

17 MAGGIO 2023

Corte costituzionale e sfere eticamente
sensibili: l'orientamento
“sostanzialista” del giudice delle leggi
fra tutela dei diritti fondamentali e
rispetto della discrezionalità legislativa

di Giulia Vasino

Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Corte costituzionale e sfere eticamente sensibili: l'orientamento “sostanzialista” del giudice delle leggi fra tutela dei diritti fondamentali e rispetto della discrezionalità legislativa *

di Giulia Vasino

Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Abstract [It]: Il contributo intende analizzare gli elementi costitutivi della variegata sfera degli ambiti cosiddetti “eticamente controversi” e il peculiare attivismo che la Corte costituzionale italiana sembra sviluppare in tali sub-aree dell’ordinamento nell’attuale fase del giudizio di legittimità costituzionale. Utilizzando come oggetto di studio alcuni filoni giurisprudenziali riconducibili a tale dimensione (coppie omoaffettive, doppio-cognome, PMA e “fine vita”), la riflessione intende dimostrare come in essi emergerebbe un peculiare orientamento interventista del giudice costituzionale spinto da trainanti esigenze di tutela sostanziale.

Title: Constitutional Court and ethical issues: framing the "substantive" approach of the Constitution's gatekeeper in light of the fundamental rights' protection and the safeguard of the legislative discretionary power

Abstract [En]: The paper aspires to examine the constitutive facets characterizing the so-called "ethical issues", by framing the innovative activism that the Italian Constitutional Court has been developing in these sub-areas of the legal system. While focusing on a selected case-law, the reflection intends to depict the current interventionism adopted by the Constitution's gatekeeper in its decision-making. In this perspective, such jurisprudence will be evaluated as distinctive for the significance that the substantive guarantee has assumed in the Court's balancing.

Parole chiave: sfere eticamente sensibili, Corte costituzionale, fine vita, fecondazione assistita, attivismo giudiziale.

Keywords: ethical issues, Constitutional Court, end of life decisions, assisted reproduction, judicial activism.

Sommario: **1.** Introduzione. Il giudice delle leggi e gli ambiti “eticamente controversi”: uno sguardo d’insieme. **2.** Dal “divorzio imposto” alla vicenda del “doppio cognome”. **3.** La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita e l’opera di rimodellamento operata dalla Consulta. **4.** Il “fine vita” nell’ordinamento italiano e il quadro normativo tracciato dalla Corte nella giurisprudenza “Cappato”. **5.** Conclusioni.

1. Introduzione. Il giudice delle leggi e gli ambiti “eticamente controversi”: uno sguardo d’insieme

Quando si fa riferimento a una materia “eticamente sensibile” o “eticamente controversa” si allude a una congerie di tematiche le quali, proprio in forza della loro diretta afferenza ai valori personalistici, si rivelano questioni in grado di esercitare una forte risonanza collettiva e suscitare un vivace dibattito politico. Più nel dettaglio, si tratta di fattispecie che sottendono scelte di valore e animano una riflessione sul piano morale che chiama in causa la percezione più profonda dell’io, la concezione della vita e delle

* Articolo sottoposto a referaggio.

relazioni affettive e familiari, oggetti sui quali generalmente è presente una visione a livello nazionale e europeo carente di univocità, un'eterogeneità che si traduce, da un punto di vista giuridico, in differenti apprezzamenti circa la sussistenza di posizioni soggettive meritevoli di tutela e sui confini della garanzia alle stesse accordata¹.

Sotto il profilo più squisitamente costituzionalistico, una pluralità di principi quali quello di autodeterminazione, il diritto del singolo all'identità, la dignità umana nella sua natura multidimensionale, la libertà personale dell'individuo, il diritto alla salute nel suo composito significato prescrittivo si intersecano e si fronteggiano, domandando una ricomposizione².

Tali tematiche che si snodano fra gli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e che si fondano, in forza del grimaldello garantistico di apertura rappresentato dall'articolo 117.1, sulla tutela offerta degli articoli 2, 8 e 14 CEDU, proprio a causa della loro natura eticamente controversa, si connotano per un peculiare percorso di edificazione delle tutele soggettive, un processo che vede nell'autorità giurisdizionale, nazionale e sovranazionale, un attore di rilievo³.

