

Inizio e fine vita in Costituzione. Problemi posti, risoluzioni proposte

Ugo ADAMO*

Recensione: Anna Alberti, *La vita nella Costituzione*, Napoli (Jovene Editore), 2021, pp. 269

1. Lo studio si occupa della vita *umana* non già perché quella degli animali senzienti non sia un bene rilevante o perché quando si è dato alle stampe lo studio monografico non era ancora stato modificato l'art. 9, c. 3, Cost. – che ora fa esplicito riferimento alla tutela degli animali – ma perché l'obiettivo della ricerca è quello di occuparsi del *processo* della vita umana da quando è potenzialmente in nuce a quando inesorabilmente si spegne. La vita, in effetti, è un "intervallo temporale" tra la nascita e la morte, tanto che sia il nascere che il morire appartengono entrambi alla vita¹.

Da ciò consegue che le tematiche inerenti ai due poli estremi della vita assumono (possono assumere) valenze etiche e giuridiche, declinate in termini dilemmatici, che riguardano l'aborto, la procreazione medicalmente assistita e la maternità surrogata, così come il rifiuto dei trattamenti sanitari (salva vita) e ancora l'aiuto al suicidio e l'eutanasia.

L'obiettivo della ricerca, così come dichiarato dalla stessa A. (p. 5) è "ambizioso": rinvenire nella Costituzione una protezione comune a tutte le questioni poste dalle fasi della vita, cogliendo quale tra la laicità forte e quella debole si presti a meglio rispondere alle domande che l'impiego inarrestabile della tecnica e del suo sapere comporta sia sull'inizio che sulla fine della vita.

La capacità di rispondere alle questioni poste dall'esercizio del potere tecnico-scientifico (assolutamente imprevedibile, e infatti non previsto, nel periodo storico della scrittura della Costituzione) fa di quella Carta, del 1947, un ottimo esempio di longevità, anche grazie all'opera interpretativa dei giudici, del Parlamento, della Corte costituzionale, senza dimenticare la dottrina. E questo nel libro è verificato. Nel testo si può cogliere benissimo che la forza della Costituzione sta tutta qui, nell'essere scritta (anche) con principi che rifuggono dalla logica dell'*aut-aut* (propria delle regole) ma accolgono la mediazione dell'*et-et* (della mitezza, per dirla con Bobbio e Zagrebelsky). Se è consentita una provocazione, si può anche affermare che le Costituzioni possono essere considerate come eterne. Si è consapevoli, ben inteso, che non esiste nulla che sia al tempo stesso eterno e umano, ma la forza della Costituzione è proprio quella di rimanere tale pure evolvendo nel tempo e nello spazio, di non essere cioè (solo) un *atto* ma di costituire un *processo*² e di essere, quindi, in grado di assicurare risposte a questioni che non sembravano affrontabili con una Carta che rimane ancora attualissima³.

A questo punto si spera di non fare torto all'Autrice se si iniziano queste brevi riflessioni per recensire il Suo Volume dicendo che chi vorrà leggerlo dovrà sapere di intraprendere una lettura non semplice ma articolata e complessa. Articolato e complesso, d'altronde, è l'obiettivo perseguito, per come richiamato qualche riga più sopra.

* Ricercatore, Istituzioni di Diritto Pubblico, Università della Calabria.

¹ H. Jonas, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, Torino, 1997, p. 194 s. e 205; R. Dworkin, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia, e libertà individuale*, Milano, 1994, p. 1 ss.

² A. Spadaro, *Dalla Costituzione come 'atto' (puntuale nel tempo) alla Costituzione come 'processo' (storico). Ovvero dalla continua 'evoluzione' del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, p. 343 ss.

³ Per l'importanza della legislazione nell'opera di aggiornamento si rinvia al punto finale di questa recensione.

L'A. è professoressa associata di diritto costituzionale e lo si ricorda per sottolineare la metodologia impiegata nello scritto, anche se l'ambizione (questa almeno l'impressione a leggere il testo) è anche quella di misurarsi con altri settori scientifici dai quali molti AA. decidono di allontanarsi, tante sono le insidie e le difficoltà che si incontrano quando si decide di arare campi meno noti di quelli che sovente vengono battuti anche solo per dovere, familiarità e/o attitudine scientifica⁴.

L'A., invece, accetta la sfida⁵. Da costituzionalista intende occuparsi non solo di biodiritto ma anche di bioetica affrontando fin dalle prime pagine del testo il grande apparato dicotomico che intercorre tra i paradigmi dell'etica giuridica: la bioetica cattolica e quella laica⁶.

Il campo di indagine tracciato dall'A., quindi, comporta di analizzare da un punto di vista (anche) filosofico la contrapposizione assiomatica tra sacralità e qualità della vita, ovvero quella tra indisponibilità e disponibilità della stessa.

Avendo sempre presente il dato costituzionale e con riferimento alle questioni dell'inizio e del fine vita, tante sono le dottrine che attribuiscono forza e diversa capacità normativa al testo costituzionale e l'A. (p. 6) le ripercorre: 1) la Costituzione non vieta né impone alcunché all'individuo (visione neutra); 2) il 'valore' della vita è inviolabile e quindi il legislatore non può adottare soluzioni che si scontrino con tale assioma (bioetica cattolica); 3) il principio di libertà permette che la Costituzione rimetta a una libera scelta individuale le proprie decisioni senza alcuna imposizione (bioetica laica); 4) soluzioni generali che possano adattarsi sempre e comunque alle questioni poste non esistono; pertanto occorre ricostruire – dato ogni singolo argomento – ciò che la Carta costituzionale consente, cosa vieta e cosa impone: le soluzioni costituzionalmente conformi possono essere diverse e non date *aprioristicamente* una volta per tutte.

