europa e biotecnologie*, a cura di G. Cocco, *Rass. dir. pubbl. europeo*, n. 2/2004, 3 ss.
- C. COLAPIETRO, *La salvaguardia costituzionale del diritto alla salute e l'effettività della sua tutela nella sperimentazione del "multitratamento Di Bella"*, in *Giur. it.*, 1, 1999, 160 ss.
- G. COLETTA, *Embrioni umani e ricerca scientifica: il caso italiano*, in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 17/2011, 311 ss.
- G. COLETTA, *Le richieste di accedere gratuitamente a cure innovative e le risposte dell'ordinamento*, in *La Medicina nei Tribunali*, Cacucci, Bari 2016, 153 ss.
- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, Presidenza del Consiglio, 18 dicembre 2003, disponibile *on line*.
- R. CONTI, *I giudici e il biodiritto. Un esame «concreto» dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2015.
- M. P. COSTANTINI, *La donazione dei gameti tra giurisprudenza italiana e dimensione europea: la pronuncia della Corte costituzionale sulla fecondazione eterologa n. 162/2014*, in *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, a cura di L. Chieffi, J.R. Salcedo Hernández, Mimesis, Milano 2015, 235 ss.
- R. CRISTIANO, *La disciplina delle dichiarazioni anticipate di trattamento tra tutela della vita, principio di autodeterminazione terapeutica e dignità umana*, in *Atti di produzione normativa e separazione dei poteri. Fine vita, vuoti legislativi e limiti dell'attività giurisdizionale*, a cura di F. R. De Martino, Arti grafiche la regione, Campobasso 2012, 105 ss.
- R. CRISTIANO, *La sperimentazione sugli embrioni umani*, in *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, a cura di L. Chieffi, J.R. Salcedo Hernández, Mimesis, Milano 2015, 319 ss.
- F. D'AGOSTINO, *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, Giappichelli, Torino 2011.
- A. D'ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita"*, in *Pol. Dir.*, n. 4/1998, 601 ss.
- A. D'ALOIA, *"Diritto" e "diritti" di fronte alla morte. Ipotesi e interrogativi intorno alla regolazione normativa dei comportamenti eutanasi*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, a cura di L. Chieffi, Paravia-Bruno Mondadori, Torino 2000, 181 ss.
- A. D'ALOIA, *Il diritto di rifiutare le cure e la fine della vita. Un punto di vista*

- costituzionale sul caso Englaro*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2009, 370 ss.
- A. D'ALOIA, *L'ex 40*, in *Quad. Cost.*, n. 4/2015, 997 ss.
- A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, a cura di A. D'Aloia, Giappichelli, Torino 2005.
- A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, 1 ss.
- G. D'AMICO, *Caso "Stamina": la "lotta per la salute"*, in *Forumcostituzionale.it*, 2015.
- G. D'AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alle certezze del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, a cura di A. D'Aloia, Giappichelli, Torino 2005, 237 ss.
- G. D'AMICO, *Il volto compassionevole del diritto e la dura scientia. A proposito del "metodo Stamina"*, in *Quad. cost.*, n. 2/2013, 420 ss.
- G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Forumcostituzionale.it*, 2014.
- G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, a cura di E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi, Giappichelli, Torino 2002, 431 ss.
- M. D'AMICO, A. PUCCIO, *Laicità per tutti*, Milano 2009.
- M. D'AMICO, *Diritti LGBT e "nuove famiglie" in Italia*, in *Orientamento sessuale e diritti civili*, a cura di M. D'Amico, C. Nardocci, M. Winkler, Franco Angeli, Milano 2014.
- M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, in *Giur. Cost.*, 2006, 3859 ss.
- M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 171 ss.
- M. D'AMICO, *La decisione n. 151 del 2009 della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in *Nascere e morire: quando decido io?*, a cura di G. Baldini, M. Soldano, Firenze University Press, Firenze 2011, 127 ss.
- M. D'AMICO, *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, in *Forumcostituzionale.it*, 2015.
- M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014.
- P. I. D'ANDREA, *La procreazione medicalmente assistita al confine con l'eugenetica*, in *Biodiritto.org*.
- E. D'ANTUONO, *Diritti umani e la memoria dei giusti*, in *Contributi alla didattica della storia del Novecento. Testimonianze e ricerche sulla Shoah*, a cura di S. Cicenia, La Veglia, Salerno 2000, 55 ss.

