

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
Giudice della Corte costituzionale italiana

Sommario:

1. Premessa.....	1
2. Il fine vita.....	1
3. Il favoreggiamento e il reclutamento della prostituzione.....	8
4. La genitorialità e le coppie omosessuali.....	10
4. Brevi conclusioni.....	14

1. Premessa.

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

I tre casi più significativi riguardano però a) l'aiuto al suicidio, b) l'incriminazione penale del favoreggiamento e del reclutamento della prostituzione, c) il divieto di fecondazione eterologa per le coppie omosessuali. Di queste pronunce verranno richiamate le argomentazioni principali, lasciando alla discussione la possibilità di ulteriori approfondimenti.

2. L'aiuto al suicidio.

1.1. L'ordinanza n. 207 del 2018 rappresenta una delle decisioni che hanno maggiormente segnato la giurisprudenza costituzionale in oggetto, 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 sviluppato¹.

Nello specifico, la Corte costituzionale 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

¹ Cfr., fra gli altri, F. BIONDI, *L'ordinanza n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti inter partes ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità*, in *Forum Quad. cost.*, 24 giugno 2019, p. 1 ss.; G. BRUNELLI, *Imparare dal passato: l'ord. N. 207/2018 (nel caso cappato) e la sent. N. 27/1975 (in tema di aborto) a confronto*, in *Forum Quad. cost.*, 28 giugno 2019, p. 1 ss.; F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *Forum Quad. cost.*, 5 giugno 2019, p. 1 ss.; A. D'ALOIA, *In attesa della legge (o del nuovo intervento della Corte Costituzionale) sul suicidio medicalmente assistito*, in *Forum Quad. cost.*, 30; M. D'AMICO, *Il "Caso Cappato" e le logiche del processo costituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, 24 giugno 2019, p. 1 ss.; E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?* in *Quad. cost.*, 2019, p. 531 ss.; G.P. DOLSO, *Profili processuali dell'ord. n. 207 del 2018*, in *Forum Quad. cost.*, 24 giugno 2019, p. 1 ss.; S. GIANELLO, *Sulla legittimità costituzionale (a determinate condizioni) dell'aiuto al suicidio e sulla via più consona al suo riconoscimento*, in *Federalismi.it*, 3 luglio 2019, p. 1 ss.; J. LUTHER, *The judge's power over life and death*, in *Corti supreme e salute*, n. 2, 2018, p. 1 ss.; J. LUTHER, *Corte "incappata"?* in *Forum Quad. cost.*, 2 luglio 2019, p. 1 ss.; E. MALFATTI, *Sui richiami, nell'ordinanza Cappato, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Forum Quad. cost.*, 25 giugno 2019, p. 1 ss.; B. PEZZINI, *Oltre il perimetro della rilevanza della questione affrontata dall'ordinanza 207/2018: ancora nel solco dell'autodeterminazione in materia di salute?* in *Forum Quad. cost.*, 22 giugno 2019, p. 1 ss.; A. PUGIOTTO, *L'altra quaestio del "caso Cappato": la pena draconiana dell'art. 580 c.p.*, in *Forum Quad. cost.*, 4 giugno 2019, p. 1 ss.; G. RAZZANO, *Le discutibili asserzioni dell'ordinanza Cappato e alcuni enormi macigni*, in *Forum Quad. cost.*, 9 giugno 2019, p. 1 ss.; G. REPETTO, *La Corte, il caso Cappato e la "parola che squadra da ogni lato"*, in *Forum Quad. cost.*, 24 giugno 2019, p. 1 ss.; G. RIVOSECCHI, *Osservazioni sull'ord. n. 207 del 2018 e sul possibile "seguito": una (doppia) pronuncia ritagliata sul caso concreto*, in *Forum Quad. cost.*, 22 giugno 2019, p. 1 ss.; R. ROMBOLI, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, in *Forum Quad. cost.*, 23 giugno 2019, p. 1 ss.; E. ROSSI, *L'ordinanza n. 207 del 2018: un tentativo di reagire a omissioni (incostituzionali) del legislatore?* in *Forum Quad. cost.*, 5 luglio 2019, p. 1 ss.; A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in *Forum Quad. cost.*, 27 maggio 2019, p. 1 ss.; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, p. 644 ss.; C. SALAZAR, *Morire sì, non essere aggrediti dalla morte. Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, p. 567 ss.; G. SERGES, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2019, p. 26 ss.; C. TRIPODINA, *Le non trascurabili conseguenze del riconoscimento del diritto a morire "nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire"*, in *Forum Quad. cost.*, 14 giugno 2019, p. 1 ss.; P. VERONESI, *L'ord. n. 207/2018 sul c.d. "Caso Cappato": cosa c'è, cosa non c'è (né poteva esserci) e a cosa potrebbe precludere*, in *Forum Quad. cost.*, 12 giugno 2019, p. 1 ss.

