

LA FECONDAZIONE ASSISTITA FRA LEGGE E GIUDICI *

Di Giuseppe Vettori

| 3

SOMMARIO: *1. Dalla Famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia dei figli. - 2. Gli interventi della Corte Costituzionale. - 2.1 L'impianto di un numero massimo di embrioni. - 2.2 La fecondazione eterologa. - 2.3 La diagnosi pre-impianto. - 2.4 La selezione degli embrioni. - 2.5 La sperimentazione sugli embrioni. - 3. I principi ordinatori della materia. Ragionevolezza, Bilanciamento di interessi ed effettività della tutela, Dignità della persona*

ABSTRACT *Lo scritto ripercorre una vicenda emblematica dell'evoluzione delle fonti giuridiche e del concetto di famiglia nel diritto italiano. La legge sulla fecondazione assistita e il referendum sono stati segni di una diversità di visioni ideologiche e nello stesso tempo conferma di un rapporto nuovo fra legge e giudici. Gli interventi della Corte costituzionale hanno fatto cadere o delimitato i divieti all'impianto, selezione e sperimentazione sugli embrioni. Ciò in base ad alcuni principi ordinatori. Ragionevolezza, effettività dei diritti e dignità della persona costituiscono così un limite alle scelte politiche e legislative nel delicato universo del Biodiritto.*

The essay traces the emblematic affair of the evolution of Italian law and the concept of family. The law on in vitro fertilization and the referendum were signs of a diversity of ideological visions and at the same time confirmation of a new relationship between law and judges. The constitutional Court judgements have dropped and restricted the prohibition to implant, select and experiment on embryos. All these events are based on guiding principles. Reasonableness, effectiveness of the rights and dignity of the person represent a limit to political and legislative choices in the fragile universe of Biolaw.



1. Dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia dei figli.

Negli ultimi dieci anni in Italia la legge ha mutato il rapporto di filiazione e lo stesso fondamento della famiglia basata sempre più sulla sola responsabilità di aver generato. Ciò è dovuto in particolare a due normative.

La legge del 2013, equipara i figli naturali ai legittimi che condividono ora un unico *status* familiare con ricadute importanti sul piano personale e successorio. La conseguenza è chiara. Dopo il riconoscimento, il figlio naturale non avrà un solo genitore ma un legame esteso sino ai più remoti gradi della parentela. Sul piano ereditario ciò consente per i prossimi dieci anni, a decorrere dal 2013, di rimettere in discussione tutte le successioni anteriori, con il solo limite del giudicato. Molto discussa è questa retroattività oggetto di grande attenzione in dottrina.

L'altra disposizione ha tutt'altro contenuto e risale al 2004, quando, con un forte impatto ideologico si è disciplinata la fecondazione assistita e si è affrontato nell'anno successivo un referendum che ha confermato la legge, poi dichiarata in più punti incostituzionale. Tanto che la vicenda è emblematica del ruolo della legge e del giudice nell'attuale sistema delle fonti. Basta qualche osservazione.

Il tema aveva posto in luce numerosi problemi sullo status del nato, sui poteri dei genitori¹ e sulla natura e capacità giuridica del concepito.

La giurisprudenza del tempo aveva fatto leva sul dovere del soggetto di non contraddire un consenso che ha reso possibile, in modo naturale o assistito, la procreazione, ed erano emerse le difficoltà di utilizzare per il concepito il concetto di capacità giuridica inadatto ad esprimere il rilievo giuridico del nascituro.

Il dibattito politico si era diviso fra l'esigenza di una legislazione leggera, rispettosa di diverse

Lo scritto riproduce, con alcune note essenziali, la relazione svolta al *Congreso International "Los retos jurídicos de la persona en el siglo XXI"* Organizzato e diretto da Cecilia Gomez-Salvago Sanchez nell'Università di Siviglia il giorno 29 marzo 2016.

¹ La Corte costituzionale (26 settembre 1998, n. 347) chiamata a decidere sulla questione di costituzionalità dell'art.235 c.c. in merito al disconoscimento di paternità del genitore che aveva prestato il consenso alla inseminazione eterologa, dichiara inammissibile la questione con questa motivazione: "L'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore. Tuttavia, nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali.

convincimenti e la richiesta di definizioni forti e rigide. Era netta la divisione ideologica e si erano intrecciate motivazioni etiche e calcoli politici.