L'A., condivisibilmente, adotta quest'ultimo approccio metodologico dove, a nostro avviso, il principio di leale collaborazione ha un suo forte precipitato⁷ e si tende a riconoscere (diversamente non si potrebbe) la discrezionalità del Legislativo.

2. L'opera, oltre all'*Introduzione* (ampia) e alle *Conclusioni* (essenziali), è strutturata in 7 Capitoli seguiti da una *Bibliografia* ricca e compiuta, così come completi sono i riferimenti presenti nell'intera monografica in un apparato dottrinale (sia contrario che favorevole) che regge ogni singolo passaggio della tesi anticipata nell'*Introduzione* e discussa (convincentemente) nelle argomentazioni che si sviluppano nelle trame dell'Opera.

Per come dicevamo, accolta la metodologia che rifugge da una risposta costituzionale preventiva e intrisa di pre-giudizio, l'A. si domanda che cosa si intenda (si debba intendere) per "vita umana". Quindi, l'A. tratta gli aspetti bioetici della questione e i paradigmi⁸ della bioetica cattolica (Primo Capitolo) e di quella laica (Secondo Capitolo).

I paradigmi si pongono fra di loro in posizione dicotomica, quindi alternativa. Se la bioetica cattolica difende la sacertà della vita con tutto quello che ne deriva (la vita come dono, indisponibile

⁴ Limiti del resto palesati dallo scrivente fin dall'*Introduzione* di *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Padova-Milano, 2018, p. XIX.

⁵ Per una ricerca (inversa) si guardi a quella dell'eminente filosofo Giovanni Fornero, che si è impegnato in una attenta e meticolosa analisi giuridica: G. Fornero, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Torino, 2020, p. 1 ss.

⁶ È stato necessario attendere i primi anni Settanta del secolo ormai alle spalle per assistere all'introduzione, nel linguaggio scientifico, del termine bioetica, impiegato per la prima volta in ambito medico da V.R. Potter con uno scritto intitolato *Bioethics. A Bridge to the Future*, pubblicato nel 1971. Per l'oncologo statunitense, la bioetica costituiva, per l'appunto, un ponte tra la biologia, l'evoluzione della specie umana e l'etica. Da allora, la bioetica, germinata essenzialmente nello 'stretto' ambito della medicina, si è allargata fino a costituire una riflessione di tipo interdisciplinare che ha ad oggetto le problematiche etico-morali nell'ambito delle scienze bio-mediche, al fine di fornire delle risposte, da un punto di vista etico, alle problematiche poste dalla medicina e dalla tecnologia (più in generale dalla scienza) che si ripercuotono sulla vita umana, intesa come complesso dinamico bio-psico-sociale.

⁷ Ma sul punto si vedano le conclusioni (nostre) che implicitamente sono presenti nell'intera trama della ricerca.

⁸ T.S. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 1999, p. 1 ss.

e inviolabile), quella laica sposa un approccio di tutela dell'autodeterminazione individuale con tutto quello che ne deriva (libertà, relativismo, autodeterminazione): la conseguenza è di un disaccordo pieno su cosa si debba intendere per vita umana⁹.

Se per il paradigma cattolico l'intervento medico è lecito se è finalizzato alla cura intesa come *ripristino* dell'ordine originario, diversamente sarà per quell'azione medica teleologicamente orientata a sostituire il finalismo naturale perché tendente a modificare il progetto divino. Si è contrari a una certa cultura della vita (quella che ne consente l'interruzione o che interviene sulla sua naturalità) e a una certa cultura della morte (quella che la provoca intenzionalmente). In ogni caso ciò che si assume come violato è il bene vita e la dignità umana, quest'ultima declinata a "valore supercostituzionale"¹⁰ non bilanciabile¹¹, non sottoponibile a qualsivoglia degradazione, in quanto "qualità intrinseca della condizione umana"¹².

Dopo aver riflettuto approfonditamente sulla contrapposizione tra bioetica cattolica e laica, il ragionamento si sposta subito – e diversamente non potrebbe – sul diritto costituzionale *positivo* e il passaggio avviene proprio cogliendo il *paradigma* costituzionale sulla vita.

All'inizio della disamina, all'A. non interessa assumere adesivamente un paradigma o un altro, ma cercare di capire se sia la Costituzione ad accogliere una concezione ovvero l'altra, e con quali ricadute.

Se la vita sia un bene costituzionale e – in caso lo fosse – se sia un *valore costituzionale obiettivo* (bioetica cattolica) ovvero un *diritto costituzionale soggettivo* (bioetica laica) è la domanda che percorre il Capitolo Terzo.

La risposta che dà l'A. è articolata, perché rifiuta risposte assertive, ed è quella che anche a noi pare la più convincente, vale a dire che la concezione di *vita* accolta in Costituzione ha il contenuto di un diritto costituzionale soggettivo, ma non assoluto, così come avviene, d'altronde, per qualsiasi altro diritto fondamentale¹³.