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 è autodenunciato all'autorità di pubblica sicurezza e il caso è arrivato al giudizio della Corte d'assise di Milano, dove avrebbe condotto alla condanna di Cappato (e probabilmente anche della madre e della fidanzata di Fabo) se non fossero state sollevate le suddette questioni di costituzionalità.

Ad esse la Corte costituzionale ha risposto con l'ordinanza n. 207/2018, che ha innanzitutto operato una drastica delimitazione della questione che il giudice remittente aveva formulato in termini molto ampi²: in nome dell'autodeterminazione individuale, veniva, infatti, prospettata una libertà, costituzionalmente garantita, di scegliere come e quando porre fine alla propria vita (il cd. diritto al suicidio), derivando dalla stessa una generale inoffensività dell'aiuto al suicidio di chi si è autonomamente determinato (anche fosse solo a motivo del cd. *taedium vitae*) nell'esercizio di tale libertà.

La Corte costituzionale non ha condiviso questa tesi nella sua assolutezza; nella pronuncia, infatti, si afferma che dall'art. 2 Cost. discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo e non quello opposto «*di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire*».

Inoltre si specifica che l'incriminazione non solo dell'istigazione, ma anche dell'aiuto al suicidio è «*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*». Pertanto mantiene «*la 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*»³.

² Così M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questionegiustizia.it*, 19.11.2018.

³ La sentenza, infatti, precisa: «*Il divieto in parola conserva una propria evidente ragion d'essere anche, se non soprattutto, nei confronti delle persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita, qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragioni di personale*

Solo dopo queste affermazioni, la pronuncia “scende dalla regola” (in forza della quale l’incriminazione dell’aiuto al suicidio non può ritenersi incompatibile con la Costituzione) per calarsi nell’eccezione, precisando la necessità di tenere conto di specifiche situazioni, inimmaginabili all’epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta.

In questo modo concentra l’argomentazione solo su quelle ipotesi, come quella del giudizio *a quo*, «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, su un piano più generale, sono giustificate dalle sole “sofferenze dell’anima”⁴, «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 si aggancia allora alla recente legge italiana n. 219 del 2017, sul fine vita⁵, che riconosce ad ogni persona «capace di agire» il diritto, nell’ambito della cosiddetta alleanza terapeutica e nel contesto del sistema di cure palliative della l. n. 38 del 2010, 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.

Proprio dal riconoscimento di questo diritto, in cui è implicito che «il cardinale rilievo del valore della vita» non esclude l’obbligo di rispettare la decisione del malato di lasciarsi morire con l’interruzione dei trattamenti sanitari, l’ordinanza della Corte costituzionale trae la propria conclusione, affermando che, sul piano costituzionale, «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

tornaconto. Al legislatore penale non può ritenersi inibito, dunque, vietare condotte che spianino la strada a scelte suicide, in nome di una concezione astratta dell’autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite. Anzi, è compito della Repubblica porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili situazioni di fragilità, rimuovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscano il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.)».

⁴ Cfr., sul punto, S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell’anima: la richiesta di assistenza a morire e l’aiuto al suicidio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 marzo 2019, p. 2.

⁵ Sulla quale, cfr. G. RAZZANO, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasici*, Torino, 2019.

alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all’anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale». In questo specifico ambito, quindi, il divieto assoluto di aiuto al suicidio limita indebitamente la libertà di autodeterminazione scaturente degli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione.