Il legislatore doveva bilanciare posizioni diverse. Il diritto di procreare, di avere una doppia genitorialità, la tutela alla salute della donna e dell'embrione, la libertà di ricerca. Aniché adottare una tecnica flessibile ed elastica si erano approvate regole rigide.

L'accesso era consentito solo a coppie di maggiorenni (coniugate o conviventi), di sesso diverso, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi. Un atto medico doveva accertare la sterilità o l'infertilità della coppia e si doveva procedere all'intervento con gradualità e dopo un consenso informato. Si era riconosciuta una forma di "soggettività" all'embrione e fissati divieti netti. Vietata la fecondazione eterologa, *post mortem* e la surroga di maternità. Limitato l'impianto ad massimo di tre embrioni, proibita la diagnosi pre-impianto e la ricerca sugli embrioni².

La scienza giuridica e il dibattito politico, prima e dopo l'approvazione della legge, avevano sottolineato gli aspetti gravi e ingiustificati di alcune disposizioni e puntualmente nel corso degli anni dal 2009 al 2016 la Corte costituzionale è intervenuta per eliminare molte di quelle scelte³.

2. Gli interventi della Corte costituzionale.

2.1 L'impianto di un numero massimo di embrioni.

La prima disposizione a cadere (art. 14, comma 2) è stata la necessità di impianto contemporaneo di soli tre embrioni⁴. Le motivazioni sono stringenti. Il limite determina la possibile moltiplicazione dei cicli di fecondazione e l'insorgenza di patologie. Non riconosce al medico la possibilità di valutare il numero idoneo di embrioni necessari per un serio tentativo di fecondazione. Pone ostacoli "alle acquisizioni scientifiche e sperimentali che sono in continua evoluzione".

Rispetto a ciò la Corte privilegia l'autonomia e responsabilità del medico e il consenso della paziente. La conclusione è netta. La norma viola

² Per una analisi dei problemi posti dalla legge v. CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI, *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, Milano, 2011, ed ivi in part., D'ALOIA e TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, p. 1341 ss.

³ V. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita in Italia. Profili civilistici*, in *Trattato di biodiritto*, op. cit., p. 1517 ss.

⁴ V. Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151, e la nota di FANTETTI in *Fam. Pers. Succ.*, 2009, p. 684.



l'art. 3 sul principio di ragionevolezza ed eguaglianza e l'art. 32 sul diritto alla salute. Il numero di embrioni sarà quello strettamente necessario e si terrà conto delle circostanze del caso e della valutazione del medico.

2.2. La fecondazione eterologa.

La seconda norma eliminata (art. 4, comma 3) concerne la fecondazione eterologa⁵.

La Corte EDU aveva nel 2010⁶ condannato l'Austria per i limiti posti alla fecondazione eterologa in vitro, per contrasto con il diritto ad una vita privata e familiare e con il divieto di discriminazione (art. 8 e 14 CEDU). Tale decisione fu riformata dalla Grande Camera⁷ che ha riconosciuto l'assenza, allora, di una visione comune nella UE e la necessità del riconoscimento di un margine di apprezzamento degli Stati. Tutto ciò rinviando ad una attenta considerazione del tema.⁸

Sollevata di nuovo la questione di costituzionalità in Italia, la Corte ha rilevato che tale tecnica era prima della legge disciplinata da numerose Circolari del Ministro della Sanità⁹. Ha precisato che la scelta di diventare genitori costituisce un'espressione della libertà di determinarsi (2, 3, 31 Cost.)¹⁰ ed è "favorevolmente considerata "da principi costituzionali". Ha considerato il divieto pericoloso per la salute psichica dei genitori e bilanciato tale soluzione con altri valori costituzionali coinvolti in particolare del

nascituro. La conclusione è che il divieto "cagiona una lesione della libertà fondamentale della coppia.. di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato" che reputa congruamente garantita dalla legge¹¹.