Si è d'accordo perché a noi pare che è proprio la tutela della dignità che comporta sia un dovere di condotta valevole nei rapporti "del sé con l'altro" (essa tutela da aggressioni di terzi, da pratiche degradanti, quali la schiavitù, la tortura, l'oppressione, ...), sia una protezione della libertà, cioè "del rapporto di sé con se stesso"¹⁴. Dunque, da un punto di vista giuridico è il rispetto del principio di autonomia ribadito e vieppiù tutelato nella dignità che, solo, riesce ad attribuire senso alla vita 'biografica'¹⁵ rendendo del tutto lecite, perché costituzionalmente conformi, molte delle questioni rientranti nei temi c.d. 'eticamente sensibili'¹⁶. Fermarsi a questa affermazione, però, significherebbe creare un'intollerabile torsione a favore dell'autonomia del soggetto, sfilando in modo eccessivo e, quindi, irragionevole perché assoluto, il principio della protezione della vita la cui tutela è compito dello Stato assicurare; è necessario, pertanto, bilanciare. La tutela della vita, come pure la stessa dignità umana – e in particolare la protezione dei soggetti più deboli e vulnerabili – si assicura proprio garantendo che ogni persona possa sì esprimersi attraverso la propria autodeterminazione, ma sempre nel rispetto di determinati limiti anche quando non si interferisca in sfere giuridiche altrui; d'altronde, in uno Stato costituzionale nessun diritto è da considerarsi esente da limiti, e ciò per scongiurare la tirannia dei valori¹⁷.

⁹ Per diverse conclusioni rispetto a quelle cui perverrà l'A. cfr., almeno, I. Nicotra Guerrera, *'Vita' e sistema di valori nella Costituzione*, Milano, 1997.

¹⁰ A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 3/1991, p. 347.

¹¹ Essendo piuttosto essa stessa la bilancia del bilanciamento dei diritti, dei principi e dei primi con i secondi: G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Aic*, § 1.

¹² A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo, ecc.*, cit, p. 344.

¹³ Su tutte, basti ricordare, Corte cost., sent. n. 85/2013, p.to 9 *cons. in dir.*

¹⁴ G. Cricenti, *Il principio di dignità umana nella prospettiva del biodiritto*, in *Bioetica*, 2/2011, 191-210, p. 202.

¹⁵ Centrale è la differenza tra vita biologica (etica della sacralità, della vita, vita umana) e vita biografica (etica della qualità della vita, persona): la prima è priva di autocoscienza, che è la dimensione umana del dare senso alla vita, propria della seconda.

¹⁶ Esistenziali per S. Agosta, *Bioetica e Costituzione. II. Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano, 2012.

¹⁷ C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008.

Come si giunge a questo bilanciamento? Secondo Anna Alberti, l'interpretazione conforme a Costituzione privilegierebbe il paradigma della bioetica laica con una concezione *debole* e non già *forte* di laicità. Secondo l'A., il paradigma laico può assumere una diversa connotazione con riguardo all'aggettivazione che l'ordinamento assume per la laicità (forte ovvero debole).

Se la concezione laica spinge verso l'autodeterminazione, allora, per iniziare a dare delle risposte, il diritto della madre non può essere in nessun modo limitato da chi ancora persona non è (la questione dei limiti all'aborto, per esempio, neanche dovrebbe esser posta); guardando al 'polo' finale della 'traiettoria' evolutiva della vita, il paradigma in oggetto non accoglie le differenze tra *uccidere* (aiuto al suicidio ed eutanasia) e *lasciar morire* (rifiuto di cure), perché entrambe espressione del principio di autodeterminazione e della tutela della salute.

Come il diritto alla vita è un diritto implicito, anche il principio di laicità è estratto dal testo costituzionale attraverso l'ermeneutica. Ma il fatto che il nostro ordinamento sia laico non per ciò solo significa che esso sposi senza condizione alcuna il paradigma della bioetica laica, senza aggettivazioni.

Ecco, allora, che l'A. dicotomizza il principio di laicità in forte ("come se Dio non ci fosse") e debole (ispirato ai valori del pluralismo delle libertà e della tolleranza). Il paradigma bioetico deve essere 'risolto' (declinato in modo costituzionalmente conforme) secondo il supporto parametrico, e, quindi, sposando una laicità 'debole' che riesce a *smussare* il paradigma bioetico laico nella misura in cui lo mette in discussione quando si incide sulla vita propria e sulla vita altrui (p. 84)¹⁸, sapendo che comunque anche il principio di autodeterminazione – per come abbiamo già sottolineato – entra *in sé* e *per sé* sempre in bilanciamento in un moto di espansione ovvero di restringimento.

3. Il Capitolo quarto affronta il delicato e discusso tema della rinuncia ai trattamenti sanitari, delle DAT e del suicidio assistito, mentre non affronta in modo diretto quello dell'eutanasia, anche se nelle maglie del discorso si comprende bene come una legislazione che aprisse anche a tale trattamento sarebbe ampiamente conforme al testo costituzionale così come sarebbe possibile anche un intervento del giudice delle leggi che potrebbe impiegare il principio di non discriminazione per "condizioni personali". Per ciò che si sta per dire, questo è chiaro nel pensiero dell'A. (p. 106), ma forse, anche se il testo anticipa la discussa sent. n. 50/2022, tale questione avrebbe potuto trovare una trattazione in paragrafo specifico¹⁹.