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 nelle descritte situazioni: *«[u]na 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».*

Ritorna quindi con forza la centralità dell’esigenza di tutelare le persone deboli e vulnerabili⁶ da possibili abusi; argomento rispetto al quale la Corte costituzionale intravede la necessità, per la serie di scelte discrezionali in esso implicate, innanzitutto dell’intervento del legislatore, data anche la difficoltà di rispondervi compiutamente con una sentenza.

In questo solco l’ordinanza però non rinuncia, in nome di quella medesima esigenza di tutela, a esplicitare una serie di contenuti che vengono suggeriti al legislatore per 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 importante (ma non sufficiente) al fine di evitare abusi e distorsioni; b) la disciplina del relativo *«processo medicalizzato»*: si rimarca e si specifica ulteriormente, con questa precisa espressione, la necessità 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 effettivamente informato sulle varie soluzioni che possono essere alternative al suicidio: prima tra tutte quella delle cure palliative (che spesso se somministrate con competenza riducono notevolmente le richieste di suicidio assistito⁷) e poi quella della sedazione profonda e continuata (già prevista dalla

⁶ Il tema della protezione da abusi dei soggetti deboli e vulnerabili è una costante che, in varie forme, si rinviene in numerose pronunce delle Corti di altri Paesi, richiamate nell’ordinanza, come quella inglese (Corte Suprema del Regno Unito, sentenza 25 giugno 2014, Nicklinson e altri, [2014] UKSC 38) e quella canadese (Supreme Court of Canada, Carter vs Canada, 6 febbraio 2015), sia della Corte Edu: Corte EDU, sentenza 29 aprile 2002, Pretty contro Regno Unito e sentenza 20 gennaio 2011, Haas contro Svizzera.

⁷ Cfr., in tal senso, la precisa e netta posizione assunta all’unanimità dal Comitato Nazionale di Bioetica, Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito, 18 luglio 2019, 19, ss., dove si conclude *“Purtroppo, lo sviluppo e il consolidamento della cultura palliativa nel nostro Paese incontrano ancora molti ostacoli e difficoltà, specie nella disomogeneità territoriale dell’offerta del SSN, e nella mancanza di una formazione specifica nell’ambito delle professioni sanitarie. Non è questa la sede per affrontare adeguatamente tale problematica, per la quale rimandiamo innanzitutto alle relazioni annuali del Parlamento italiano sull’applicazione della L. 38/2010 e al portale dedicato dal Ministero della Salute oltre che all’indagine conoscitiva sull’attuazione della legge della Commissione Affari Sociali della Camera. Tuttavia il CNB unanime auspica che il SSN sia sempre in grado di offrire, realmente, senza diseguaglianze in termini di entità e qualità di servizi, su tutto il territorio nazionale, cure palliative e terapia del dolore, nei termini stabiliti dalla L. 38/2010, a ogni persona che ne abbia necessità. Dovrebbe essere questa una priorità assoluta per le politiche della sanità”*

citata legge 219 del 2017 e in forza della quale la morta sopravviene in poco tempo ma ancora per effetto della malattia e senza essere imputabile a un atto uccisivo diretto⁸; 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, *last but not least*, 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 una fortunata ricchezza d'animo, rimangono, fino all'ultimo respiro, persino innamorate della vita.

In questo stesso complesso 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, così da condurre al deprecabile paradosso dell'esistenza di un diritto all'aiuto al suicidio nell'assenza di un effettivo diritto ad essere curati - si inserisce anche il carattere innovativo della decisione dal punto di vista delle tecniche decisionali: 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 che, da un lato, stigmatizza il *vulnus* costituzionale prodotto dalla norma impugnata, e, dall'altro, rinvia 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*».

Nella “terra di mezzo” rappresentata dall'arco temporale definito dall'ordinanza, rimane sospeso il giudizio *a quo* e - precisa l'ordinanza - 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.