Infatti, proprio in ragione della delicatezza degli interessi sostanziali coinvolti, un elemento ricorrente che accomuna le sfere in questione è proprio l'assenza di una cornice legislativa minima, un vuoto di regolazione riconducibile, da un lato, alla difficoltà di pervenire, per via parlamentare, all'individuazione di una sintesi fra visioni sovente antitetiche, e, talvolta, a un silenzio cosiddetto "eloquente" del legislatore, cioè manifestamente caratterizzato dalla volontà di non tradurre nel diritto positivo determinate istanze, declassando le aspirazioni e pretese soggettive insuscettibili di elevarsi a diritto fondamentale⁴.

Dall'altro, si tratta di ambiti nei quali, laddove la disciplina è presente, si rileva talvolta un'inadeguatezza o, addirittura, incostituzionalità sopravvenuta nella materia *sub iudice*, proprio in forza dell'avvenuta evoluzione della coscienza sociale in tale area, sviluppo che dovrebbero essere le "antenne" del legislatore a recepire primariamente⁵.

¹ Cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 56 ss.

² V. A. BARBERA, "Nuovi diritti": *attenzione ai confini*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 32.

³ R. NANIA, *Sui diritti fondamentali nella vicenda evolutiva del costituzionalismo*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 1/2020, p. 3 il quale si riferisce ad una «comparsa di ulteriori libertà e diritti, difficilmente inquadrabili in uno schema unitario e che compongono uno scenario altamente frastagliato: diritti presenti in più recenti codificazioni oppure espressi dall'attività dei legislatori in sede di attuazione costituzionale, ma soprattutto derivanti dalle pronunzie delle Corti supreme nazionali e sopranazionali»; v., altresì, E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2/2008, p. 269 ss.

⁴ Per una ricostruzione della giurisprudenza convenzionale si rimanda a C. MASCIOTTA, *La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale e Corte EDU alla prova di questioni eticamente controverse*, in *Rivista "Gruppo di Pisa"*, 3/2016, p. 2.

⁵ N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4/2017, p. 4 ss. Si veda, *ex pluris*, a titolo esemplificativo, la sentenza n. 7 del 2012 sulla disciplina dell'azione di impugnazione del riconoscimento del figlio naturale. È interessante notare come il filo conduttore del ragionamento della Corte, e il fulcro delle considerazioni poste a sostegno della manifesta inammissibilità, sarebbe proprio la privilegiata titolarità del legislatore a farsi interprete della «coscienza collettiva».

Alla luce di tali caratteristiche che ricorrono nel “settore” oggetto d’analisi, il paradosso logico che sovente si viene a creare sotto il profilo istituzionale è che tali ambiti hanno spesso dimostrato di necessitare dell’impulso pretorio per superare radicati immobilismi⁶ ma, allo stesso momento, proprio a causa della delicatezza dei bilanciamenti necessari, hanno per lungo tempo subito maggiormente anche l’atteggiamento prudente dell’autorità giudiziaria e, in particolare, della Corte costituzionale.

Più nello specifico, con riferimento a quest’ultima e all’attitudine manifestata in relazione alle sfere eticamente sensibili, possono avanzarsi due osservazioni. In primo luogo, l’esigenza di lasciare all’organo rappresentativo il compito di recepire lo sviluppo del sentire collettivo ha facilmente sposato nel corso del tempo formule decisorie ispirate alla cautela quale quelle dell’incostituzionalità accertata ma non dichiarata⁷. Dall’altro lato, tali interventi hanno di frequente rappresentato un importante punto di svolta a seguito di una serie di decisioni monitorie caratterizzate da sollecitazioni *in crescendo*. In termini generali, si potrebbe affermare, comunque, come le soluzioni individuate sperimentino, a partire dagli anni Ottanta, uno svolgimento proiettato verso formule più articolate e più stringenti di dialogo con l’organo parlamentare⁸, un’evoluzione la quale, tuttavia, non si è spinta mai fino a porre in discussione la visione tralatizia della separazione dei poteri⁹. Non può non osservarsi, d’altra parte, come le considerazioni emergenti nella parte motiva di queste decisioni facciano altresì trasparire la consapevolezza che opzioni caratterizzate dalla prevalenza della *modesty* giudiziaria, seppur contenenti un severo invito per l’organo rappresentativo, sostanziandosi formalmente in soluzioni di rigetto e inammissibilità, determinino una condizione di prolungata sofferenza per la legalità costituzionale e per la tutela dei diritti fondamentali¹⁰. Tuttavia, uno sguardo diacronico alle modalità di intervento di cui la Consulta fa uso nelle sfere eticamente sensibili induce ad evidenziare come l’esigenza di assicurare un tempestivo ripristino della legalità costituzionale abbia acquisito nel tempo una sempre più rilevante centralità, accentuando il suo peso all’interno del *reasoning* del giudice delle leggi. Sembra che nell’attuale fase della giustizia