2.3. La diagnosi pre-impianto.

La legge non si esprimeva chiaramente sulla diagnosi reimpianto. Non vi era un divieto espresso che compariva, invece, nelle linee guida ministeriali. D'altra parte la sentenza della Corte del 2009 aveva autorizzato l'impianto anche di più di tre embrioni e consentito la loro crioconservazione. Ciò aveva avviato la possibilità di una diagnosi prima dell'impianto e la giurisprudenza aveva, in alcuni casi, consentito tale pratica per le coppie sterili e infertili¹². Sicché appariva ancor più irragionevole la condizione delle coppie portatrici di malattie genetiche ma fertili, visto che per esse non era superabile in via interpretativa il divieto posto dall'art. 4 della legge.

La Corte EDU¹³ aveva già censurato tale discriminazione e alcuni Tribunali¹⁴ avevano sollevato di nuovo la questione di costituzionalità (dell'art. 1 comma 1 e 2 e dell'art. 4 comma 1) accolta dalla Corte¹⁵ " nella parte in cui le norme non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione assistita delle coppie fertili portatrici di malattie genetiche gravi" Ciò perché si considera il bilanciamento irragionevole e lesivo del canone di razionalità dell'ordinamento, rimettendo al legislatore l'emanazione di una normativa primaria o secondaria al riguardo.

2.4 *La selezione degli embrioni.* La quarta sentenza¹⁶ dichiara incostituzionale l'art. 13 comma 3 lett. b e 4 nella parte in cui prevedono come reato

⁵ V. Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162 e la nota di commento di FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Corriere giur.*, 2014, 8-9, p. 1062 ss., ed ivi ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

⁶ S.H. c. Austria, 1 aprile 2010 (C.57813/00) in *Fam. e dir.*, 2010, p. 977 con nota di SALANITRO, ma v. anche MELI, *Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011,II, p. 14 ss.

⁷ S.H.c Austria, G.C., 3 novembre 2011 (C.n. 57813), in *Nuova giur.civ. comm.*2012,I,224

⁸ La Corte costituzionale aveva sollecitato un nuovo esame della questione con la sentenza del 22 maggio 2012, n. 150 su cui SALANITRO, *Il dialogo fra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 636. I Tribunali di Firenze (29 marzo 2013), di Milano (3 aprile 2013), e di Catania (13 aprile 2013) sollevano di nuovo la questione (v. *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 912) decisa con la Corte cost. 10 giugno 2014, n.162.

⁹ V, sul punto FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte Costituzionale*, op. cit., nota 11 ove si ricordano le circolari e le ordinanze del Ministero della Sanità 1 marzo 1985, 27 aprile 1987, 10 aprile 1992, 4 giugno 1997.

¹⁰ Sul punto v. già Corte cost. 15 dicembre 2008, n. 428.

¹¹ V. sul punto CASONATO e FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006; BUSNELLI, *La sorte degli embrioni in prospettiva bioetica e nella legge 40, alla luce delle recenti pronuncie giurisprudenziali*, in *Bioetica e diritto privato*, Torino, 2001, 181 ss.

¹² FERRANDO, *Le diagnosi reimpianto, dunque sono ammissibili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013,II,20, Id., *La fecondazione assistita nel dialogo fra le Corti*, ivi, 2016, I, e il richiamo ai Tribunali di Cagliari (24.9.2007), Firenze (19.2.2007) e TAR Lazio del 21.1.2008.

¹³ EDU 28 agosto 2012 (54270/10) *Costa e Pavan c. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 66.

¹⁴ Trib. Roma del 15 gennaio 2014 e del 27 febbraio 2014.

¹⁵ Corte cost. 5 giugno 2015, n. 96, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015,10, p. 930, ed ivi FERRANDO, *Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi reimpianto*.

¹⁶ Corte cost. 11 novembre 2015, n. 229, in *Il caso.it*, 2015.

la selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia finalizzata ad evitare l'impianto di cellule affette da malattie genetiche accertate da apposite strutture. Si considera, peraltro, legittimo il divieto di soppressione dell'embrione malato per una serie di ragioni. Si avverte la necessità di tutelare la dignità dell'embrione al quale non può darsi altra risposta che quella della procedura di crioconservazione. Ciò in base alla sua soggettività e all'impossibilità di equipararlo a mero materiale biologico ai sensi dell'art. 2 della Costituzione.