⁸ Cfr., sul punto, A. DA RE, *La falsa analogia tra rifiuto-rinuncia alle cure e suicidio medicalmente assistito. Riflessioni bioetiche sull'ordinanza della Corte Costituzionale n. 207/2018*, in *Medicina e morale*, 2019, p. 1 ss.; nonché M. RONCO, *Impegno solidale per la vita*, in AA.VV., *Il “diritto” di essere uccisi: verso la morte del diritto?*, a cura di M. Ronco, Torino, 2019, p. 210.

«[I]n uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale», con l’ordinanza n. 207 la Corte costituzionale ha quindi inteso rimettere la soluzione alla discrezionalità del legislatore, ma anche «evitare, per un verso, che ... una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili» e «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 quindi introdotto, pur utilizzando formalmente lo strumento noto dell’ordinanza, un nuovo strumento decisorio che la dottrina ha definito in molti modi (tra cui: “ordinanza a incostituzionalità differita”⁹, “a incostituzionalità immediata e ad annullamento differito”¹⁰, ecc.). Il Presidente della Corte costituzionale nella relazione di fine anno ha usato il termine, più appropriato, di “incostituzionalità prospettata”. A prescindere dalle definizioni resta, in ogni caso, abbastanza pacifica l’influenza del modello della *Unvereinbarkeitserklärung* del Tribunale costituzionale tedesco¹¹, 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 spagnolo¹².

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 - come detto - 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 processuali¹³. 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 valicare¹⁴.

⁹M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, cit.

¹⁰ F.S. MARINI, in AA.VV., *Il caso Cappato: riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di Francesco Saverio Marini e Cristiano Cupelli, Napoli, 2019, § 3.

¹¹ Cfr. per una valutazione comparativa A. VON BOGDANDY – D. PARIS, *Building Judicial Authority: A Comparison Between the Italian Constitutional Court and the German Federal Constitutional Court*, in *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, Research Paper No 2019-01.

¹² Cfr. D. DE LUNGO, *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull’uso dell’argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale recente, a partire dal caso Cappato*, in AA.VV., *Il caso Cappato: riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, cit., 97 ss.

¹³ Così, molto lucidamente, M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, cit.

¹⁴ IDEM

1.2. 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, constatato il mancato intervento parlamentare nei termini, 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, futuro, intervento del legislatore, la Corte ha però ritenuto indispensabile subordinare da subito la non punibilità¹⁵: a) al rispetto delle precise modalità previste dalla normativa sul consenso informato, sulla sedazione profonda continua e sulle cure palliative, nonché b) alla verifica, sia delle condizioni richieste che delle modalità di esecuzione, da parte di una struttura pubblica del SSN e c) al previo parere del comitato etico territorialmente competente.

Con queste rigorose e complesse condizioni, desunte in ogni caso da normative già presenti nell'ordinamento, si è voluto chiaramente scongiurare il facile rischio di introdurre una sorta di "aiuto al suicidio all'italiana"¹⁶, privo cioè di quelle indispensabili e complesse garanzie che sono invece sempre necessarie per evitare il rischio di abusi e che, del resto, anche gli ordinamenti più permissivi (come ad esempio l'Olanda) stabiliscono.

La sentenza non è ancora stata pubblicata, ma nel suo comunicato la Corte ha, infatti, sottolineato che l'individuazione di queste specifiche condizioni e modalità procedurali si è resa necessaria per tutelare le persone specialmente deboli e vulnerabili, riprendendo così il solco dell'esigenza già tracciata dall'ordinanza n. 207 del 2018.

3. Il favoreggiamento e il reclutamento della prostituzione.

Sul tema della persona è poi interessante ricordare la sentenza n. 141 del 2019¹⁷ che ha dichiarato non fondate le questioni sollevate dalla Corte d'appello di Bari sulle disposizioni della

¹⁵ Il comunicato stampa della Corte chiarisce però che rispetto alle condotte già realizzate, «*il giudice valuterà la sussistenza di condizioni sostanzialmente equivalenti a quelle indicate*».

¹⁶ Rischio chiaramente sottovalutato da alcune posizioni dottrinali: cfr., ad esempio, P. CARNEVALE, *Sull'esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato. Valutazioni prognostiche sul percorso decisionale inaugurato dall'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, 28 giugno 2019, per il quale al fine di "evitare quantomeno l'hard far west, dominato dal principio dell'aiuto al suicidio all'insegna del fai da te", sarebbe stato sufficiente richiedere un mero accertamento "in un contesto medicale".