⁶ V., fra molti, G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE-E. CHELI-S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 103 ss. e G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, p. 789 ss.

⁷ Cfr. A. PISANESCHI, *Le sentenze di costituzionalità provvisoria e di incostituzionalità non dichiarata: la transitorietà nel giudizio costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, p. 630. Più in generale, si rimanda a R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, Milano, Giuffrè, 1993.

⁸ V. F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, pp. 1652-1653.

⁹ Cfr. V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 339 ss.; V. MARCENÒ, *La sdrammatizzazione del potere creativo della Corte costituzionale come discrezionalità nella scelta dei mezzi in funzione dell’adaequatio*, negli scritti di Leopoldo Elia, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, p. 3566 ss.

¹⁰ Nel commentare, dopo un anno di distanza, i “costi” della soluzione di inammissibilità prescelta della Corte nella nota sentenza n. 279 del 2013 sul sovraffollamento l’ex Presidente della Corte così si esprimeva: «Quando la *judicial deference* finisce per privare diritti fondamentali anche di quel minimo di tutela di cui dispone la Corte con i suoi mezzi, allora è preferibile affrontare le critiche di maestri e maestrini, anziché ripararsi dietro il comodo scudo del *non possumus*», in G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Rivista AIC*, 2/2014, p. 5.

costituzionale la Corte decida di affrontare differientemente, nella parte motiva delle sue decisioni, il problema della necessaria dialettica che viene in rilievo ogni qual volta la suddivisione dei ruoli si scontri con l'inerzia parlamentare, cercando di dar luogo ad una conciliazione che consenta di non sacrificare né procrastinare eccessivamente la tutela dei diritti coinvolti. Partendo dalla premessa che le Camere rimangano la sede più idonea a farsi carico della garanzia e del soddisfacimento degli interessi, preso atto ed evidenziata la presenza di uno o più inviti rivolti al legislatore rimasti inascoltati, la Corte agisce sovente in via suppletiva, con atteggiamento fermo e deciso¹¹. È come se il giudice costituzionale postulasse un interventismo concreto, non soltanto “minacciato”, che non si limita a denunciare la scarsa collaborazione dell'organo parlamentare e le gravi mancanze che deriverebbero dalla sua inazione¹². Si tratterebbe di una modalità di esercizio del sindacato di costituzionalità improntata all'effettività e alla tempestività ma che non rinuncia alla definizione di nuove forme dell'agire. In questa nuova cornice, il mancato seguito a un precedente invito della Corte costituzionale sembra assurgere a criterio oggettivo per allentare la “morsa” stringente del limite della discrezionalità legislativa e dell'argine tradizionale delle rime obbligate. Più chiaramente, la bilancia della Corte, sempre proiettata verso il mantenimento di un equilibrio fra necessario rispetto dei vincoli funzionali e riaffermazione del dettato costituzionale, penderebbe, nell'attuale fase della giustizia costituzionale, più sensibilmente verso l'esigenza di fornire un immediato ristoro alla tutela dei diritti coinvolti¹³. D'altra parte, tale orientamento “sostanzialista” non rappresenta soltanto un fenomeno affermatosi in modo tacito e ricostruito *a posteriori*, cogliendo nuove costanti del *modus operandi* della Corte, ma l'espressione di un inedito approccio garantista dell'organo di giustizia costituzionale alla quale hanno fatto riferimento anche i Presidenti della Corte, annunciando l'emersione di «una rinnovata sensibilità» del giudice delle leggi¹⁴.