- L. D'AVACK, *Il rifiuto delle cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, vol. *Il governo del corpo*, Giuffrè, Milano 2011, 1917 ss.
- L. D'AVACK, *La Consulta orienta la legge sulla P.M.A.: verso la tutela dei diritti della madre*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, n. 3, 2009, 1021 ss.
- E. DENNINGER, *La tutela dell'embrione e la dignità dell'uomo. O: dei limiti della forza normativa della Costituzione*, in *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, a cura di V. Baldini, Giappichelli, Torino 2004, 21 ss.
- Dialoghi sulla dignità umana*, a cura di L. Chieffi, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, n. 1/2013.
- M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Studi e ricerche Astrid, Passigli, Firenze 2010.
- G. DI COSIMO, *Costituzione e coscienza. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Giuffrè, Milano 2000.
- G. DI COSIMO, *La Cassazione tra coscienza e incoscienza*, in *Forumcostituzionale.it*.
- G. DI COSIMO, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso, in La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, a cura di A. Cossiri, G. Di Cosimo, Quaderni di biodiritto, Aracne, Roma 2013, 13 ss.
- Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, a cura di V. Baldini, Giappichelli, Torino 2004.
- M. DOGLIANI, *I diritti umani tra diritto naturale e diritto positivo*, in *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, con *Introduzione* di P. Barcellona, Dedalo, Bari 2001, 119 ss.
- M. DOGLIANI, *Introduzione. Conflitti tragici perché "senza Costituzione"*, in *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, a cura di P. Macchia, Esi, Napoli 2012, 27 ss.
- E. FALLETTI, *La giurisprudenza sul "caso Stamina"*, in *Fam. dir.*, 2014, 610 ss.
- R. FATTIBENE, M. P. IADICICCO, *Il diritto alla vita del concepito e l'interruzione volontaria della gravidanza nella giurisprudenza costituzionale*, in *La nascita. I mille volti di un'idea*, a cura di R. Prodomo, Giappichelli, Torino 2006, 209 ss.
- M. FERRARI, *Il diritto alla speranza del paziente legittima la disapplicazione della legge? Principi e responsabilità a confronto in tema di "cure compassionevoli"*, in *Resp. civ. prev.* 2014.
- C. FLAMIGNI, *Lo statuto dell'embrione tra giudizi morali e sviluppo tecnologico*, in *La tutela penale della persona*, a cura di L. Fioravanti, Giuffrè, Milano 2001.
- G. M. FLICK, *Elogio della dignità*, Libreria Editrice Vaticana, Roma 2015.
- G. FONTANA, *I limiti alla ricerca scientifica: il "caso Stamina"*, in *La ricerca scientifica tra possibilità e limiti*, a cura di A. Iannuzzi, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 173 ss.
- V. FRANCO, *Bioetica e procreazione assistita. Le politiche della vita tra libertà e responsabilità*, Donzelli, Roma 2005.

- F. FRENI, *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso*, Giuffrè, Milano 2000.
- E. FURLAN, *Comitati etici in sanità. Storia, funzioni, questioni filosofiche*, Franco Angeli, Milano 2015.
- M. FUSCO, *Cosa resta della legge 40. Bilanci e prospettive a dieci anni dall'entrata in vigore della normativa italiana sulla procreazione assistita*, in *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, a cura di L. Chieffi, J.R. Salcedo Hernández, Mimesis, Milano 2015, 319 ss.
- M. FUSCO, *La bioetica italiana tra l'incudine della politica ed il martello della magistratura*, in *Percorsi tra bioetica e diritto: alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi, P. Giustiniani, Giappichelli, Torino 2010, 37 ss.
- S. GAMBINO, *Diritto alla vita, libertà di morire con dignità, tutela della salute. Le garanzie dell'art. 32 della Costituzione*, in *Forumcostituzionale.it*, 2009.
- A. GARAPON, *I custodi dei diritti. Giudici e democrazia*, Feltrinelli, Milano 1997.
- F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione*, in *Dir. pers. fam.*, 2008, 109 ss.
- P. GIUSTINIANI, *Bioetica e laicità dello Stato*, in *Bioetica. Percorsi e incroci*, a cura di P. Favo, A. Staglianò, Esi, Napoli 2008.
- T. GROPPI, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in *Pol. dir.*, n. 3/2009.
- A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari 2015.
- A. GUSMAI, *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014.
- J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, Torino 2002.
- H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1965.
- H. L. A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in *Idem, Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milano 1964, 105 ss.
- H. L. A. HART, *Law, liberty and morality*, Stanford University Press, London 1963.
- M. HAURIOU, *Théorie de l'institution et de la fondation*, Parigi, 1925 o, nella traduzione italiana, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Giuffrè, Milano 1967.
- M. P. IADICICCO, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *Quad. cost.*, n. 2/2015, 325 ss.
- M. P. IADICICCO, *La medicina nella Corte costituzionale italiana. Osservazioni sul diritto alla salute tra legislatore, scienza medica e giudice costituzionale*, in *La medicina nei Tribunali*, a cura di L. Chieffi, Cacucci, Bari 2016, 37 ss.
- M. P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 183 ss.
- 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*, n. 2/2014.