Secondo l'A. se la tutela della *vita propria* non impedisce di non iniziare o di rinunciare a un trattamento sanitario salva vita, lo stesso (*analogamente*) deve valere per chi chiede aiuto a morire nella misura in cui la richiesta viene da persona che cerca la *medesima* morte dignitosa. Come si sa la Corte sposterà questo orientamento nella discussa doppia pronuncia (207/2018 e 242/2019), sottoposta a critica dalla stessa Anna Alberti²⁰.

Il ragionamento, seppure sposato dalla Corte, non persuade del tutto. Chi scrive, anche se ora valuta tale dato come acquisito giurisprudenzialmente, non può che sottolineare che le due fattispecie (il rifiuto delle cure e l'aiuto medicalizzato al suicidio e, a maggior ragione, l'omicidio medicalizzato del consenziente) sono distinte in ragione dell'azione compiuta dal medico. Nel primo

¹⁸ Si v. anche lo studio di P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei 'casi' e astrattezza della norma*, Milano, 2007.

¹⁹ Ma si v. A. Alberti, *L'omicidio del consenziente come norma a contenuto costituzionalmente vincolato o a contenuto necessario/obbligatorio? Brevi note alla sent. n. 50 del 2022*, in *Federalismi*, 14/2022, p. 176 ss. (<https://www.federalismi.it/index.cfm>); Id., *Analogie impossibili e possibili: perché il quesito sull'art. 579 c.p. è inammissibile*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (cur.), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, Atti del Seminario di Ferrara, 26 novembre 2021, in *Forum di Quaderni costituzionali* 1/2022, p. 36 ss. (<https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/>).

²⁰ A p. 110 si parla delle possibili conseguenze dell'impiego dell'ordinanza interlocutoria. Si ipotizzano due scenari: il primo, il Parlamento interveniva; il secondo, in assenza di intervento legislativo, la Corte dichiarava l'incostituzionalità prospettata. Se si è d'accordo sostanzialmente, non lo si è formalmente; infatti, a noi pare che nella prima delle due pronunce non si sia dinanzi a nessuna dichiarazione di incostituzionalità, e sta proprio qui – in fin dei conti – la problematicità della tecnica decisionale in parola, nella misura in cui con essa la Corte dice tanto, ma vincola poco. Infatti, può non essere 'seguita' dai giudici, dal Parlamento e, paradossalmente, dalla Corte medesima.

caso (il solo perfettamente rientrante nell'art. 32, c. 2, Cost.), il rifiuto delle cure non è causale per l'evento morte, ma per l'andamento naturale e incontrastato della patologia che, questo sì, condurrà inesorabilmente alla morte del paziente; al contrario, nel secondo caso l'aiuto al suicidio è 'direttamente' causale per l'evento morte. La differenza si fonda, quindi, sul ruolo del medico (il terzo) e non sulla richiesta del paziente, che, in effetti, chiede la stessa cosa, ovvero sia terminare la propria vita e con essa la condizione di sofferenza in cui il corpo lo ha imprigionato. L'impostazione metodologica assunta dalla Corte (in ord. n. 207/2018) ha imposto alla Corte stessa di estendere all'aiuto medicalizzato al suicidio quanto l'ordinamento permette solo per l'interruzione di cure salva vita con tutte le difficoltà interpretative e pratiche rilevate dalla stessa A.

Ma ora, il principio di eguaglianza deve potersi esprimere in modo forte.

Con una decisione (242/2019) che ha impiegato come *tertium comparationis* la l. n. 219 del 2017 (*Norme in materia di consenso informato*) e che si è *piegata* sul caso concreto, l'intervento giurisprudenziale prodotto è apparso subito parziale in special modo per il fatto che alcune gravi patologie non rendono sempre possibile che l'aiuto al suicidio possa concretizzarsi nel massimo atto 'autolesionistico' (nel caso in cui, per esempio, si è costretti da paralisi totale), tanto che l'eutanasia 'attiva volontaria' si prospetterebbe come l'unica pratica in grado di dare seguito alla volontà del paziente di porre fine alle proprie sofferenze quando questi si trovi in una condizione di assoluto impedimento fisico. Non prendere in considerazione questa ipotesi ha significato (ancora oggi) non dare una risposta – creando una discriminazione per motivi irrilevanti – a chi è affetto da malattie gravemente invalidanti, non colmando in modo pieno la lacuna costituzionale sovente richiamata dalla Corte. Per lo *ius superveniens* prodotto dalla stessa Corte, la sentenza n. 242/2019 ha generato un moto di richiesta di riconoscimento di diritti per tutelare casi simili ma non uguali²¹ e per inverare il principio di eguaglianza e di non discriminazione per "condizioni personali" ex art. 3, c. 1, Cost., proprio per i casi maggiormente meritevoli di considerazione.

Lo sviluppo della ricerca di Anna Alberti – che, ricordiamo, anticipa anche la sentenza n. 50/2022 in tema di inammissibilità della richiesta referendaria sull'omicidio del consenziente – potrebbe seguire la posteriore argomentazione²², che si prova a delineare, seppure in sede di recensione.

La richiesta di *referendum* parziale dell'art. 579 c.p. nasceva proprio dalla presa d'atto che il Parlamento *ha scientemente deciso di non decidere*, da quando non solo non ha dato seguito (dal 2013) a un ddl di iniziativa popolare in tema di eutanasia, ma anche da quando, 'stimolato' dalla Corte costituzionale (ord. n. 207/2018 e, quindi, sent. n. 242/2019) a intervenire in ambito di decisioni sul fine vita, ha limitato la sua discussione al solo aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) e non già all'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), nella cui fattispecie rientra l'eutanasia.