Pur non potendo entrare nel merito, in questa sede, dello sconfinato e ondivago confronto fra il giudice delle leggi e il legislatore sulle *ethical issues* nella sua totalità, data l'ampiezza del tema, appare opportuno ricostruire alcune vicende giurisprudenziali note che testimoniano le caratteristiche ricorrenti della sfera oggetto di interesse che si intendono segnalare: 1) l'assenza di una normativa, ovvero la presenza di una disciplina minima o inattuale; 2) il ruolo chiave del giudiziario, in senso lato, nella sua correzione o elaborazione; e, soprattutto, 3) l'evoluzione del ruolo e del *modus decidendi* della Corte, la quale sembra

¹¹ Cfr. M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate”?*, in *federalismi.it*, 3/2021.

¹² A. RUGGERI, *In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)*, in *Rivista di Diritti comparati*, 3/2018, pp. 62-63.

¹³ G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione giustizia*, 4/2020, p. 8 ss.

¹⁴ V. G. LATTANZI, *Corte costituzionale-Riunione straordinaria del 21 marzo 2019, Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2019, p. 13 ss. e M. CARTABIA, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2020, p. 8 ss.

tendere all'abbandono di un atteggiamento prudentiale in favore di un maggior sensibile attivismo dotato di caratteristiche peculiari.

2. Dal “divorzio imposto” alla vicenda del “doppio cognome”

Un caso esemplificativo di “silenzio eloquente” del legislatore è notoriamente rappresentato dalle varie vicende giurisprudenziali concernenti la questione delle coppie omoaffettive. In questo caso l'intervento dell'organo di garanzia e l'azione del giudice di Strasburgo hanno rivestito un ruolo determinante, collocandosi a monte dell'intero processo legislativo. Mediante la definizione dei principi fondamentali della futura disciplina e l'individuazione di un equo bilanciamento fra i valori in gioco, essi hanno esercitato un'importante azione di stimolo nei confronti dell'indirizzo politico-parlamentare, il quale è intervenuto tardivamente, a sei anni dall'importante monito della Corte costituzionale¹⁵, e in seguito alla definitiva condanna della Corte EDU nel noto caso *Oliari* per l'inadempienza del Parlamento italiano¹⁶. Sulla scia delle considerazioni espresse nella sentenza n. 138 del 2010, la Corte si era confrontata poi, ancora una volta, con il tema del *same sex marriage*, seppur in via indiretta, intervenendo sulla controversa questione del cosiddetto divorzio imposto¹⁷. Con la sentenza n. 170 del 2014 essa ha dichiarato incostituzionali alcune disposizioni della l. n. 164 del 1982 nella parte in cui non prevedevano che, in seguito all'intervenuta sentenza di rettifica del sesso di uno dei coniugi, dalla quale discendeva l'automatico scioglimento del matrimonio contratto dagli stessi, fosse possibile, ove entrambi ne facessero richiesta, «mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata» che tutelasse «adeguatamente i diritti e obblighi della coppia medesima», secondo una regolamentazione da definirsi per via legislativa¹⁸. Pur riaffermando la presenza di un ostacolo

¹⁵ Per una ricostruzione della sentenza n. 138/2010 in una prospettiva comparatistica cfr. R. ROMBOLI, *Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 1629 ss.

¹⁶ Corte EDU, *Oliari e Altri c. Italia*, ricorsi n. 18766/11 e 36030/11, 21 luglio 2015. Tale pronuncia segue la più prudente decisione del giudice di Strasburgo *Shalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010. Per un'ulteriore disamina della vicenda si rimanda a C. MASCIOTTA, *La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale e Corte EDU*, cit., p. 17 ss.

¹⁷ La linea di continuità con la sentenza 138 si registra, in primo luogo, nell'“accantonamento” dell'articolo 29 e nello sviluppo di un percorso argomentativo che fa perno sull'articolo 2 e sul canone della ragionevolezza, cfr. F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto”: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, p. 2 e P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, p. 2 ss.

