

3rd Quadrilateral Conference

Lisbona 10-12 ottobre 2019

Sessione pomeridiana dedicata alla giurisprudenza Sotto tema n. 1: Genetics, person and family

I deboli e vulnerabili nelle nuove frontiere dell'autodeterminazione: un bilanciamento complesso

Prof. Luca Antonini

Corte costituzionale italiana

#### VERSIONE PROVVISORIA

La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana nell'ultimo anno ha affrontato diverse questioni che attengono al sotto tema cui è dedicata questa sessione.

I tre casi più significativi riguardano però il tema dell'aiuto al suicidio, della incriminazione penale del favoreggiamento della prostituzione, del divieto di fecondazione eterologa per le coppie omosessuali: queste pronunce verranno richiamate tutte e tre in estrema sintesi, evidenziandone le argomentazioni portanti e lasciando alla discussione la possibilità di ulteriori approfondimenti. Nella esposizione orale, dato il limite di tempo, ci si soffermerà solo sul primo caso.

1. È infatti l'ordinanza n. 207 del 2018, una delle decisioni che hanno maggiormente segnato la giurisprudenza costituzionale dell'ultimo anno, sia per le questioni trattate, che attengono direttamente allo statuto costituzionale della persona umana, sia per la novità apportata al quadro delle tecniche decisorie, sia per il ricchissimo e complesso dibattito dottrinale che si è sviluppato.

La Corte è stata chiamata, dalla Corte di Assise di Milano, a intervenire in merito alla sospettata illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio a prescindere dal loro contributo alla determinazione o rafforzamento del proposito di suicidio. Il suddetto articolo, risalente al 1930 ed espressivo di una visione fortemente pubblicistica della vita del singolo, infatti, punisce severamente – con la reclusione da cinque a dodici anni (pena solo di poco inferiore a quella dell'omicidio del consenziente) – chi concorre nel suicidio altrui: e ciò tanto se la partecipazione si attui nella forma della istigazione, quanto se si realizzi nella forma del concorso materiale (aiuto): agevolandone – recita l'articolo del codice - «in qualsiasi modo l'esecuzione».

In particolare, la Corte d'assise sosteneva che l'incriminazione delle condotte di aiuto al suicidio, non rafforzative del proposito della vittima, fosse in contrasto con i principi sanciti dagli articoli 2 e 13 della Costituzione, dai quali discenderebbe la libertà della persona di scegliere quando e come porre termine alla propria vita.

La vicenda nasceva dal caso di un ex DJ, Fabiano Antoniani, che a seguito di un grave incidente automobilistico, era rimasto tetraplegico e affetto da cecità permanente, non autonomo nella respirazione e nell'alimentazione, in stato di costante e acuta sofferenza, conservando però intatte le facoltà intellettive. Un euro parlamentare con cui Fabo era entrato in contatto, Marco Cappato, decise di assecondare le richieste

di Fabiano accompagnandolo in auto, assieme alla madre e alla fidanzata, in Svizzera, dove venne compiuto il suicidio, realizzato azionando con la bocca uno stantuffo, attraverso il quale viene iniettato in endovena il farmaco letale.

Di ritorno dal viaggio, Marco Cappato si autodenunciò all'autorità di pubblica sicurezza e il caso che avrebbe condotto alla condanna di Cappato (e probabilmente della madre e della fidanzata di Fabo), dopo varie fasi, arrivò alla Corte d'assise di Milano che sollevò la suddetta questione di costituzionalità.

In risposta a tali quesiti, l'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale ha innanzitutto operato una drastica delimitazione della questione che il giudice remittente aveva formulato in termini assai larghi, prospettando, in nome dell'autodeterminazione individuale, una generale libertà, costituzionalmente garantita, di porre fine alla propria vita (il cd. diritto al suicidio, dove anche il cd. *taedium vitae* sarebbe coperto da questo diritto). La Corte costituzionale, infatti, non ha condiviso questa tesi, nella sua assolutezza; nella pronuncia, infatti, si legge: «l'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio – rinvenibile anche in numerosi altri ordinamenti contemporanei – è, in effetti, funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio. Essa assolve allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere».