- L. IMARISIO, *Le unioni omosessuali tra giudici e legislatori: percorsi e modelli di riconoscimento e disciplina*, in *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, a cura di M. Cavino, C. Tripodina, Giuffrè, Milano 2012, 83 ss.
- I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, a cura di M. D'Amico, I. Pellizzone, Franco Angeli, Milano 2010.
- I referendum sulla fecondazione assistita*, a cura di M. Ainis, Giuffrè, Milano 2005.
- I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. Bin e C. Pinelli, Giappichelli, Torino 1996.
- Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, a cura di A. D'Aloia, Jovene, Napoli 2011.
- Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, a cura di E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi, Giappichelli, Torino 2002.
- Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, a cura di L. Chieffi, Giappichelli, Torino 2005.
- Il pluralismo come innovazione. Società, Stato e Costituzione*, a cura di V. Atripaldi, Giappichelli, Torino 1996.
- Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano 1994.
- N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari 2001.
- N. IRTI, *Fenomenologia del diritto debole*, in *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, con Introduzione di P. Barcellona, Dedalo, Bari 2001, 33 ss.
- N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Editoriale Scientifica, Napoli 2007.
- N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 1/2014.
- N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Rivista di diritto civile*, n. 1/2015, 11 ss.
- S. KIERKEGAARD, *La malattia per la morte*, a cura di E. Rocca, Donzelli, Roma 2011.
- L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa"*, a cura di M. D'Amico, M. P. Costantini, Franco Angeli, Milano 2014.
- La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di M. Scudiero e S. Staiano, Jovene, Napoli 1999.
- La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, a cura di A. Cossiri e G. Di Cosimo, Quaderni di biodiritto, Aracne, Roma 2013.
- La medicina dei tribunali*, a cura di L. Chieffi, Cacucci, Bari 2016.
- La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, a cura di A. Celotto, N. Zanon, Franco Angeli, Milano 2004.
- La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, a cura di C. Casonato e E. Camassa, Università degli Studi di Trento, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Quaderno n. 47, Trento 2005.
- La ricerca scientifica fra possibilità e limiti*, a cura di A. Iannuzzi, Editoriale Scientifica, Napoli 2015.
- La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, a cura di M. Cavino, C. Tripodina, Giuffrè, Milano 2012.

- C. LALLI, *I dilemmi della bioetica*, Liguori, Napoli 2007.
- E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, n. 2/2008.
- E. LAMARQUE, *Referendum sulla procreazione assistita: l'inammissibilità del quesito totale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2005, 382 ss.
- C. LAVAGNA, *Sulla ragionevolezza quale limite posto alla discrezionalità del legislatore*, in *Idem, Ricerche sul sistema normativo*, Giuffrè, Milano 1984.
- Le unioni tra persone dello stesso sesso*, a cura di F. Bilotta, Mimesis, Milano 2008.
- E. LECALDANO, *Bioetica*, in *Storia della scienza*, in *Treccani.it, ad vocem*.
- N. LENOIR, B. MATHIEU, *Les normes internationales de la bioéthique*, Puf, Paris 1998, II ed. 2004.
- B. LIBERALI, *Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il cd. time factor. Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera contro l'Austria*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012.
- B. LIBERALI, *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2014.
- M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006.
- E. MALFATTI, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, in *Consulta online*, 2/2015.
- M. MANETTI, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2009.
- M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. Cost.*, 2009, 1688 ss.
- M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. del dir.*, n. 3/2004.
- S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Forumcostituzionale.it*, 2009.
- F. MANTOVANI, *Autodeterminazione e diritto penale*, in *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, a cura di F. D'Agostino, Quaderni Iustitia, n. 5, Giuffrè, Milano 2012, 138.
- G. MARRAMAO, *L'oltrepasamento della soglia dei desideri e la normatività della sofferenza*, in *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, con *Introduzione* di P. Barcellona, Dedalo, Bari 2001, 73 ss.
- V. MARZOCCO, *In potenza o in atto? La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 197 ss.
- F. MEOLA, «...fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194» (art. 14, comma 1, legge 19 febbraio 2004, n. 40). *Appunti su un inciso alquanto controverso*, in *Forum BioDiritto 2008: Percorsi a confronto* Inizio

- vita, fine vita e altri problemi*, a cura di C. Casonato, P. Veronesi. C. Piciocchi, Cedam, Padova 2009, 193 ss.
- F. MEOLA, *Sul diritto di rifiutare le cure fino a lasciarsi morire*, in *Dialoghi sulla dignità umana*, a cura di L. Chieffi, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, n. 1/2013, 87 ss.
- F. MINNI, A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, n. 3/2103.
- F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 1995.
- F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. parl.*, n. 2/2005, 361 ss.
- F. MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2008.
- G. MONACO, *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle "leggi costituzionalmente necessarie"*, in *Giur. cost.*, I, 2005, 351 ss.
- D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino 2015.
- A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi (nota a margine dell'ord. n. 369 del 2006)*, in *Forumcostituzionale.it*, 2006.
- A. MORRONE, *Ubi sententia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *Forumcostituzionale.it*, 2014.
- A. MUSUMECI, *Costituzione e bioetica*, Aracne, Roma 2005.
- C. NARDOCCI, *Dalla Convenzione alla Costituzione: la tacita sintonia tra le Corti. A margine di Corte cost. sent. n. 96 del 2015*, in *BioLaw Journal - Riv. BioDiritto*, n. 1/2016, 271 ss.
- C. NARDOCCI, *La centralità dei Parlamenti nazionali e un giudice europeo lontano dal ruolo di garante dei diritti fondamentali*, in *Forumcostituzionale.it*, 2012.
- C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *Rivista AIC*, 1/2013.
- I. NICOTRA, *Anonimato del donatore e diritto all'identità personale del figlio nella procreazione medicalmente assistita*, in *Quad. cost.*, 2002, 795 ss.
- I. NICOTRA, *"Vita" e sistema dei valori nella costituzione*, Giuffrè, Milano 1997. *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, con Introduzione di P. Barcellona, Dedalo, Bari 2001.
- V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013.
- S. PAJNO, *Giudizi morali e pluralismo nell'interpretazione costituzionale. Un percorso tra Hart e Dworkin*, Giappichelli, Torino 2013.
- L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, I, Milano 1997.
- F. PASTORE, *Il diritto di procreare: natura, titolarità, limiti*, in *Diritti della persona e problematiche fondamentali Dalla bioetica al diritto costituzionale*, a cura di V. Baldini, Giappichelli, Torino 2004, 159 ss.