¹⁸ La Corte argomenta come la specificità della circostanza in cui in coniugi desiderino mantenere l'unione in seguito al cambio di sesso esige un controllo puntuale sull'adeguatezza e ragionevolezza della normativa censurata (punto 5.6 del *Considerato in diritto*). La questione si era presentata in modo sostanzialmente identico di fronte al *BundesVerfassungsgericht*, il quale, diversamente dalla Consulta, riconobbe come in un caso del genere potesse essere accolta un'eccezione alla regola dell'eterosessualità del matrimonio, consentendo in tale circostanza il mantenimento della validità del matrimonio, senza tuttavia pregiudicarne la solidità; sulla maggior adeguatezza di tale soluzione anche nel nostro ordinamento cfr. F. SAIITO, *Finchè “divorzio imposto” non vi separi. Famiglia, rettificazione di sesso e scioglimento ex lege del matrimonio*, in A. SCHILLACI (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Roma, Carocci editore, 2014. In questo caso,

assoluto all'introduzione del matrimonio omosessuale a Costituzione invariata, il giudice costituzionale non si è astenuto dal valutare la specificità della situazione *sub iudice*. A dire della Corte, infatti, la generalizzata riaffermazione del paradigma eterosessuale dell'unione coniugale non può condurre all'assimilazione di due situazioni differenti quali quella di un'unione omosessuale neonata da quella prodottasi di fatto dal processo di transizione presupponente un precedente vincolo matrimoniale e familiare.

L'anomala configurazione della formula additiva ha immediatamente suscitato le critiche della dottrina. Da un lato, la soluzione prescelta della Corte è apparsa come un esempio evidente di pronuncia indirizzata al solo legislatore. Si sarebbe in presenza di una decisione meramente dichiarativa, capace di sconfessare il chiaro significato prescrittivo dell'articolo 136 della Costituzione e delle previsioni legislative che ad esso danno attuazione. In continuità con questa affermazione, è stato addirittura sottolineato che, di fronte a una prescrizione così *sui generis*, l'effetto demolitorio non si sarebbe potuto generare perché gli articoli della legge impugnata dichiarati incostituzionali non solo sarebbero legittimi ma costituzionalmente necessari. Diversamente, se il giudice non avesse dato applicazione alla normativa dichiarata incostituzionale, si sarebbe permesso, in attesa dell'intervento legislativo, di mantenere in vita il matrimonio della coppia divenuta omosessuale, in conflitto con l'*iter* argomentativo prescelto e, più clamorosamente, con l'articolo 29 della Costituzione¹⁹. Lo smarrimento che andrebbe a prodursi deriverebbe quindi, a ben vedere, non solo dalla generica natura non auto applicativa del principio evidenziato quanto dalla censura di un'omissione assoluta del legislatore, completamente sganciata dalla disposizione impugnata, ma capace di produrre un profondo effetto sulla stessa²⁰.

D'altro canto, è stato osservato come tali ostacoli attuativi non avrebbero potuto tuttavia condurre a ignorare la natura del dispositivo. È certamente innegabile che si fosse in presenza di una eclatante manifestazione di quel «doppio effetto paralizzante»²¹ che si produce all'indomani di una decisione non auto-applicativa, aggravata dalla stasi normativa registrabile sui due fronti, quello «colpevole» del legislatore e quello privo di responsabilità del giudice.

Le evidenti difficoltà operative derivanti dall'assenza di una disciplina legislativa non hanno precluso, però, il prodursi degli ordinari effetti dell'annullamento. Si assisterebbe così a un'additiva di principio

tuttavia, la Corte costituzionale italiana propende per una soluzione differente che si allontana dal *petitum* del giudice *a quo*, il quale aveva avanzato una richiesta di accoglimento parziale.

¹⁹ In questo senso R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Il Foro Italiano*, 10/2014, p. 5.