Tuttavia, continua l'ordinanza, non si può non tener conto di specifiche situazioni, inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta: «il riferimento è, più in particolare, alle ipotesi in cui il soggetto agevolato si identifichi in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli. Si tratta, infatti, di ipotesi nelle quali l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare».

Nelle particolari situazioni sopra indicate, che profilano una richiesta di assistenza nel morire avanzata in condizioni esistenziali molto diverse rispetto a quelle che contraddistinguono le molteplici tipologie di suicidio, indotte dalle “sofferenze dell'anima”, «vengono messe in discussione le esigenze di tutela che negli altri casi giustificano la repressione penale dell'aiuto al suicidio».

In questa prospettiva l'ordinanza richiama la recente legge italiana n. 219 del 2017, sul fine vita, che riconosce ad ogni persona «capace di agire» il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla propria sopravvivenza, compresi i trattamenti di idratazione e nutrizione artificiale, sottoponendosi a sedazione profonda continua. Questo diritto viene inquadrato nel contesto della «relazione di cura e di fiducia», la cosiddetta alleanza terapeutica, tra paziente e medico e allora – conclude l'ordinanza – se il valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di lasciarsi morire con l'interruzione dei trattamenti sanitari, «non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale».

La Corte però non ha ritenuto di poter porre rimedio a questo vulnus con una semplice cancellazione del reato di aiuto al suicidio di chi si trova in una situazione del genere. «Una simile soluzione lascerebbe, infatti, del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi». Una regolazione della materia volta ad evitare abusi nei confronti di persone vulnerabili implica, infatti, una serie di scelte discrezionali e quindi l'intervento del legislatore.

In questo contesto argomentativo l'ordinanza esplicita - è molto importante rilevarlo, perché

la sentenza si muove chiaramente nel solco dell'esigenza di tutelare i deboli e i vulnerabili - una serie di contenuti che vengono suggeriti al legislatore e che dovrebbero caratterizzare l'introduzione della nuova previsione normativa. Essi attengono: a) le modalità di verifica medica: si richiede quindi necessariamente l'intermediazione di un medico nella verifica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto al suicidio; si tratta di una condizione molto importante al fine di evitare abusi e distorsioni; b) la disciplina del relativo "processo medicalizzato": si rimarca ulteriormente, con questa espressione, la necessità della garanzia di un intervento medico, ovvero di una reale presa in carico sanitaria del soggetto, perché solo così risulta effettivamente garantito il diritto fondamentale del paziente ad essere reso consapevole e informato sulle varie soluzioni: prima tra tutte quella delle cure palliative (che spesso se somministrate con competenza riducono notevolmente le richieste di suicidio assistito) e poi quella della sedazione profonda e continuata (già prevista dalla citata legge 219 del 2017 e in forza della quale la morte sopravviene in poco tempo ma ancora per effetto della malattia e senza essere imputabile a un atto uccisivo diretto); c) la (eventuale) riserva esclusiva di somministrazione dei trattamenti al servizio sanitario nazionale (con una sostanziale esclusione della possibilità di svolgere a fini di lucro tali trattamenti); d) la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto in tali procedure.

È anche interessante precisare che l'ordinanza, volutamente, non contiene alcun giudizio di valore sulle situazioni che eppure legittimano la richiesta di porre fine alla propria vita, in questo consapevole che in quelle stesse drammatiche situazioni, a fronte di persone che si risolvono per la scelta di abbandonare la vita, ve ne sono altre, che per la solidità del contesto familiare o per la propria ricchezza d'animo, rimangono, fino all'ultimo respiro, persino innamorate della vita.

In questo stesso contesto valoriale, che peraltro non esaurisce tutti i possibili risvolti della

fattispecie - si pensi al rischio che la nuova facoltà diventi una scorciatoia rispetto a una seria presa in carico del paziente - dal punto di vista del processo costituzionale, si inserisce il carattere innovativo della decisione: in presenza di una pluralità di scelte discrezionali, finora la Corte aveva dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, con un monito al legislatore affinché approvasse la disciplina necessaria. Se il monito rimaneva senza riscontro, seguiva, di norma, una pronuncia di illegittimità costituzionale. Ora, però, la Corte osserva che questa tecnica decisoria avrebbe «l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione». «Un simile effetto» – si legge nell'ordinanza – «non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti».