- A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli "organi a quo". Profili problematici e prospettive di riforma*, Jovene, Napoli 2012.
- A. PATRONI GRIFFI, *Diritti della persona e dimensione normativa nel codice di deontologia medica*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, a cura di L. Chieffi, Paravia - Bruno Mondadori, Torino 2000, 247 ss.
- A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista Aic*, n. 3/2015.
- A. PATRONI GRIFFI, *L'embrione umano: dimensione costituzionale, modelli legislativi e bilanciamenti ragionevoli*, relazione al convegno *Quale statuto per l'embrione?*, Napoli, Università degli Studi Federico II - Aula Pessina, 1 giugno, 2005, in *Forumcostituzionale.it*, 9 giugno 2005.
- A. PATRONI GRIFFI, *L'Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del Diritto costituzionale europeo*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, <http://www.edizioniesi.it/dperonline/>, 2015.
- A. PATRONI GRIFFI, *Le direttive anticipate: brevi note*, in *Progressi biomedici tra pluralismo etico e regole giuridiche*, a cura di R. Prodromo, Torino 2004.
- I. R. PAVONE, *La convenzione europea sulla biomedicina*, Giuffrè, Milano 2009.
- I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, 2015.
- S. PENASA, *Giudice "Ercole" o giudice "Sisifo"? Gli effetti del dato scientifico sull'esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati*, in *La medicina nei Tribunali*, a cura di L. Chieffi, Cacucci, Bari 2016, 69 ss.
- S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, n. 2/2015, 271 ss.
- S. PENASA, *La necessaria concordanza tra formanti il livello di litigiosità giurisdizionale: quale parametro di valutazione dei diversi modelli di regolazione legislativa nel biodiritto?*, in *Forum BioDiritto 2008: Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, a cura di C. Casonato, P. Veronesi. C. Piciocchi, Cedam, Padova 2009, 57 ss.
- S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 4/2009, 817 ss.
- S. PENASA, *Le "scientific questions" nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionale e internazionali*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1/2016.
- S. PENASA, *L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato"*, in *Forumcostituzionale.it*, 2005.
- S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, 2014.

- Percorsi tra bioetica e diritto: alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi, P. Giustiniani, Giappichelli, Torino 2010.
- B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Cittadinanza, Corti, salute*, a cura di R. Balduzzi, Cedam, Padova 2007, 211 ss.
- C. PICIOCCHI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento: dare "forma al vuoto"*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016.
- C. PICIOCCHI, *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, III, 1301 ss.
- C. PICIOCCHI, *Le fonti del biodiritto. La complessità in dialogo*, in *Biodiritto in dialogo*, a cura di C. Casonato, C. Piciocchi, Cedam, Padova 2006, 83 ss.
- C. PINELLI, *L'interpretazione costituzionale tra teoria e giurisprudenza*, in *Studi in memoria di L. Paladin*, Cedam, Padova 2004.
- A. PIOGGIA, *Il disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento: esempi di fallimenti e di molte occasioni perdute nell'attuazione della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*.
- A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità*, Aracne, Roma 2007.
- F.G. PIZZETTI, *"Ai confini delle cure": la sedazione palliativa (o terminale) tra diritto di non soffrire e diritto di morire*, in *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, a cura di P. Macchia, Esi, Napoli 2012, 135 ss.
- F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, Milano 2008.
- A. POGGI, *Eutanasia*, in *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, a cura di A. D'Aloia, Jovene, Napoli 2011, 65 ss.
- S. PRISCO, *Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 209 ss.
- S. PRISCO, *La musica della vita. Quaderno di biopolitica e bioetica di un giurista*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015.
- R. PRODOMO, *L'embrione tra etica e biologia*, Esi, Napoli 1998.
- V. PUGLIESE, *Nuovi diritti: le scelte di fine vita tra diritto costituzionale, etica e deontologia*, Cedam, Padova 2009.
- Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, a cura di L. Chieffi, J.R. Salcedo Hernández, Mimesis, Milano 2015.
- A. RAUTI, *Certus an, incertus quando: la morte e il diritto del paziente all'«ultima parola» fra diritto, etica e tecnica*, in *Thanatos e nomos. Questioni bioetiche di fine vita*, a cura di P. Falzea, Jovene, Napoli 2009, 216 ss.
- G. RAZZANO, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 223 ss.
- G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Giappichelli, Torino 2014.