La proposta referendaria nasceva in questo contesto in cui il principio di autodeterminazione è riuscito (giurisprudenzialmente) a trovare un suo riconoscimento, con limiti, anche negli ambiti del fine vita, ma non in tutti, in quanto rimane la spietata disparità di trattamento che si manifesta verso chi, pur potendo richiedere l'aiuto al suicidio (perché si trova nelle ipotesi previste dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 242/2019) non riesca a compiere il gesto ultimo e definitivo di darsi la morte per mettere fine a una vita considerata come non degna di essere vissuta. Quindi, l'eventuale normativa di risulta avrebbe assicurato una prima risposta al *vulnus* costituzionale prodotto da una normativa che pone l'assolutezza del divieto di aiuto a morire (non *richiesta* da alcuna norma costituzionale) ovvero da un bilanciamento *diseguale* (*recte* nullo) fra tutela dell'autodeterminazione e della vita.

Ma la Corte ha rilevato che a seguito dell'abrogazione la fattispecie criminosa avrebbe permesso di chiedere di morire *a prescindere dal proprio stato di salute*²³ tanto da creare uno iato tra intento

²¹ Che, per l'appunto, non sarebbe il frutto della logica del pendio scivoloso ma quello del rispetto del principio di eguaglianza declinato nella doverosità della non discriminazione.

²² Anche se rifiutata dalla recensita seppure in altra pubblicazione: A. Alberti, *L'omicidio del consenziente, ecc.*, cit., p. 176 ss.

²³ "L'effetto di liceizzazione dell'omicidio del consenziente oggettivamente conseguente alla vittoria del sì non risulterebbe affatto circoscritto alla causazione, con il suo consenso, della morte di una persona affetta da malattie gravi e irreversibili», p.to 3.2 *cons. in dir.*

ricercato e risultato ottenuto e da non garantire il livello minimo di tutela legislativa del bene vita²⁴. Qui²⁵ basti solo sottolineare che l'inadeguatezza della richiesta rispetto allo scopo non comporta (non avrebbe potuto comportare) alcuna compromissione della libertà di voto degli elettori, nella misura in cui è nella campagna referendaria che le ragioni del sì e del no si difendono e il problema politico dello iato, se esistente, avrebbe dovuto determinare semmai la bocciatura popolare del *referendum*²⁶. Che i cittadini sappiano per che cosa votano è un assunto che, in un sistema democratico, deve essere considerato assiomatico.

Ma la sent. n. 50 ha detto altro, tanto che il tema è ora (come si vede) di strettissima attualità.

4. La Seconda ampia parte del Volume tratta dell'inizio vita e lo fa approfondendo i trattamenti di interruzione volontaria di gravidanza (Capitolo Quinto), di procreazione medicalmente assistita (Capitolo Sesto), di surrogazione di maternità (Capitolo Ottavo).

Approfondendo la *quaestio* dell'aborto, l'A. verifica la fondatezza della sua tesi. E infatti, non si tratta di scegliere in modo valevole per ogni situazione se la *vita* debba considerarsi diritto soggettivo o valore obiettivo; entrambe le dimensioni (disponibilità e indisponibilità) possono convivere tra di loro: data la fattispecie concreta prevarrà una dimensione ovvero l'altra.

Rispondere alla domanda da quando inizia la vita umana è di estrema importanza per la tesi esposta e, quindi, sulle ricadute che si hanno (possono avere) per l'influenza (e sui limiti all'autodeterminazione) sulla *vita altrui*. L'A., supportata dalla giurisprudenza costituzionale, distinguendo tra concepito ed embrione, giudica legittima la legge italiana e valuta la fondatezza della sua tesi rispetto a un criterio di ragionevolezza. Ricadendo la scelta di interrompere la gravidanza sulla *vita propria* (della gestante), ma soprattutto dato il processo in cui il feto diventa 'vitale' pur rimanendo vita in potenza, l'aborto non rappresenta una indebita decisione della *vita altrui* (p. 127). Da una parte, infatti, abbiamo un diritto (della donna), dall'altra un interesse costituzionalmente protetto (dell'embrione), che non ha diritti, né di nascere né di non nascere (p. 147 ss.). Se il concepito non ha soggettività giuridica, non significa che il diritto della madre sia assoluto, ma che sia ragionevole che esso debba soggiacere a condizioni sempre più onerose in seguito alla trasformazione dell'embrione in feto²⁷, con la prevalenza incondizionata della tutela (sempre e comunque) della salute della gestante *ex art. 32 Cost.*

È l'interpretazione evolutiva dell'art. 31 della Costituzione, invece, a costruire il diritto di procreare nel suo precipitato non solo negativo (diritto di libertà) ma anche prestazionale. Data la fattibilità scientifica della procreazione medicalmente assistita, al legislatore è riconosciuta, grazie all'esercizio della sua ragionevole discrezionalità, una tutela minima essenziale ovvero una tutela più ampia (p. 187): la prima garantirebbe il diritto di procreare limitatamente alla insorgenza o presenza di problemi procreativi gravi, problemi che colpiscono coppie eterosessuali in età fertile che, in presenza di una patologia, non riescono a portare a termine la *naturale conseguenza* dell'atto di unione

²⁴ Che questo fosse il vero *punctum dolens* lo aveva anticipato P. Veronesi, *Obiettivo legittimo ma strumento (forse) sbagliato*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, Id. (cur.), *La via referendaria al fine vita, ecc.*, cit., p. 232. Per Anna Alberti si era dinanzi a una legge a contenuto costituzionalmente vincolato e non già necessario: *L'omicidio del consenziente come norma a contenuto costituzionalmente vincolato, ecc.*, cit., p. 176 ss.