¹⁷ Sulla sentenza, cfr. A. DE LIA, *Le figure di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione al banco di prova della Consulta. Un primo commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 141/2019*, in *Forum Quad. Cost.* 20

“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 sessuale¹⁸.

Si tratta di una prospettiva che non è stata condivisa dalla Corte costituzionale, che, invece, è stata 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 rimettente, 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 economica¹⁹. 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

giugno 2019; M. PICCHI, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, ivi; S. BERNARDI, *Sulla legittimità costituzionale dei delitti di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione: irrilevante il fatto che l’esercizio del meretricio sia il frutto di una libera scelta?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 8 luglio 2019.

¹⁸ Sull’ordinanza di rimessione, cfr. A. BONOMI, *Il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione al banco di prova dei principi costituzionali. Qualche osservazione alla luce di una recente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale*, in *Consulta online*, n. 1/2018, p. 123 ss.; A. CADOPPI, *L’incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2018, p. 153 ss.; M. CARUSO, *O tempora o mores! La messa in discussione della Legge Merlin a sessant’anni dalla sua approvazione*, in *Giurisprudenza penale Web*, n. 6/2018, p. 1 ss.; N. MADIA, *Legge Merlin e fenomeno delle escort: un binomio al vaglio di costituzionalità*, in *diritticomparati.it*, 22 febbraio 2018, p. 1 ss.; A. MANNA-P. GUERCIA, *L’autoresponsabilità quale argine costituzionale a peculiari forme di paternalismo penale: i casi Cappato e Tarantini*, in *Parola alla difesa*, n. 3-4/2018, p. 219 ss.; M. MOCCHEGIANI, *Verso un superamento della legge Merlin? La prostituzione c.d. volontaria all’esame della Corte costituzione*, in *giucedonna.it*, n. 1/2008, p. 1 ss.

¹⁹ Cfr., su questo aspetto, A. RUSSO, *Proventi da prostituzione tassabili come redditi diversi*, in *Fisco*, 2016, n. 46, p. 4488 ss.; G. SALANITRO, *Attività di prostituzione, tra liceità e illecità, abitudine e occasionalità*, in *Corr. trib.*, 2016, p. 3659 ss.; R. NIRO, *Art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO-A.CELOTTO-M. OLIVETTI, vol. I, Utet, 2006, p. 846 ss.; M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 398 ss.

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. A questo riguardo la sentenza osserva – e questo è un passaggio decisivo dell'argomentazione – come «*nella cornice della previsione dell'art. 41, secondo comma, Cost., il concetto di «dignità» vada inteso in senso oggettivo: non si tratta, di certo, della “dignità soggettiva”, quale la concepisce il singolo imprenditore o il singolo lavoratore».*

È dunque rimesso al legislatore, quale interprete del comune sentire in un determinato momento storico, il legittimo compito di definire quel concetto di dignità, individuando 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: 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.

Le disposizioni incriminatrici contenute nella legge Merlin vengono quindi ricollegate 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, in sostanza, chiarisce una linea argomentativa dove le incriminazioni sospettate di incostituzionalità vengono ritenute invece dirette a tutelare i diritti fondamentali delle persone vulnerabili e la dignità umana.

4. La genitorialità e le coppie omosessuali

Sul tema della famiglia, infine, è opportuno soffermarsi su un'altra pronuncia di quest'anno, la n. 221 del 2019, attinente al c.d. “diritto alla genitorialità” delle coppie omosessuali²⁰.

Nel caso di specie si trattava della 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

²⁰ Sulle ordinanze di remissione cfr. I. BARONE, *La legge n. 40 del 2004 al vaglio della Corte costituzionale per l'accesso alla PMA da parte di una coppia formata da due donne*, in *Famiglia e dir.*, 2018, p. 1091 ss.; A. SCHILLACI, *Coppie di donne e p.m.a.: la legge n. 40/2004 torna alla Consulta*, in *Articolo29.it*, p. 1 ss.; S. STEFANELLI, *Omoaffettività femminile ed esclusione dalle tecniche di PMA*, in *Ifamiliarista.it*, 28 novembre 2018, p. 1 ss.

legge 19 febbraio 2004, n. 40²¹: divieto che i giudici rimettenti ritenevano lesivo degli artt. 2, 11, 31, 32, 117, I comma, e foriero di una illegittima discriminazione basata sull'orientamento sessuale.