2.5 *La sperimentazione sugli embrioni.* La quinta decisione¹⁷, recentissima, sul divieto (art. 13) di ricerca clinica e sperimentale sull'embrione (non finalizzata alla tutela dello stesso) dichiara inammissibile la questione per una ragione precisa.

L'elevato grado di discrezionalità dovuto alla complessità dei profili etici e scientifici e la pluralità di scelte possibili, le quali esigono un bilanciamento del legislatore "tra la dignità dell'embrione e le esigenze della ricerca scientifica". Scelta che la Corte non reputa possibile adottare.

Tutto ciò esprime un necessario rapporto fra regole e principi fra legge, giudici nella tutela dei diritti e nella disciplina dei rapporti familiari. Con un esito chiaro.

Nell'ultimo decennio è aumentato il ruolo dei principi nel sistema delle fonti in modo evidentissimo. Da tempo il Parlamento non è in grado, da solo, di assicurare stabilità e completezza dell'ordinamento. L'interpretazione applicazione del diritto appare sempre più come fonte di evoluzione e completamento del sistema. L'organizzazione amministrativa non serve solo a rendere conoscibili gli ingranaggi statali ma è anch'essa "matrice di nuova legalità" nel dare effettività a scelte eticamente sensibili. Tutto ciò è accaduto in conformità con l'art. 117 della Costituzione che ha innovato la gerarchia e il ruolo della potestà legislativa limitata ora dall'ordinamento comunitario e dai vincoli posti da Convenzioni internazionali. La conseguenza è chiara. L'interprete deve confrontarsi con una normatività diffusa che ha bisogno della integrazione dei fatti e dei principi che spesso manifestano le rigidità delle soluzioni positive e contribuiscono a legare validità ed effettività¹⁸.

Sono almeno tre i principi che sono utilizzati dalla Corte in questa vicenda. La proporzionalità,

l'effettività della protezione, la ragionevolezza delle scelte legislative. Vediamoli da vicino

3. I principi ordinatori della materia.

a) Ragionevolezza e razionalità

Si avverte anzitutto la necessità in presenza di "plurime esigenze costituzionali" di "un bilanciamento tra di esse che assicuri un livello minimo di tutela legislativa" in base ad una serie di criteri. L'analisi delle disposizioni interne anche di carattere amministrativo e internazionali sulla materia esaminata. La identificazione delle situazioni soggettive coinvolte (come la scelta di diventare genitori, la tutela delle esigenze della procreazione, il diritto alla salute, e la tutela dell'embrione). La presenza di un limite alla pura "discrezionalità politica del legislatore" soggetto al "rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati"¹⁹ e alla necessità di tener conto "delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati"²⁰.

Il che esprime la regola di fondo del rispetto della autonomia e responsabilità del medico e dell'autonoma determinazione del paziente. Nel rispetto dello status giuridico e della identità genetica del nato e della dignità dell'embrione.

Tutto ciò è esaminato dalla Corte in base ad un canone di razionalità della legge tratto dall'art. 3 della Costituzione e fissato "nell'esigenza di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia ed equità ed a criteri di logica, teleologica e storico cronologica". Il che esige "un test di proporzionalità insieme a quello di ragionevolezza" per esaminare il bilanciamento effettuato e i mezzi prescelti dal

¹⁹ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151 cit.: la Corte "ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002).

²⁰ Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151 cit. "La previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone in definitiva, in contrasto con l'art.3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di eguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna- ed eventualmente, come si è visto, del feto- ad esso connesso"

¹⁷ Corte cost. (ord), 22 marzo 2016

¹⁸ BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 3, p. 460 ss; GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012; SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.



legislatore. Al fine di controllare se si è compreso in modo eccessivo o irragionevole una delle posizioni soggettive coinvolte²¹.

b) La effettività della tutela e il ruolo dell'Amministrazione e del giudice.

Dalle sentenze emerge, dunque, che la legge non ha fornito soluzioni giuste ed effettive degli interessi coinvolti nella procreazione medicalmente assistita e tale constatazione si può estendere ad altri problemi bioetici. Per la soluzione dei quali hanno un ruolo fondamentale una pluralità di fonti.