- G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl.*, 2016.
- G. REPETTO, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute (a prima lettura della sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale)*, in *Diritti comparati*, 2015.
- F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Giappichelli, Torino 2005.
- G. U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2008, 85 ss.
- E. RESTA, *Il paradosso di limiti superabili*, in *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, con Introduzione di P. Barcellona, Dedalo, Bari 2001, 43 ss.
- F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Giappichelli, Torino 1999.
- I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, 37 ss.
- M. G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, in *Confrontocostituzionali.eu*.
- S. RODOTÀ, *Introduzione*, in *Questioni di bioetica*, a cura di S. Rodotà, Laterza, Bari 1997.
- S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano 2006.
- R. ROMBOLI, *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2009, 91 ss.
- R. ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in *Consulta online*, 2013.
- R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. 162/2014*, in *Foro it.*, 2014, I, 2324.
- S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze 1977.
- E. ROSSI, *La Costituzione e i dico, ovvero della difficoltà di una disciplina legislativa per le convivenze*, in *Pol. dir.*, n. 1/2008, 107 ss.
- A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.
- A. RUGGERI, *CEDU, diritto "eurounitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, in *Consulta online*, 2013.
- A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015.
- A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in *Forumcostituzionale.it*.
- A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in *Forumcostituzionale.it*, 2014.

- A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in *Consulta online*, 2012.
- A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *Rivista AIC*, n. 10/2016.
- A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 245 ss.
- 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 dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan)*, in *Diritticomparati.it*, 2013.
- A. RUGGERI, *Tutela minima di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Forumcostituzionale.it*, 2005.
- C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013.
- P. SANFILIPPO, *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 2/2015, 851 ss.
- A. SANTOSUOSSO, *A proposito di "living wills" e di "advance directives": note per il dibattito*, in *Pol. dir.*, 1990, 477 ss.
- A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà; una storia tra diritto e scienza*, Raffaello Cortina, Milano 2001.
- A. SANTOSUOSSO, *I giudici e bioetica: bozza di un progetto di formazione*, in *Pol. dir.*, 3, 1999, 500.
- A. SANTOSUOSSO, *Un altro caso Di Bella?*, in *Minorigiustizia*, n. 2/2013, 249 ss.
- G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000.
- P. SCHLESINGER, *Inseminazione eterologa: la Cassazione esclude il disconoscimento di paternità*, in *Corriere Giuridico*, 1999, 401 ss.
- G. SERENO, *Il "caso Stamina" all'esame della Corte costituzionale: un esito condizionale sorretto da una motivazione lacunosa*, in *Rivista AIC*, 2015.
- E. SEVERINO, *La filosofia dai Greci al nostro tempo, la filosofia contemporanea*, Bur, Milano 2005.
- E. SEVERINO, *Téchne-Nomos: l'inevitabile subordinazione del diritto alla tecnica, in Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, con Introduzione di P. Barcellona, Dedalo, Bari 2001, 15 ss.
- G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Associazione deicostituzionalisti.it*, 2008.
- G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2004.

- G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Consulta online*, 2014.
- G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano 2006.
- A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, Giuffrè, Milano 1994.
- A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent. n. 84/2016)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 253 ss.
- A. SPADARO, *I “due” volti del costituzionalismo di fronte al principio di auto-determinazione*, in *Pol. dir.*, n. 3/2014, 403 ss.
- A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in *Bio-technologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Giappichelli, Torino 2005, 569 ss.
- S. STAIANO, *Legiferare per dilemmi sulla fine della vita*, in *Federalismi.it*, n. 9/2012.
- M. C. TALLACCHINI, *La costruzione giuridica della scienza come co-produzione tra scienza e diritto*, in *Le questioni bioetiche davanti alle Corti*, a cura di A. Santosuosso, G. Gennari, *Notizie di Politeia*, 2002, 126 ss.
- D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Forum costituzionale.it*, 4/2015.
- Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Società & diritto n. 1/2006, il Sole 24 Ore.
- V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, 17 ss.
- V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Diritto penale contemporaneo*, *Penalecontemporaneo.it*, 2014.
- N. TODESCHINI, *Dal consenso firmato al consenso informato*, in *Personaedanno.it*, 30 maggio 2010.
- M. TOMASI, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della “vicenda Stamina”*, in *Dialoghi sulla dignità umana*, a cura di L. Chieffi, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, n. 1/2013, 63 ss.
- M. TOMASI, *Il potere legislativo e la giurisdizione di fronte al pluralismo delle domande di salute. Dal multitrattamento Di Bella al caso Stamina*, in *La medicina nei Tribunali*, a cura di L. Chieffi, Cacucci, Bari 2016, 133 ss.
- M. TOMASI, *Scientia semper certa est? Jus numquam?*, in *Confronticostituzionali.eu*.
- V. TONDI DELLA MURA, *Il “caso Englaro”, ovvero: dell’“invincibilità” della regola “perfetta”*, in *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, a cura di A. D'Aloia, Jovene, Napoli 2011, 73 ss.