Nella sentenza, con cui rigetta le questioni, la Corte ha cura di premettere che la legge n. 40 del 2004 è costruita sulla base di due direttive fondamentali.

La prima riguarda la funzione delle tecniche considerate, configurate *«come rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimosibile: escludendo chiaramente, con ciò, che la PMA possa rappresentare una modalità di realizzazione del “desiderio di genitorialità” alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati»*.

La seconda direttrice attiene alla struttura del nucleo familiare scaturente dalle tecniche in questione: la legge prevede, infatti, *«una serie di limitazioni di ordine soggettivo all'accesso alla PMA, alla cui radice si colloca il trasparente intento di garantire che il suddetto nucleo riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre»*, risultando così 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»* (art. 5 della legge n. 40 del 2004)²².

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.

Ciò precisato, la sentenza n. 221 del 2019 ha messo in luce che i successivi interventi della Corte costituzionale hanno sì rimosso quelle che apparivano sostanzialmente come distonie, interne o esterne, della disciplina stabilita dalla legge n. 40 del 2004, ma non hanno inciso – o lo hanno fatto solo in modo marginale – sulle coordinate di fondo di quest'ultima. La sentenza n. 162 del 2014²³ ha,

²¹ Sulla quale, cfr. L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018

²² Una severa sanzione amministrativa pecuniaria è, infatti, prevista (art. 12) 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).

²³ Cfr. C. TRIPODINA, *Il “diritto al figlio” tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzione decide di decidere*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2593 ss.; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Rivista AIC*, luglio 2014, p. 1 ss.; A. RUGGERI, *La sentenza sulla fecondazione «eterologa»: la Consulta chiude al «dialogo» con la Corte EDU*, in *Quad. cost.*, 2014, p. 659 ss.; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 giugno 2014, p. 1 ss.; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro “pilastro”: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 marzo 2015.

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.

La sentenza n. 96 del 2015²⁴ ha poi rimosso il divieto all'accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, nei confronti di coppie fertili affette di gravi patologie genetiche ereditarie, trasmissibili al nascituro.

Entrambe le pronunce si sono mosse, dunque, *«nella logica del rispetto – e, anzi, della valorizzazione – della finalità (lato sensu) terapeutica assegnata dal legislatore alla PMA (proiettandola, nel caso della sentenza n. 96 del 2015, anche sul nascituro), senza contestare nella sua globalità – in punto di compatibilità con la Costituzione – l'altra scelta legislativa di fondo: quella, cioè, di riprodurre il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una figura materna e di una figura paterna»*²⁵.

Ciò chiarito, la sentenza evidenzia come le questioni poste dai rimettenti attengano, invece, a un piano ben diverso, in quanto l'ammissione alla PMA delle coppie omosessuali, conseguente al loro accoglimento, avrebbe segnato un notevole salto di qualità, esigendo la diretta sconfessione, sul piano della tenuta costituzionale, di entrambe le idee guida sottese al sistema delineato dal legislatore del 2004, *«con potenziali effetti di ricaduta sull'intera platea delle ulteriori posizioni soggettive attualmente escluse dalle pratiche riproduttive»*.

La sentenza precisa, inoltre, l'assenza di una *«incongruenza interna alla disciplina legislativa della materia, alla quale occorra por rimedio. Contrariamente a quanto mostrano di ritenere i giudici a quibus, l'infertilità “fisiologica” della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l'infertilità “fisiologica” della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti. L'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale»*²⁶.

²⁴ Cfr., C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015.