Di qui la decisione adottata di rinviare il giudizio a data fissa, per dare al legislatore la possibilità di intervenire con una apposita disciplina «che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela». Nel frattempo rimane sospeso il giudizio a quo e in altri eventuali analoghi giudizi spetterà al giudice valutare se, alla luce dei principi ora affermati, ci siano le condizioni per sollevare una uguale questione di legittimità costituzionale, così da evitare l'applicazione della disposizione censurata. Questa quindi la conclusione: quando «la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere», la Corte reputa «doveroso» consentire al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, «in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale». Ciò al fine di «evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale».

Facendo leva sugli strumenti processuali consentiti – la possibilità di rinviare la decisione – la Corte costituzionale italiana ha introdotto, pur utilizzando formalmente lo strumento noto dell'ordinanza, un nuovo strumento decisorio che la dottrina – in questa sede non è possibile dare conto dello sterminato dibattito dottrinale - ha definito in molti modi ("ordinanza a incostituzionalità differita", "a incostituzionalità immediata e ad annullamento differito"; di "incostituzionalità dichiarata ma non accertata", ecc.). Il Presidente della Corte costituzionale nella relazione di fine anno ha usato il termine, più appropriato, di "incostituzionalità prospettata". Resta, in ogni caso, abbastanza pacifica l'influenza del modello della

Unvereinbarkeitserklärung del Tribunale costituzionale tedesco, pur con tutte le diversità in termini di origine e di sviluppo dell'istituto, come anche l'analogia con le pronunce di simple incostitucionalidad del Tribunale costituzionale spagnolo.

Trattandosi di uno strumento nuovo, non immediatamente chiari sono risultati gli effetti della pronuncia nei confronti non tanto dei giudici diversi da quello a quo, peraltro sollecitati dall'ordinanza a sospendere i processi, quanto nei confronti della pubblica amministrazione, dei soggetti privati, delle situazioni già risolte con sentenza definitiva. È stato l'inevitabile prezzo da pagare in forza della volontà di mantenersi, nell'enucleare uno strumento decisionale innovativo che rispondesse a tutte le esigenze sollecitate dal caso normativo in questione, nello stretto alveo della legalità processuale, senza sconfinare dalle strettoie processuali. Maggiore flessibilità e capacità di modulare gli effetti delle decisioni sono insite nelle tecniche decisionali della giurisprudenza tedesca, di origine però puramente pretoria: un confine che invece la Corte italiana ha preferito non valicare.

In data 24 ottobre 2019, si è svolta la nuova udienza a seguito del rinvio: nel frattempo, infatti, il Parlamento italiano non era riuscito nemmeno a calendarizzare un disegno di legge in materia. A questo punto la Corte, visto il mancato intervento parlamentare, ha dichiarato la incostituzionalità della punizione penale dell'aiuto al suicidio di cui all'articolo 580 del codice penale, di chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche e psicologiche che egli reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli. In attesa di un indispensabile intervento del legislatore, la Corte ha però subordinato la non punibilità al rispetto delle precise modalità previste dalla normativa sul consenso informato, sulle cure palliative e sulla sedazione profonda continua (articoli 1 e 2 della legge 219/2017) e alla verifica sia delle condizioni richieste che delle modalità di esecuzione da parte di una struttura pubblica del SSN, sentito il parere del comitato etico territorialmente competente.

La sentenza non è ancora stata pubblicata, ma nel suo comunicato la Corte ha sottolineato che l'individuazione di queste specifiche condizioni e modalità procedurali, desunte da norme già presenti nell'ordinamento, si è resa necessaria per evitare rischi di abuso nei confronti di persone specialmente vulnerabili, come già sottolineato nell'ordinanza 207 del 2018.

2. Sul tema della persona è poi interessante ricordare la sentenza n. 141 del 2019 che ha dichiarato non fondate le questioni sollevate dalla Corte d'appello di Bari sulle disposizioni della "legge Merlin" (legge 20 febbraio 1958 n.75) che puniscono il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione. La Corte remittente aveva sostenuto che l'attuale realtà sociale è diversa da quella dell'epoca in cui le norme incriminatrici furono introdotte: accanto alla prostituzione "coattiva" e a quella "per bisogno", oggi vi sarebbe infatti una prostituzione per scelta libera, volontaria, qual è quella delle "escort" (accompagnatrici retribuite, disponibili anche a prestazioni sessuali). Una simile scelta costituirebbe espressione della libertà di autodeterminazione sessuale, garantita dall'articolo 2 della Costituzione: da questo punto di vista la punizione penale del favoreggiamento della prostituzione costituirebbe una indebita "cintura protettiva" che, inibendo ai terzi di cooperare in qualsiasi modo con la escort, impedirebbe l'esercizio della stessa libertà sessuale.