La Corte delimita lo spazio della legge su temi etici e scientifici. Non sarà sufficiente una scelta politica. Si potrà "scegliere una soluzione scientifica" ma solo come *extrema ratio*. Più spesso si dovrà fornire "un sistema, una cornice, un assetto in cui quel problema può essere risolto con la partecipazione degli interessati" e un preciso ruolo dell'Amministrazione della sua organizzazione²². Basta pensare al ruolo dei consultori, dei comitati etici e delle strutture di sostegno alle scelte libere e informate dei cittadini. Come osserva la Corte in una sentenza importante²³ il consenso informato è una sintesi di due diritti fondamentali della persona

il diritto alla salute e l'autodeterminazione. Attorno a questi diritti va costruita una dimensione istituzionale che li renda effettivi.

Legge e giudice assieme debbono completare questa esigenza. E ciò avviene attraverso un'evoluzione profonda della forma democratica dal rapporto tra i poteri dello Stato, alle manifestazioni della legittimazione democratica agli stessi "criteri di identificazione di ciò che è diritto e ciò che non lo è"²⁴. Un mutamento che ha origini lontane²⁵ e porta ad interrogarsi sul diritto giurisprudenziale come fonte del diritto secondo uno "sviluppo in larga misura fisiologico dell'impianto dello Stato sociale costituzionale e delle radicali novità che esso presenta rispetto al vecchio Stato legislativo di diritto"²⁶. Ciò attraverso un percorso complesso che trova proprio nei problemi bioetici la sua più rilevante manifestazione.

La centralità della interpretazione e applicazione dei diritti fondamentali è un dato oramai acquisito. La Corte costituzionale esige che i giudici di merito, prima di sollevare questioni di costituzionalità, scelgano la soluzione per il caso concreto più conforme al dettato della Carta. Il giudice delle leggi svolge un controllo di razionalità e di ragionevolezza delle scelte politiche. Le Corti europee contribuiscono ad arricchire i modi e gli strumenti di tutela delle posizioni di libertà. E tutto ciò non è visto dai più come un'anomalia ma come uno sviluppo fisiologico della forma dello Stato sociale costituzionale grazie a tre elementi. La scelta di una Costituzione rigida, il riconoscimento come norme dei principi e la valorizzazione del pluralismo dei valori da interpretare e bilanciare che muta il rapporto fra norma e giudice in una legalità costituzionale che si contamina continuamente con la legalità legislativa²⁷.

Questa evoluzione non è priva di problemi. Basta ricordare il rapporto a volte problematico fra le Corti europee che nascono con ragioni e funzioni diverse, rese evidenti di recente dalla visione mercantile della Corte di Giustizia, o dalla difficoltà a volte di trovare una protezione omogenea delle situazioni soggettive. Sino a

²¹ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162: La Corte "ha desunto dall'art. 3 Cost. un canone di "razionalità" della legge svincolato da una normativa di raffronto, rintracciato nell'esigenza di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia ed equità...ed a criteri di coerenza logica,teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa" (sentenza n.87 del 2012)...Lo scrutinio di ragionevolezza, in ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa impone .. di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale. Tale giudizio deve svolgersi "attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obbiettive da soddisfare o alle finalità da perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti" (sentenza n.1130 del 1988). A questo scopo può essere utilizzato il test di proporzionalità, insieme con quello di ragionevolezza, che "richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio,con la misura e le modalità di applicazioni stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obbiettivi legittimamente perseguiti, in quanto,tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obbiettivi" (sentenza n. 1 del 2014).

²² V. TALLACCHINI, *Politiche della scienza contemporanea: le origini, in Trattato di Biodiritto*, op. cit., p. 53 ss, ed ivi SALA, *Etica pubblica e biodiritto*, p. 125 ss., LOMBARDI VALLAURI, *Prospettive antropocentriche, biocentriche, ecocentriche*, p. 3 ss.

²³ Corte cost. 15 dicembre 2008, n.438, v. sul punto RODOTÀ, *Il nuovo Habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in Rodotà e Zatti (a cura di), *Trattato di Biodiritto, Ambito e fonti*, Milano, 2010, p. 169 ss.