²⁰ Questa posizione più conservativa, animata dalla volontà di non causare pericolose rotture ordinamentali, assimila la pronuncia a una decisione avente sostanzialmente i medesimi effetti di una decisione di inammissibilità con monito. Ad ogni modo, con riferimento a questa tipologia di omissioni assolute v. R. GUASTINI, *Distinguendo ancora*, Madrid, Marcial Pons, 2013 il quale utilizza l'espressione «norme latenti o apocrife» (p. 262).

²¹ G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 181.

pienamente operante, seppur «affievolita», nella quale la dimensione monitoria della decisione sembra sovrastare la *pars destruens*²². E ciò non solamente per la incompatibilità di una pronuncia “meramente dichiarativa” con l’inequivocabile significato del dettato dell’articolo 136. Ma ciò soprattutto in forza della *ratio* che sembrava animare la stessa operazione di giustizia costituzionale tentata dalla Corte.

La soluzione adoperata con la sentenza n. 170 del 2014 sembrerebbe già far intravedere il menzionato approccio caratterizzato dalla maggior rilevanza attribuita al valore sostanziale: la Corte farebbe prefigurare di non tollerare più che i suoi limiti funzionali né l’inerzia legislativa diventino un limite assoluto alla affermazione del dettato costituzionale. A quest’ultima interpretazione della sentenza della Corte sembra poi essersi allineato il giudice comune²³. Con la sentenza n. 8097 del 2015 la Corte di Cassazione, prima sezione civile, ha affermato che dalla declaratoria di incostituzionalità discenderebbe l’obbligo per il giudice ordinario di adeguarsi al principio enunciato, che in tal caso coinciderebbe con «la rimozione degli effetti della caducazione automatica del vincolo matrimoniale sul regime giuridico di protezione dell’unione», nell’attesa dell’intervento legislativo²⁴. L’impossibilità di dettare una forma di protezione giuridica per gli ex coniugi non ha dunque frenato il riconoscimento dell’incostituzionalità del “divorzio imposto”.

Altrettanto rappresentativa di questa evoluzione è, anche in forza dei suoi rilevanti profili di attualità, la catena giurisprudenziale relativa al cosiddetto “doppio cognome”. Con la sentenza n. 61 del 2006 la Corte ha preso atto dei vizi di illegittimità della norma che imponeva l’automatica attribuzione al figlio del cognome paterno anche in presenza di una differente volontà dei genitori. Dopo una serie di interventi precedenti ispirati alla prudenza, con i quali veniva affermata la riconducibilità della materia all’esclusiva valutazione politica del legislatore²⁵, la Corte ha adottato una posizione più netta e uno stile argomentativo più spiccatamente “valutativo”. Viene affermato, infatti, come la disciplina censurata costituisse oramai il retaggio di una concezione patriarcale, paradigma superato quasi interamente dalla riforma del diritto di famiglia, incompatibile con il quadro dei valori costituzionali e con le fonti sovranazionali in materia.

²² C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell’additiva di principio sul divorzio imposto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, p. 8.

²³ Sostenne questa lettura della pronuncia già all’indomani della pubblicazione B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in *Articolo29*, 2014.

²⁴ Per una lettura più approfondita dell’intervento del giudice di legittimità, cfr. I. RIVERA, *Il c.d. divorzio imposto tra illegittimità costituzionale e seguito processuale (Osservazioni a margine delle sentenze n. 170/2014 della Corte costituzionale e n. 8097 della Corte di cassazione)*” in *Consultaonline.org*, 2/2015, p. 478 ss.

²⁵ Esplicitamente richiamati dalla Corte: si tratta di due ordinanze di manifesta inammissibilità, le nn. 176 e 586 del 1988. Nella prima la Corte riconosce come l’introduzione di un meccanismo di attribuzione del cognome paterno secondo un criterio differente a quello previsto dalla legge sarebbe legittimo e probabilmente più aderente allo sviluppo della coscienza collettiva sul tema. Essa ha ritenuto, però, che l’introduzione di una previsione innovatrice fosse di esclusiva spettanza del legislatore. Simile svolgimento logico viene in rilievo nell’ordinanza successiva nella quale il richiamo all’opportunità di una modifica per via legislativa viene in parte posto in ombra dalla rassicurazione sulla piena conformità del quadro normativo vigente con l’art. 29, in quanto l’atto faceva proprio «un criterio di tutela dell’unità della famiglia» che trovava riscontro nel costume sociale.