²⁵ Per una nota critica alla sentenza si rinvia ad A. Pugiotto, *Eutanasia referendaria dall'ammissibilità del quesito all'incostituzionalità dei suoi effetti: metodo e merito nella sent. n. 50/2022*, in *Rivista Aic*, 2/2022, p. 93 s. (<https://www.rivistaaic.it/it/>). Solo se si v. si rinvia anche al nostro *La Corte e il referendum sull'art. 579 c.p. fra chiusure (di merito) e aperture (de jure condendo)*, in *Studium Iuris*, 7-8/2022, pp. 804-812.

²⁶ M. Luciani, *Art. 75 Cost. La formazione delle leggi. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2005, p. 438.

²⁷ Da p. 165 ss. L'A. si interroga se le disposizioni normative contenute nella l. n. 194/1978 siano a contenuto costituzionalmente vincolato o necessario. A seguito di Corte cost., sent. n. 50/2022, pare di poter dire che alla luce della stratificazione giurisprudenziale della categoria delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato e di quelle costituzionalmente necessarie a oggi può dirsi che tale costruzione pretoria comporti un medesimo limite (la non abrogabilità della normativa) ma un diverso esito legislativo (potendo la seconda conoscere una sostituzione di disciplina non costituendo questa l'unica compatibile con il testo costituzionale).

coniugale; la seconda, invece, potrebbe spingersi fino a riconoscere la fecondazione *in vitro* dei propri gameti anche a chi non possa procreare naturalmente, quali singoli individui, coppie non più fertili, omosessuali, evidentemente donne e non già uomini. Mentre le prime possono ottenere l'accesso alle pratiche di procreazione medicalmente assistita con l'impiego di gameti maschili di un donatore esterno alla coppia, lo stesso non può valere per le coppie omosessuali maschili che dovranno ricorrere, oltre che ai gameti femminili, a una madre surrogata, ovvero a una gestante che decida liberamente di portare a termine la gravidanza per conto della coppia. Questa è la tematica oggetto del Settimo e ultimo Capitolo, che si apre con la messa in discussione persino di quel dato naturale che si riteneva per *definitionem* intoccabile, quello per cui *mater semper certa est*.

La pratica in questione occupa la posizione dilemmatica per eccellenza tanto quanto l'eutanasia per il lato opposto della *vita*. Continuando con l'obiettivo prefissato, nel Capitolo si tratta della questione se in Costituzione la maternità surrogata sia consentita o, almeno, non vietata. Per la giurisprudenza della Corte costituzionale (sentt. nn. 272/2017 e 33/2021) parrebbe che sia vietata, anche se – a leggere tra le pieghe delle motivazioni – all'A. pare che la ferma esclusione riguardi la sola gestazione c.d. commerciale, vale a dire quella che impone alla donna gestante la rinuncia del diritto di madre sulla prole (futura) in base a (in cambio di) un corrispettivo.

Sgomberato l'equivoco per cui secondo l'art. 30, c. 4, Cost. – che rinvia alla ricerca della paternità – sarebbe confermata la certezza della madre, che è colei che partorisce, si ragiona sul fatto che alla genitorialità si può rinunciare, conseguendone che madre è colei che si prende cura del figlio (si pensi all'adozione). L'art. 30 Cost., allora, determina non già un ostacolo alla maternità in surrogazione quanto piuttosto una tutela al *favor maritalis*.

Ma a oggi esiste non solo un esplicito divieto (art. 12, l. n. 40/2004), ma forse anche un contenuto costituzionalmente (*recte*: giurisprudenzialmente) vincolato (quindi non abrogabile); ma è pur vero che la constatazione che la Costituzione non vieti e che il concetto di ordine pubblico internazionale (richiamato dalla giurisprudenza di legittimità per escludere la trascrizione dei bimbi nati all'estero in quei Paesi in cui la pratica è lecita) è dinamico e non statico, tanto che ciò renderebbe possibile una re-interpretazione dell'eventuale novella legislativa che disponesse per una maternità surrogata fondata sul *dono*, con relative misure a garanzia.