- P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare. Contributo allo studio dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, Esi, Napoli 2007.
- Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, Milano 2011.
- C. TRIPODINA, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del "caso Englaro")*, in *Giur. cost.*, n. 5/2008, 3723 ss.
- C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 369 del 2006)*, in *Giur. cost.*, 2006, 3849 ss.
- C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal - Riv. BioDiritto*, n. 2/2014.
- C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, Napoli 2004.
- C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena difendere?»*, in *Giur. cost.*, 2009, 1696 ss.
- C. TRIPODINA, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, a cura di M. Cavino, C. Tripodina, Giuffrè, Milano 2012, 42 ss.
- C. TRIPODINA, *"Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario". La difficile attuazione del diritto costituzionale al rifiuto delle cure tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo*, in *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, a cura di P. Macchia, Esi, Napoli 2012, 199 ss.
- C. TRIPODINA, *Statuto dell'embrione vs libertà di ricerca scientifica: un conflitto risolto in modo incostituzionale*, in *Nuvole*, n. 25/2005.
- C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della Legge 40/2004, recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 2, 501 ss.
- C. TRIPODINA, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2010.
- A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Diritto penale e processo*, n. 7/2014, 831 ss.
- C. VENDITTI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento e autodeterminazione*, in *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, a cura di F. Preite, A. Gazzanti Pugliese, Utet, Torino 2011, 30 ss.
- C. VENDITTI, *Sulle direttive anticipate di trattamento sanitario*, in *Dir. Giur.*, 2007, 181 ss.

- P. VERONESI, *Al crocevia del "Caso Stamina" e dei suoi "problemi costituzionali"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2015.
- P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano 2007.
- P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2014, 315 ss.
- P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Forumcostituzionale.it*, 2015.
- P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2009, 591 ss.
- U. VERONESI, M. DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi. La proposta del testamento biologico*, a cura di L. Militerni, Sperling, Milano 2007.
- U. VERONESI, *Il diritto di morire. La libertà del laico di fronte alla sofferenza*, Mondadori, Milano 2005.
- N. VICECONTE, *La sospensione delle terapie salvavita: rifiuto delle cure o eutanasia? Riflessioni su autodeterminazione e diritto alla vita nella giurisprudenza delle Corti italiane*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011.
- C. VIGILANTI, *Le d.a.t. (dichiarazioni anticipate di trattamento), ovvero quando il diritto diventa latitante*, in *Forumcostituzionale.it*, 2009.
- M. VILLONE, *Il diritto di morire*, Scriptaweb, Napoli 2011.
- L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Osservatorio AIC*, 2/2014.
- L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, Milano 1986.
- L. VIOLINI *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in *Giur. cost.*, 1998 spec. 975.
- P. VIPIANA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita, prima e dopo la legge n. 40/2004*, in *Cittadinanza, Corti e salute*, a cura di R. Balduzzi, Cedam, Padova 2007.
- M. WARNOCK, *Fare bambini. Esiste un diritto ad avere figli?*, Einaudi, Torino 2004.
- G. ZAGREBELSKY, *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli 2006.
- G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Bologna, 2009.
- V. ZAGREBELSKY, *Parrillo c. Italia. Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, in *Diritti Umani e diritto internazionale*, n. 1/2016, 609 ss.
- N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. cost.*, 2015, 919 ss.

ABSTRACT

Un legislatore assente e un cattivo legislatore “onnipresente” sui temi relativi alla vita, nelle sue “frontiere”, rappresentano entrambi espressione di un approccio ai temi bioetici incompatibile con l’ordinamento costituzionale.

D’altro canto, il pericolo di un “giudice legiferante”, o di un “giudice scienziato”, costituisce un rischio ugualmente da rifuggire.

Nel libro si cerca di trarre alcune possibili conclusioni sul ruolo, virtù e limiti del diritto giurisprudenziale in bioetica e soprattutto su quale forma e contenuto debba assumere la “norma bioetica”.

I molteplici temi posti dalla fecondazione assistita, i bilanciamenti che vedono coinvolti l’embrione, ma anche le dichiarazioni anticipate di trattamento nel fine vita, individuano possibili cartine di tornasole per analizzare il rapporto tra politica e giurisdizione, tra scelta legislativa e applicazione del diritto al caso concreto, in un settore dove la legge non può tutto prevedere. Emergono ambiti di leggi costituzionalmente necessarie che riescano, in modo ragionevole, con norme elastiche, a contemperare le “plurime esigenze costituzionali” nei confini della vita e, al contempo, condurre le aspettative e le condotte dei cittadini a un apprezzabile grado di “prevedibilità”, quale antidoto a quella che è stata icasticamente definita l’incalcolabilità del diritto, ancor più della bioetica.