²⁴ P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio. Lectio magistralis*, a cura di A. Cardone, F. Donati, M.C. Grisolia, G. Tarli Barbieri, Napoli, 2016, p. 10, ed ivi gli interventi di G. SILVESTRI, E. CHELI, R. ROMBOLI.

²⁵ Si veda il saggio di L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano,1967.

²⁶ Esemplari sul punto gli scritti di FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2014, p. 295 ss; ID., *Legge costituzionale: il problema storico della garanzia dei diritti*, in *Quaderni fiorentini*, 43, 2014, p. 1077 ss.

²⁷ P.CARETTI, *op. cit.*, p. 27-28.

riflettere sulla attuale garanzia di certezza e prevedibilità del diritto. Ma a ciò si risponde riflettendo sulla forza dei principi nell'interpretazione, sul necessario bilanciamento fra di essi e sulla tendenza della politica a scaricare sulla giurisdizione problemi di difficile soluzione, come è accaduto spesso di recente con la legge elettorale²⁸. Il che conduce a auspicare un "recupero di quei mediatori sociali che sono in grado di avvicinare la società alle istituzioni governanti.. e di favorire, attraverso la comprensione e il sostegno dell'opinione pubblica, lo sviluppo delle tecniche di governo"²⁹. Ma anche a concentrarsi su i modi e i limiti dell'attività creativa dei giudici³⁰.

Una riprova forte di questa complessa modalità di attuazione dei diritti in Italia è segnato proprio da una scelta sulla sospensione del trattamento in una paziente in coma irreversibile da molti anni. IL caso Englaro ha spinto la Corte di Cassazione³¹ a valutare e risolvere il problema in base a principi, in assenza di una legge, e la Corte costituzionale ha respinto per inammissibilità il ricorso del Parlamento contro quella decisione. La motivazione è chiara. Si precisa che l'atto del giudice" non è atto legislativo ma giurisdizionale e, come, tale non determina alcun impedimento al potere politico (il legislatore) ad intervenire e disciplinare (anche in senso difforme) la materia in questione". Il che attesta che " non esiste nessuna rigida distinzione fra i due poteri, nessuna supremazia a priori, ma appunto, concorso di entrambi quando siano in gioco diritti costituzionalmente protetti".³²

²⁸ G. SILVESTRI, *op.cit.*, p. 51.

²⁹ E. CHELI, *op. cit.*, p. 58.

³⁰ R. ROMBOLI, *op. cit.*, p 59 ss.

³¹ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Corriere Giur.*, 2007, 12, p. 1676. La lettura della motivazione dà conto, meglio di ogni descrizione teorica di come possano e debbano essere attuati i principi fondamentali per decidere su "una scelta tragica", in assenza di una soluzione normativa. La Corte individua il quadro dei valori e delle norme costituzionali e sovranazionali sul rifiuto delle cure. Osserva che da esse emerge un principio "fondato sulla libera disponibilità del bene salute da parte del diretto interessato nel possesso delle sue capacità di intendere e di volere". Afferma che del tutto diverso è il caso in cui il soggetto adulto non sia in grado di manifestare la sua volontà e non abbia specificamente indicato le sue manifestazioni di volontà anticipate. Precisa che "anche in tale situazione, pur a fronte dell'attuale carenza di una specifica disciplina legislativa, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali" (cfr. Corte Cost., 26 settembre 1998, n. 347, punto 4 del considerando in diritto).

³² V. Corte cost., 8 ottobre 2008, n.334 La Corte ricorda che il conflitto fra i poteri "sussiste solo se sia contestata la riconducibilità della decisione alla funzione giurisdizionale o si lamenti il superamento dei limiti che essa incontra nell'ordinamento a garanzia di altre attribuzioni costituzionali, e posto che tale conflitto non può ridursi alla prospettazione di

c) La dignità della persona

Resta in questo settore da delimitare lo spazio dei divieti. La legge ne prevede un lungo elenco. Alcuni sono caduti, altri permangono. Il più discusso riguarda la sperimentazione sugli embrioni umani. Si e' visto che la Corte EDU³³ si è pronunciata sulla donazione e utilizzo degli embrioni per la ricerca ed ha ritenuto legittimo il divieto contenuto nell'art.13 della legge, richiamando la dignità del nascituro.