Ma prima del Parlamento, forse, tornerà a discuterne la giurisdizione. È infatti con la recente ordinanza numero 1842 del 2022 della Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione che si richiede un nuovo pronunciamento delle Sezioni Unite al fine di aprire alla 'maternità surrogata', anche se è solo nel 2019 (la sentenza numero 12193) che tale giurisdizione si era pronunciata a favore di una netta chiusura del trattamento. Premesso che il c.d. "turismo dei diritti"²⁸ è solo un sintomo di un problema sociale e non già una argomentazione giuridica per rilevare l'irragionevolezza della norma²⁹ e che non c'è equiparazione tra dignità della gestante e rispetto della naturalità del processo procreativo, in un senso diverso da quanto sostenuto dall'autrice paiono andare quelle recenti proposte (ora abbinate) depositate alla Camera dei deputati in Commissione Giustizia che vorrebbero ribadire il divieto assoluto di ricorso alla maternità surrogata. Facendolo, oltre ad accogliere il paradigma della bioetica cattolica, cadrebbero in una palese irragionevolezza nella misura in cui – sia la pdl n. 306 (Meloni e altri) che la n. 2599 (Carfagna e altri) – vorrebbero punire la condotta consumata all'estero di chi – la numero 306 fa riferimento anche (*recte*, persino) agli stranieri – faccia ricorso a quanto è già punito *ex art. 12 l. n. 40/2004*. Ma a oggi, mai nessuno è stato punito *ex art. 6 c.p.* e ciò perché tutte le condotte tendenti alla realizzazione della maternità surrogata sono realizzate all'estero, e stante il principio della 'doppia punibilità' *ex art. 9 c.p.* non si può di certo applicare una sanzione con riguardo a condotte tenute in un Paese in cui sono non solo consentite ma anche regolate e disciplinate³⁰.

²⁸ S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 56 s.

²⁹ In caso contrario il solo fatto che una pratica sia esercitata all'estero determinerebbe la sua legittimità nel nostro ordinamento.

³⁰ Cfr. le Audizioni in Commissione Giustizia (Camera dei deputati) del 13 marzo 2022 a Filomena Gallo, Francesca Re e Cinzia Ammirati disponibili sul sito dell'Associazione Luca Coscioni (<https://www.associazionelucacoscioni.it/cosa-facciamo/fecondazione-assistita/gravidanza-solidale-per-altri>).

5. Anche se non esplicitamente sottolineato, decisiva per l'interpretazione della Costituzione, in special modo da parte della Corte costituzionale, è la presenza o meno di una legislazione che affronti in modo organico le questioni della *vita*, ma anche la capacità di intervento di un giudice che nel suo arco non sempre ha armi acuminata.

La circostanza che il Parlamento abbia deciso in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento ha dato la possibilità alla Corte di avere un quadro normativo chiaro e aggiornato. Certo, lo stesso potrebbe dirsi della l. n. 40/2004. A differenza di un vuoto legislativo, è solo la presenza di una legge, che è fonte del diritto, a permettere alla Corte di intervenire e di adeguare il testo oggetto di giudizio al parametro costituzionale (evolutiveamente interpretato). Ma la legge non sempre riesce a permettere alla Corte di intervenire liberamente; da qui la tecnica dell'incostituzionalità prospettata per l'aiuto al suicidio, che potrebbe interessare anche la normativa dell'eutanasia e quindi dell'omicidio del consenziente *ex art. 579 c.p.* E chissà se, venuta meno la necessità delle rime obbligate³¹, nel futuro, in un quadro internazionale in continua evoluzione, ciò possa accadere anche per il divieto di maternità surrogata, ben sapendo che la Corte non dovrà addivenire a una dichiarazione di incostituzionalità secca, quanto piuttosto a una manipolativa che riesca a introdurre una gestazione portata avanti per un *dono* e non già per fini economici.

Al di là delle strutturali limitazioni connesse alle funzioni stesse della Corte costituzionale, l'intervento legislativo deve essere sempre ritenuto opportuno e non solo per una maggiore certezza del diritto che in tale materia (quella c.d. etica) pare rimanere sostanzialmente carente.

Al fine di acclarare tale tesi, stimolata dalla lettura del libro di Anna Alberti, qualche esempio giurisprudenziale pare possibile. Fra le tante decisioni che si possono richiamare, ve ne sono almeno due particolarmente significative.

La prima è tutta interna al nostro ordinamento: si ricordi la vicenda sul diritto fondamentale alla rettificazione degli atti di stato civile e al riconoscimento del nuovo genere da parte del transessuale nella misura in cui tale giurisprudenza costituzionale dimostra come sia proprio la presenza di una legge che, riconoscendo il diritto alla rettificazione del sesso, permette alla Corte di cambiare giurisprudenza elevandolo a diritto fondamentale *ex art. 2 Cost.* E infatti, secondo una prima lettura, il diritto al riconoscimento dell'identità sessuale è ritenuto non inviolabile e quindi non valutabile come un diritto che appartiene al patrimonio irretrattabile della persona umana, perché non direttamente collegabile a nessun diritto costituzionalmente positivizzato³²; la Corte, poi, – intervenuta la legge – cambia avviso affermando che il transessuale – per recuperare il proprio equilibrio tra soma e psiche – ha “il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, [che è] da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità”³³.

La seconda sentenza è quella che ha portato al mancato riconoscimento del matrimonio omosessuale in Italia³⁴ anche perché, con tutta probabilità, alla cognizione del giudice costituzionale non era stata sollevata alcuna legge che avesse già aperto a quel tipo di unione. Sul ruolo che può esercitare la ‘presenza’ di una legge sul sindacato di costituzionalità con riguardo allo stesso caso emblematico, si può pensare che nello stesso periodo un'altra Corte (il *Tribunal Constitucional de España*) giunse a conclusioni diametralmente opposte proprio perché il sindacato era su una legge che consentiva.

Ecco, allora, che lo studio di Anna Alberti è rivolto, in una declinazione di politica del diritto, al Legislatore che se volesse disciplinare fenomeni già esistenti potrebbe poi vedersi riconosciuto l'avallo della Corte costituzionale che ha dimostrato come essa sia pronta a riconoscere la capacità della Carta a essere interpretata in modo conforme ai tempi e al tempo.