La Corte ha ritenuto, però, che all'accertamento non potesse far seguito un'operazione correttiva: l'addizione sarebbe fuoriuscita dai poteri della Consulta poiché rientrante nella pluralità di soluzioni di competenza del *conditor iuris*, come dimostravano le differenti proposte legislative all'epoca in discussione alle Camere. La questione, prospettata e risolta con analoga soluzione di inammissibilità anche con riferimento al figlio naturale nella sentenza n. 145 del 2007, dimostra come la Corte, in materie eticamente sensibili, si sia spesso trincerata in un primo momento dietro il *non liquet* ma, in seguito a una prolungata inerzia legislativa, abbia ritenuto che la manipolazione ad essa preclusa risultasse poi percorribile: la necessità di far valere un determinato valore costituzionale andrebbe a prevalere²⁶.

Con riferimento alla lunga vicenda dell'attribuzione del cognome, infatti, trascorsi dieci anni da tale decisione e appurata l'assenza di qualsivoglia disciplina che avesse provveduto a riequilibrare il quadro normativo, la Corte ha deciso di rompere gli argini della deferenza, dichiarando incostituzionale la disciplina vigente. Con la sentenza n. 286 del 2016 l'organo giurisdizionale ha sancito l'intollerabilità, all'interno del tessuto ordinamentale, di una normativa lesiva del diritto del figlio all'identità personale nonché idonea a perpetuare una irrazionale disparità di trattamento fra i genitori²⁷.

È importante segnalare, peraltro, come l'interventismo del giudice costituzionale in tale specifica materia non si sia arrestato. In conseguenza alla prospettazione di ulteriori dubbi di legittimità relativi alla cornice regolatoria residuante dalla declaratoria di incostituzionalità della Corte, il collegio ha reputato di procedere oltre i profili di illegittimità evidenziati dal rimettente e sollevare la questione di costituzionalità di fronte a sé stessa con l'ordinanza n. 18/2021²⁸. Vestendo esso stesso i panni di giudice *a quo*, infatti, l'organo di garanzia ha posto in dubbio che l'automatismo persistente nella legislazione – che consentiva, in caso di assenza di consenso, l'attribuzione del cognome paterno – costituisse un elemento in grado di perpetuare una disparità di trattamento fra genitori e ostacolare il diritto a un'identità che si fondi parimenti sull'origine materna e paterna²⁹. È interessante notare come, nel ri-sottolineare la pregiudizialità della questione da essa stessa sollevata rispetto ai dubbi di legittimità del Tribunale di Bolzano, la Consulta argomenti come, «ancorché siano legittimamente prospettabili soluzioni normative differenziate, l'esame

²⁶V. A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Parlamento tra aperture del modello e fluidità dell'esperienza*, in A. RUGGERI-G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento: profili problematici e ricostruttivi*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 25 ss.

²⁷ Senza che ciò precludesse, ovviamente, l'indispensabilità di «un indifferibile intervento legislativo, destinato a disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità» (punto 6 del *Considerato in diritto*). Per un approfondimento dell'evoluzione giurisprudenziale della vicenda sul doppio cognome cfr. M.G. RODOMONTE, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia. Evoluzioni di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 87 ss.

²⁸ Sul punto si rimanda agli autorevoli commenti di E. MALFATTI, *Ri-costruire la 'regola' del cognome: una long story a puntate (e anche un po' a sorpresa)*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 1/2021, p. 2 e G. MONACO, *Una nuova ordinanza di "autorimessione" della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 11/2021, p. 161 ss.