La Corte costituzionale ha fatto ancora riferimento a quel valore, difficile da fissare perché le sue radici millenarie testimoniano che non può essere né banalizzato né minimizzato e che deve essere costantemente ridefinito³⁴.

Pico della Mirandola, nel suo "Discorso", ne parlava come percorso attraverso la piena espansione della conoscenza che può seguire una pluralità di strade, senza guide precostituite da un dogma, una fede o una cultura³⁵. A questa visione si può contrapporre la visione disincantata del filosofo esistenzialista che afferma il "valore della pura fiamma della vita che basta all'uomo, per il solo fatto che sia vissuta, in qualsiasi modo anche solo nella sua essenzialità e nudità cinica". Lo straniero di Camus sulle spiagge algerine è l'immagine più nitida di questa visione. Il valore dell'esistenza, del vivere e del sentire, integra "la pienezza della soddisfazione purchè sensazioni e pulsioni gonfino l'animo"³⁶.

La forza del diritto può trovare nei valori contenuti nelle Costituzioni nazionali e sovranazionali il segno forte della Dignità, come fondamento concreto della nuova concezione della cittadinanza, intesa come patrimonio di diritti che appartengono alla persona quale che sia la condizione e il luogo in cui si trova.

un percorso logico-giuridico alternativo censurato, nella specie non si rilevano elementi atti a dimostrare che i giudici abbiano utilizzato i provvedimenti censurati come meri schemi formali per esercitare, invece, funzioni di produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento, che può, in ogni momento, adottare una specifica normativa in materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti". V. sul punto anche CARETTI, *op. cit.*, p. 36-37, nota 17.

³³ Edu 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia* e sul punto FERRANDO, *La fecondazione assistita nel dialogo fra le Corti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I.

³⁴ V. per un'ottima sintesi delle varie teorie G. RESTA, *La Dignità*, in *Trattato di Biodiritto*, *op.cit.*, p. 259 ss.

³⁵ P.C. BORI, *Pluralità delle vie. Alle origini del Discorso sulla Dignità umana di Pico della Mirandola*, Feltrinelli, Milano, 2000, p. 93 ss.

³⁶ A. CAMUS, *Il mito di Sisifo*, Bompiani, 1998, con prefazione di C. Rosso, p. XIX.

La bioetica ha assegnato al concetto un valore fondativo come “uno dei pochi nuclei assiologici in grado di giustificare, con un sufficiente grado di generalità e astrattezza, l'imposizione di una serie di limiti inderogabili al potere dell'uomo di incidere - attraverso le applicazioni della scienza e della tecnologia- sulla realtà biologica e sulle stesse strutture fondamentali della natura umana”³⁷. Tanto che i più recenti e importanti documenti internazionali “ annoverano la dignità umana tra i principi fondamentali al quale devono orientarsi le attività in campo biomedico”³⁸. Dalla Carta dei diritti fondamentali emerge un'indicazione concreta. “La Dignità è limite interno che configura ogni situazione soggettiva. Testata d'angolo nella costruzione di un modello europeo di società e di mercato, diverso e contrapposto sotto vari profili ai modelli d'oltreoceano”³⁹, da costruire muovendo dalle negazioni più tragiche che il novecento ha vissuto⁴⁰.

Ciò implica una conclusione di metodo importante. Solo la lesione certa e condivisa di tale valore legittima ed impone la tecnica legislativa ed interpretativa del divieto. La capacità di dire no alla scienza e alla tecnologia, non può che essere il frutto di una sicura lesione di quel bene, difficile da identificare ma scritto sicuramente nel cuore degli uomini.

³⁷ Per una sintesi v. ora S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 179 ss. e G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, p. 5 ss. ivi la citazione del testo.

³⁸ G. RESTA, *op. cit.*, p. 3.

³⁹ G. VETTORI, *Diritto dei contratti e “costituzione” europea*, Milano, 2005, p. 40 ss. e sul punto ancora G. RESTA, *op. cit.*, p. 16 ss.

⁴⁰ P. RESCIGNO, *Un quadro europeo per la bioetica?*, Firenze, 1998, p. 130