Collana *Ricerche Giuridiche*

1. Vincenzo Atripaldi, *Diritto allo studio*, 1975
2. Massimo Panebianco, *Ugo Grozio e la tradizione storica del Diritto Internazionale*, 1975
3. Fulvio Fenucci, *L'assistenza scolastica nelle leggi delle regioni ad autonomia ordinaria*, 1976
4. P. Rescigno, V. Atripaldi, F. Fichera, A. Budetta, M. Panebianco, M. De Dominicis, S. De Val Aurisicchio, *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, 1975
5. Enzo Maria Marengi, *Aspetti delle competenze regionali in materia urbanistica*, 1976
6. Vincenzo Patalano, *Il delitto di mancanza alla chiamata delle armi*, 1976
7. E. Pacelli, A. Saraceni, *Nuova disciplina della edificabilità dei suoli*, 1977
8. A.M. Allagrande, G. Barbirotti, M. Della Casa, V. Grillo, A. Vitale, *Le proposte della commissione Gonella-Casaroli per la revisione del Concordato*, 1977
9. Giuliana Ziccardi Capaldo, *Le situazioni territoriali illegittime nel Diritto Internazionale*, 1977
10. Vincenzo Mileo, *Le comunioni tacite familiari*, 1977
11. Maria Vittoria Lupò Avagliano, *Regioni e riforma sanitaria*, 1978
12. Maria Vittoria Lupò Avagliano, *L'autonomia contabile regionale*, 1979
13. Francesco Caruso, *Le Anstalten nell'ordinamento italiano*, 1979
14. Vito Gallotta, *La formazione professionale nel quadro delle competenze delle regioni ad autonomia ordinaria*, 1979
15. Antonio Pistone, *La giurisdizione contabile della Corte dei Conti*, 1981
16. Silvio Lugnano, *Argomenti per uno studio di politica criminale*, 1982
17. Mario La Monica, *Oggetto giuridico e tipicità del delitto di ricorso abusivo al credito*, 1983
18. Mario La Monica, *Sul significato normativo del termine "reato"*, 1983
19. Antonio Pistone, *Il contenzioso tributario: un'ipotesi di riforma*, 1983
20. Giuseppe Maria Ruggiero, *L'organo internazionale*, 1984
21. Bartolomeo Selleri, *Il diritto di accesso agli atti del procedimento amministrativo*, 1984
22. Arturo De Luca, *Giustizia e legalità nella filosofia giuridica di Kant*, 1984
23. Francesco Domenico Riccioli, *La successione internazionale degli Stati al debito pubblico*, 1984
24. Bartolomeo Selleri, *Pubblica amministrazione e cittadino: alla ricerca della parità*, 1984
25. Giovanni Esposito, *La chiamata in correità*, 1988
26. Antonio Abet, *La guerra sociale. Potere e autorità nei rapporti tra ordinamento giuridico e comunità nazionale*, 1987

27. Sergio Moccia, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, 1988
28. Guido Clemente di San Luca, *Three papers*, 1990
29. Pasquale Landi, *Diritto ed economia. Saggio sulla "Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia"*, 1996
30. Cosimo Silvestro, *Contributo allo studio dell'inquadramento previdenziale*, 1996
31. Francesco Bertolini, *Rappresentanza parlamentare e attività di governo*, 1997
32. Maria Elisabetta de Franciscis, *Il Presidente degli Stati Uniti d'America. Costituzione e prassi*, 1996
33. Maria Luisa Tufano, *La c.d. eccezione di invalidità degli atti comunitari*, 1996
34. Raffaele Titomanlio, *Contributo in tema di risarcibilità dell'interesse legittimo*, 1996
35. Renata Spagnuolo Vigorita, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni: dal monopolio alla concorrenza regolata*, 1998
36. Ferdinando Lignola, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti La natura della sentenza. Questioni applicative*, 2000
37. Alfredo Contieri, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, 2000
38. Simone Valiante, *Pluralità dell'informazione e sistema radiotelevisivo*, 2001
39. Daniele Marrama, *La pubblicità ingannevole. Il giudice amministrativo e la natura giuridica delle decisioni delle authorities*, 2002
40. Giuliana Di Fiore, *Autorità di garanzia e interesse pubblico nelle comunicazioni integrate*, 2002
41. Chiara Orrei, *La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo. Sviluppi giurisprudenziali e profili dogmatici*, 2002
42. Nino Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, 2003
43. Antonio Leo Tarasco, *La consuetudine nell'ordinamento amministrativo. Contributo allo studio delle fonti non scritte*, 2003
44. Simona D'Antonio, *Teoria e prassi nella tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, 2003
45. Alberto Zito, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, 2003
46. Giancarlo Sorrentino, *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato*, 2003
47. Renata Spagnuolo Vigorita, *Politiche pubbliche del servizio sanitario*, 2003
48. Antonio Leo Tarasco, *Beni patrimonio e attività culturali: attori privati e autonomie territoriali*, 2004
49. Marco Calabrò, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, 2004
50. Vincenzo Metafora, *Il danno non patrimoniale e la sua riconduzione nell'alveo dell'art. 2043 c.c. L'art. 2059 c.c. come sanzione civile indiretta*, 2004
51. Loredana Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, 2005

52. Mariaconcetta D'Arienzo, *Profili costituzionali e regimi amministrativi nell'assetto del sistema radiotelevisivo*, 2005
53. Andrea Crismani, *I controlli esterni sulle pubbliche amministrazioni. Contributo alla sistemazione metodologica del procedimento di controllo sulla gestione*, 2005
54. Fortunato Gambardella, *Trasformazione urbana e modelli privatistici. Profili ricostruttivi delle società di trasformazione urbana*, 2005
55. Domenico D'Orsogna, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, 2005
56. Marialaura Cunzio, *La criminalità organizzata in Campania*, 2005
57. Francesca Attanasio, *Partecipazione di società di capitali in società di persone alla luce della riforma societaria*, 2005
58. Marina Specca, *Il processo di ristrutturazione del debito negli enti locali. Analisi degli strumenti più utilizzati e delle procedure da attivare*, 2005
59. Laura Lamberti, *Riflessioni sulle funzioni amministrative delle Regioni e degli Enti locali*, 2006
60. Alessandro Martini, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, 2006
61. Maria Gabriella Ivone, *Riflessioni in tema di unioni di fatto. Le esperienze italiana e francese a confronto*, 2006
62. Luisa Marin, *Il principio di mutuo riconoscimento nello spazio penale europeo*, 2006
63. Salvatore Dettori, *Il rapporto di presupposizione nel diritto amministrativo. Contributo allo studio della funzione complessa*, 2006
64. Carla Acocella, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici. Il contratto di servizio*, 2007
65. Luca Pardi, *Contributo allo studio del contratto di leasing per la realizzazione delle opere pubbliche per la realizzazione delle opere pubbliche*, 2007
66. Annalisa Giusti, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato: la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, 2007
67. Camillo Patriarca, *La distribuzione degli utili in natura*, 2008
68. Angelo Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, 2008
69. Ivan Ingravalle, *Le amministrazioni territoriali dell'ONU*, 2008
70. Gabriella Ferranti, *La cooperazione giudiziaria in materia penale nelle convenzioni del Consiglio d'Europa e nel diritto dell'Unione europea*, 2008
71. Fulvio Maria Palombino, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, 2008
72. Gerardo Soricelli, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, 2009
73. Giancarlo Sorrentino, *Interesse legittimo e pregiudizialità amministrativa*, 2010
74. Ilaria Amelia Caggiano, *Circolazione del denaro e strumenti di tutela*, 2010
75. Marta Simoncini, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, 2010
76. Anna Lazzaro, *Contributo in tema di risarcimento del danno da ritardo*, 2011