La Corte costituzionale, invece, è chiara nell'escludere la riconducibilità della prostituzione,

nemmeno nel fenomeno delle escort, al diritto inviolabile alla libertà sessuale: "[s]e è il collegamento con lo sviluppo della persona a qualificare la garanzia apprestata dall'art. 2 Cost., non è possibile ritenere che la prostituzione volontaria partecipi della natura di diritto inviolabile – il cui esercizio dovrebbe essere, a questa stregua, non solo non ostacolato, ma addirittura, all'occorrenza, agevolato dalla Repubblica – sulla base del mero rilievo che essa coinvolge la sfera sessuale di chi la esercita.

Non può essere certamente condiviso l'assunto del giudice remittente, stando al quale la prostituzione volontaria rappresenterebbe una «modalità autoaffermativa della persona umana».

La prostituzione, quindi, non rappresenta affatto uno strumento di tutela e di sviluppo della persona umana, ma solo una particolare forma di attività economica. In questo caso, infatti, la sessualità non è che una “prestazione di servizio” per conseguire un profitto.

Da questo punto di vista, la sentenza precisa che le norme impugnate non violano la libertà di iniziativa economica privata per il fatto di impedire la collaborazione di terzi all’esercizio della prostituzione in modo organizzato o imprenditoriale. Tale libertà è infatti protetta dall’articolo 41 della Costituzione solo in quanto non comprometta valori preminenti, quali la sicurezza, la libertà e la dignità umana. Le disposizioni incriminatrici contenute nella legge Merlin si connettono a questi valori. Il fatto che il legislatore individui nella persona che si prostituisce il soggetto debole del rapporto spiega, inoltre, la scelta di non punirla, a differenza di quanto avviene per i terzi che si intromettono nella sua attività. La sentenza quindi chiarisce che le incriminazioni sospettate di incostituzionalità mirano a tutelare i diritti fondamentali delle persone vulnerabili e la dignità umana. È dunque rimesso al legislatore quale interprete del comune sentire in un determinato momento storico, il legittimo compito di individuare nella prostituzione, anche volontaria, un’attività che degrada e svilisce la persona, predisponendo una tutela che si fa carico dei pericoli insiti nella prostituzione, anche quando la scelta di prostituirsi appare inizialmente libera. Ciò in quanto si tratta di valutazioni tipicamente politiche, tanto più rispetto alla prostituzione, che, come rivela l’analisi storica e comparatistica, si presta a diverse strategie di intervento.

3. Sul tema della famiglia, infine, è opportuno soffermarsi sulla pronuncia di quest’anno, non ancora pubblicata, ma oggetto di un comunicato stampa che ha anticipato la decisione, attinente al “diritto alla genitorialità” delle coppie omosessuali. Nel caso di specie si trattava della c.d. omogenitorialità “originaria”, realizzata, cioè, per effetto di filiazione (ovviamente “non naturale”) all’interno della stessa coppia same sex (così qualificata per distinguerla dalla omogenitorialità “sopravvenuta”, conseguente all’inserimento di un bambino generato nell’ambito di una relazione eterosessuale nella “famiglia ricomposta” con il nuovo partner dello stesso sesso di uno dei genitori). Le censure dei giudici rimettenti si appuntavano sul divieto di accesso delle coppie omosessuali alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, posto dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40: divieto che i giudici rimettenti ritenevano lesivo del diritto alla genitorialità dei componenti della coppia e foriero di una illegittima discriminazione basata sull’orientamento sessuale.

È preliminare precisare che la legge investita dal dubbio di costituzionalità è chiaramente ispirata alla volontà di difendere, di fronte ai metodi di riproduzione assistita, il modello “naturalistico” della famiglia: la disciplina dei requisiti soggettivi di accesso alle tecniche prevede, infatti, che possono accedere alla PMA solo le «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Single, vedove, minori, coppie omosessuali, coppie occasionali, soggetti non in età potenzialmente fertile restano, dunque, esclusi dal ricorso alle tecnologie riproduttive.