²⁵ *«È ben vero»* - continua la Corte *«che la sentenza n. 162 del 2014 ha fatto venir meno – nella circoscritta ipotesi da essa considerata (quando, cioè, la fecondazione eterologa rappresenti l'unico modo per superare una infertilità assoluta e irreversibile di matrice patologica) – la necessità del legame biologico tra genitori e figli. Ma la pronuncia ha avuto cura di puntualizzare e sottolineare che alla fecondazione eterologa restano, comunque sia, abilitate ad accedere solo le coppie che posseggano i requisiti indicati dall'art. 5, comma 1, della legge n. 40 del 2004, e dunque rispondenti al paradigma familiare riflesso in tale disposizione»*.

²⁶ La sentenza ricorda che in termini analoghi, del resto, si è specificamente espressa anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, affermando che una legge nazionale che riservi l'inseminazione artificiale a coppie eterosessuali sterili, attribuendole una finalità terapeutica, non può essere considerata fonte di una ingiustificata disparità di trattamento

In altre parole, 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.

Nel rigettare, infine, la censura relativa all’art. 2 Cost., la sentenza precisa che, se da un lato la sentenza n. 138 del 2010²⁷ ha sì 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 sesso²⁸, tuttavia, dall’altro, la giurisprudenza costituzionale ha anche posto in evidenza, che *«[l]a libertà e volontarietà dell’atto che consente di diventare genitori [...] di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti»* (sentenza n. 162 del 2014). Pertanto essa dev’essere *«bilanciata con altri interessi costituzionalmente protetti: e ciò particolarmente quando si discuta della scelta di ricorrere a tecniche di PMA, le quali, alterando le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui, aprono scenari affatto innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale, attorno ai quali è evidentemente costruita la disciplina degli artt. 29, 30 e 31 Cost., suscitando inevitabilmente, con ciò, delicati interrogativi di ordine etico»*.

In questo ambito, quindi, il compito di ponderare gli interessi in gioco e di trovare un punto di equilibrio fra le diverse istanze – tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico – deve ritenersi affidato in via primaria al legislatore, quale interprete della collettività nazionale, salvo il successivo sindacato sulle soluzioni adottate da parte di questa Corte, onde verificare che esse non decampino dall’alveo della ragionevolezza.

La sentenza, quindi, conclude affermando che *«l’idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia ad instar naturae – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata, a sua volta, di per sé arbitraria o irrazionale. E ciò a prescindere dalla capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch’esse, all’occorrenza, le funzioni genitoriali»*.

Rimarca, infine, la differenza essenziale tra l’adozione e la PMA. La prima, infatti, presuppone l’esistenza in vita dell’adottando (essa non serve per dare un figlio a una coppia, ma precipuamente

nei confronti delle coppie omosessuali, rilevante agli effetti degli artt. 8 e 14 CEDU, cioè, proprio perché la situazione delle seconde non è paragonabile a quella delle prime (Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza 15 marzo 2012, Gas e Dubois contro Francia).

²⁷ Cfr., al riguardo, B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* n. 3/2010, 255 ss.

²⁸ Cfr. G. BUFFONE-M. GATTUSO-M.M. WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Giuffè, 2017, p. 238 ss., 336 ss.

per dare una famiglia al minore già nato e che ne è privo), mentre la PMA, di contro, serve a dare un figlio non ancora venuto ad esistenza a una coppia (o a un singolo), realizzandone le aspirazioni genitoriali. «*Il bambino, quindi, deve ancora nascere: non è, perciò, irragionevole – come si è detto – che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni “di partenza”*»²⁹.

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, soprattutto con riguardo alla tutela dei deboli e vulnerabili.

Il filo rosso che accomuna tutte e tre le decisioni è, da un lato, il rispetto mostrato dalla Corte costituzionale 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, la Corte non ha rinunciato a esercitare il proprio ruolo di custode di una Costituzione “viva”³⁰ ed è stata attenta a percepire e considerare con la necessaria attenzione i segni dei tempi che mutano e che anche incidono sul terreno dei valori.

²⁹ La sentenza precisa anche che la tutela costituzionale della «salute» non può «essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale, così da rendere incompatibile con l'evocato parametro ogni ostacolo normativo frapposto alla sua realizzazione».

³⁰ Cfr., P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017, 110, ss.