³¹ *Ex multis* Corte cost., sentt. nn. 236/2016, 207/2018, 233/2018, 40/2019, 99/2019, 28/2022, 63/2021, 224-252/2020, 95/2022.

³² Corte cost., sent. n. 98/1979.

³³ Corte cost., sent. n. 161/1985.

³⁴ Corte cost., sent. n. 138/2010.

Ciò significa non che l'interpretazione costituzionale sia affidata al solo Legislatore (si verrebbe smentiti a ogni deposito delle decisioni della Corte), ma che su alcune questioni la Corte abbisogna o di tempo o dell'intervento parlamentare.

Riprendendo la sentenza del *Tribunal* prima implicitamente richiamata (la n. 198/2012) – senza il rischio di approssiare alcun sociologismo giuridico – per la maggioranza del *TC*, il precetto costituzionale deve essere sottoposto a una interpretazione evolutiva in quanto la Costituzione è un “albero che vive” e, grazie a tale ermeneutica, è la Costituzione stessa che “si adatta alle realtà della vita moderna per assicurarsi la propria rilevanza e legittimità, e non solo perché si tratta di un testo i cui grandi principi si applicano a previsioni che i suoi redattori non immaginarono, ma anche perché i pubblici poteri, e in modo particolare il legislatore, vanno ad attualizzare tali principi gradualmente, e ancora in quanto il Tribunale Costituzionale, quando giudica la costituzionalità di queste attualizzazioni, dota le norme di un contenuto che permette di leggere il testo costituzionale alla luce dei problemi contemporanei e delle esigenze della società attuale, alla quale bisogna che la norma fondamentale dell'ordinamento giuridico dia una risposta, incorrendo, in caso contrario, nel rischio di diventare lettera morta”.

E allora, e per concludere, davanti allo sviluppo armonioso dei diritti dell'uomo e della donna, in tutte le fasi della loro vita, vi è bisogno di una ‘leale collaborazione’ fra tutti gli attori istituzionali, di una *lealtà* istituzionale che si basi sul confronto reciproco non viziato da pre-giudizi o elaborazioni dommatiche che non permettono un bilanciamento tra diritti, tra posizioni, tra paradigmi: dalla presunzione all'accertamento, quindi. Non può allora non destare qualche perplessità uno degli ultimi *obiter dictum* pronunciati in tema dalla Corte costituzionale, proprio in materia di scelte esistenziali³⁵.

Per la Corte la vita è un “valore” che si pone a presupposto di tutti gli altri diritti dei quali costituisce il germe ovvero il nucleo, tanto da costituire un *prius* logico e ontologico per l'esistenza e la specificazione di tutti gli altri diritti. Che senza la vita non vi sia persona a cui riconoscere diritti e che senza di essa nessuno possa esercitarli è evidente, oltre che tautologico, anche se il ripetersi di espressioni che vogliono la vita umana come un valore superiore, fondamentale o centrale dell'ordinamento può essere alla base di pericolose gerarchizzazioni assiologiche, estranee al testo della Costituzione. Dal diritto alla vita non può discendere un dovere di vivere, un obbligo coercibile di vivere. Inoltre, il diritto alla vita è un diritto fondamentale che è tale perché è riconosciuto (implicitamente) in Costituzione e, come per tutti gli altri diritti fondamentali, deve essere bilanciato con gli altri diritti costituzionali; in caso contrario, ci troveremmo dinanzi alla manifestazione di una tirannia dei valori (anzi, del valore) di schmittiana memoria, per come già ricordato. Il richiamo ai valori è un rinvio al meta-normativo, diversamente da quanto accade quando il loro impiego parametrico è a valle della loro positivizzazione in principi e in diritti retti non in solipsismo ma in continuo e vicendevole bilanciamento nella misura in cui, rifuggendo qualsiasi gerarchizzazione assiologica, riescono a non essere tirannici gli uni sugli altri e a garantire una logica di relatività tale che i beni costituzionali in rilievo (autodeterminazione e vita) vengano tutelati entrambi e secondo ragionevolezza.

Questo dato normativo è bene esplicitato da Anna Alberti, e anche da questo punto di vista il suo studio può rappresentare l'abbrivio per nuovi sviluppi di ricerca in ambiti ai quali non si riesce a definire con *certezza* limiti e portata, anche per uno sapere scientifico la cui crescita non è prevedibile, ma che non per questo non può essere che governata da una regolazione giuridica, il cui compito primario è proprio quello di creare e statuire l'ordine sociale e far sì che il fisiologico non scivoli e si trasformi in patologico. Inoltre, non può essere la paura (per definizione irrazionale) o una visione allo stato dei fatti astratta, concentrata sul futuribile, a limitare l'insaziabilità dei diritti³⁶, dei quali quello dell'autonomia nel campo del biodiritto è sicuramente rilevante.

³⁵ Corte cost., sent. n. 50/2022, p.to 5.2 *cons. in dir.*

³⁶ Oramai concetto utilizzato anche dalla dottrina costituzionalistica grazie a C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Riv. Aic*, 4/2013, p. 1 ss. (<https://www.rivistaaic.it/it/>). Si v. anche G. Gemma, *Non diritti 'insaziabili' ma microdiritti costituzionali circa l'uso del proprio corpo*, in *Dir. soc.*, 2/2013, pp. 207-235.