Una severa sanzione amministrativa pecuniaria è applicata per chi applica tecniche di PMA «a coppie composte da soggetti dello stesso sesso» (oltre che da soggetti non entrambi viventi, o in età minore, o non coniugati o non conviventi). Nella logica della legge n. 40 del 2004, il divieto di accesso delle coppie omosessuali ha quindi un duplice fondamento:

- a) la sterilità-infertilità della coppia omosessuale (in quanto tale) non è di natura patologica, ma esclusivamente “sociale” e “relazionale”;
- b) la bigenitorialità omosessuale non risponde al modello “naturale” della famiglia,

che il legislatore ha inteso preservare.

Va altresì chiarito che la medesima legge era stata in precedenza oggetto di due significativi interventi della Corte costituzionale: a) la sentenza n. 162 del 2014 aveva, infatti, rimosso l’indiscriminato divieto, originariamente contemplato dalla legge, di fecondazione eterologa (che escludeva dalla PMA le coppie affette dalle patologie più gravi, generatrici di sterilità o infertilità assolute e irreversibili), affermando che il progetto di genitorialità, costituzionalmente tutelato, prescinde dal necessario legame biologico genitori-figli;

b) la sentenza n. 96 del 2015 aveva rimosso il divieto all'accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, nei confronti di coppie fertili affette di gravi patologie genetiche ereditarie, trasmissibili al nascituro.

Va inoltre precisato che, su un altro piano, con la sentenza n. 138 del 2010, la Corte aveva affermato che la nozione di «formazione sociale» cui all'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, abbraccia anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso.

È chiaro, quindi, che i giudici rimettenti miravano a estendere il cd. diritto alla genitorialità, che la Corte aveva riconosciuto sussistente anche in assenza di legame genetico, anche a tali formazioni sociali.

La risposta della Corte costituzionale è stata, tuttavia, negativa: i precedenti interventi della Corte, ampliativi delle ipotesi di accesso alla PMA, si sono collocati pur sempre all'interno delle coordinate di fondo delineate dal legislatore, limitandosi ad eliminare delle incongruenze interne alla disciplina.

Entrambe le pronunce si sono mosse, infatti, nella logica del rispetto – e, anzi, addirittura della valorizzazione – della finalità “terapeutica” assegnata dal legislatore alla PMA, senza incidere in modo apprezzabile sulla ulteriore scelta legislativa di fondo, di salvaguardare, di fronte alle tecniche di riproduzione artificiale, il “modello” della “famiglia naturale”.

L'accoglimento delle questioni invece avrebbe segnato un notevole salto di qualità”, in quanto avrebbe divelto entrambe le architravi del sistema voluto dal legislatore del 2004. Ammettere le coppie omosessuali, in quanto tali, alla PMA sarebbe equivalso ad affermare che – per imperativo costituzionale – la fruizione delle tecniche di riproduzione assistita prescinde tanto da necessità terapeutiche, quanto da esigenze di rispetto del “modello” naturale di famiglia. Una tale pronuncia, peraltro, avrebbe anche aperto il problema degli “effetti ricaduta” sull'intero insieme di ulteriori posizioni soggettive attualmente escluse dalle tecniche procreative assistite.

#### 4. Brevi conclusioni.

Con le pronunce ricordate la Corte costituzionale italiana si è trovata nel vivo del dibattito acceso dall'evoluzione tecnologica, medica e della coscienza sociale. Il filo rosso che accomuna tutte e tre le decisioni è, da un lato, il rispetto mostrato per le scelte compiute dal legislatore, riconoscendo in fondo che è al principio di democraticità che va innanzitutto rimessa la soluzione delle questioni eticamente più controverse, ma dall'altro, rispetto alle situazioni dove la compatibilità costituzionale era più evidentemente complessa, anche per effetto della vetustà della scelta legislativa come nel caso dell'art. 580 del codice penale, non ha rinunciato a esercitare il proprio ruolo di custode di una Costituzione “viva” ed è stata attenta a percepire e considerare con la necessaria attenzione i segni dei tempi che mutano e che incidono sul terreno dei valori.