77. Loredana Strianese, *Il contratto preliminare tra vincoli civilistici ed evoluzione dell'ordinamento tributario*, 2011
78. Diego Rossano, *Mediazione, Camera di conciliazione, Arbitro bancario finanziario*, 2012
79. Luca Pardi, *Gli strumenti di mercato a tutela dell'ambiente. Nuove forme di partecipazione responsabile e sussidiaria, dei privati all'esercizio delle funzioni*, 2012
80. Marta Tigano, *Tra economie dello Stato ed «economia» della Chiesa: i beni culturali d'interesse religioso*, 2012
81. Dario Bevilacqua, *Il Free-Trade e l'Agorà, Interessi in conflitto, regolazione globale e democrazia partecipativa*, 2012
82. Mario Quaranta, *Concertazione sociale e regole del lavoro*, 2012
83. Alfonso Maria Cecere, *Prime riflessioni sul potere amministrativo di coazione. Dalle restrizioni alle coercizioni nei confronti dei privati*, 2012
84. Alessandro Auletta, *Gli ausili pubblici tra autorità e consenso*, 2012
85. Giovanni Cocozza, *La decisione plurale in conferenza di servizi*, 2012
86. Francesca Di Lascio, *Le ispezioni amministrative sulle imprese. Analisi teorica e diritto positivo*, 2012
87. Simona D'Antonio, *Il commissario ad acta nel processo amministrativo. Qualificazione dell'organo e regime processuale degli atti*, 2012
88. Simona Di Stasio, *La politica migratoria europea: da Tampere a Lampedusa*, 2012
89. Fortunato Gambardella, *Contributo allo studio del regime giuridico dei bandi da gara*, 2012
90. Pierluigi Simone, *Origini e sviluppo della cooperazione internazionale ed europea di polizia. Modelli e soluzioni operative*, 2012
91. Tiziana di Iorio, *Società multi-etnica e libertà religiosa del minore tra affidamento e autodeterminazione*, 2013
92. Gianluca Bellomo, *Le normazioni tecniche volontarie nel diritto pubblico ambientale*, 2013
93. Francesca Perrini, *La protezione diplomatica delle società*, 2013
94. Paola Saracini, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, 2013
95. Carlo Iannello, *Il diritto all'acqua. Proprietà collettiva e Costituzione*, 2013
96. Marco Tiberi, *La tutela dell'interesse legittimo nella pluralità delle azioni*, 2013
97. Claudio Valerio Cogliandro, *Tutela della privacy e accesso ad internet nell'opera di Stefano Rodotà*, 2013
98. Anna Pitrone, *Le responsabilità internazionali delle organizzazioni intergovernative*, 2013
99. Francesca Ferraro, *Lo spazio giuridico europeo tra sovranità e diritti fondamentali. Democrazia, valori e rule of law nell'Unione al tempo della crisi*, 2014
100. Lorenzo Zoppoli, Antonello Zoppoli, Massimiliano Delfino (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, 2014
101. Massimo Luigi Ferrante, *Principio di libertà personale e sistema penale italiano*, 2014
102. Gabriele Pepe, *La primazia negli organi collegiali pubblici*, 2014

103. Luca Buscema, *Lo stato di guerra in tempo di pace*, 2014
104. Francesco Rotondo, *Itinerari alla periferia di Lombroso. Pietro Gori e la "Criminalogia moderna" in Argentina*, 2014
105. Paola Torretta, *L'incandidabilità al mandato parlamentare. La "legge Severino" oltre il "caso Berlusconi"*, 2015
106. Sara Valaguzza, *Sustainable Development in Public Contracts. An example of Strategic Regulation*, 2016
107. Luca Buscema (a cura di), *Identità nazionale e multiculturalismo*, 2016
108. Annamaria Cigli, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, 2016
109. Tania Abbiate, *La partecipazione popolare ai processi costituenti: l'esperienza tunisina*, 2016

Finito di stampare nel mese di settembre 2016
da Grafica Elettronica - Napoli