²⁹ Cfr. E. FRONTONI, *Il cognome del figlio: una questione senza soluzione?*, in *Osservatorio costituzionale*, 4/2020, p. 282 e C. INGENITO, *Una nuova occasione per superare "l'anche" nell'attribuzione al figlio del cognome dei genitori. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 18/2021 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 11/2021, p. 58.

di queste specifiche istanze di tutela costituzionale, attinenti a diritti fondamentali, non può essere pretermesso»³⁰. Nel caso di specie, infatti, il collegio ribadisce come il cognome costituisca «il fulcro dell'identità giuridica e sociale» di un individuo ed espressione primaria della sua appartenenza familiare, un elemento che deve necessariamente porsi, di conseguenza, in concordanza con i principi di uguaglianza e pari dignità dei genitori³¹. L'automatismo che residua all'interno della normativa risultante dai precedenti interventi correttivi della Corte farebbe permanere una illecita differenziazione che risulterebbe in diretto contrasto con gli articoli 2 e 3³². Pertanto, prendendo atto che nessuna delle proposte esaminate dalle due Camere fosse nel mentre «giunta a compimento», la Consulta ha asserito di non potersi più «esimere dal rendere effettiva la legalità costituzionale», confermando più a chiare lettere il consolidamento di un approccio attivista che esclude che l'inerzia legislativa possa ostacolare permanentemente la riaffermazione di valori costituzionali di primario rilievo³³.

3. La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita e l'opera di rimodellamento operata della Consulta

Meriterebbe una trattazione a parte il tanto dibattuto confronto, tuttora aperto, fra la Corte e il legislatore intorno alle tecniche di procreazione medicalmente assistita disciplinate dalla legge n. 40 del 2004. Invero, la questione sembrerebbe sin dalle origini sfuggire alla tendenza caratterizzante le questioni eticamente controverse, generalmente ispirata ad un controllo di ragionevolezza più *soft* e volto a censurare esclusivamente la manifesta irrazionalità della normativa: in tale materia, infatti, il giudice costituzionale ha rafforzato sin da subito la sua azione demolitoria, esercitando uno scrutinio sempre più rigido e penetrante sulla discrezionalità legislativa³⁴. Nel corso di dieci anni dalla approvazione della normativa, infatti, il guardiano della Costituzione ha progressivamente smantellato i capisaldi della disciplina con interventi incisivi³⁵. Si allude, in particolare, alle note sentenze nn. 162 del 2014 e 96 del 2015 con le quali

³⁰ Corte cost., ordinanza n. 18/2021.

³¹ Così afferma la Consulta nella sentenza n. 131 del 2022, richiamando la sentenza n. 286 del 2016, al punto 9 del *Considerato in diritto*.

³² Corte cost., sentenza n. 131 del 2022, punto 10.1 del *Considerato in diritto*.

³³ Cfr. L. BARTOLUCCI, *La disciplina del "doppio cognome" dopo la sentenza n. 131 del 2022: la prolungata inerzia del legislatore e un nuovo capitolo dei suoi rapporti con la Corte*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 3/2022, p. 1075 ss.

³⁴ Si veda altresì il commento di A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, in *Rivista di Biodiritto*, 2/2014, p. 1 il quale si riferisce alla particolarità della vicenda parlando di un «inseguimento a "parti invertite" tra legge e giudice». Anche L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Osservatorio AIC*, 2014, commenta come le decisioni della Corte in quest'ambito abbiano travalicato il merito della questione ma siano state capaci di avere un eco "sistemico". Con riferimento alla sent. n. 162/2014 l'Autrice ha osservato: «essa va anche considerata come una sorta di sentenza di sistema, che riassume equilibri, ribadisce poteri e riporta al centro un organo, la Corte, che è da sempre una delle istituzioni portanti di un ordinamento democratico, silenziosamente neutra, lontana dall'arena politica, talora restia a dire l'ultima parola per quel doveroso e naturale *self restraint* che dovrebbe connotare la sua presenza nella trama ben compaginata dei diversi poteri dello stato» (p. 3).

³⁵ Per una ricostruzione completa della vicenda si rimanda a C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *Riv. di Biodiritto*, 2/2014, 85.

la Corte ha colpito alcuni pilastri della legge 40, eliminando il divieto assoluto di accesso a metodi di fecondazione assistita di tipo eterologo e la preclusione che impediva a coppie non sterili ma affette da severe patologie di usufruire delle tecniche di PMA.

Più nel dettaglio, con la seconda decisione la Corte ha definitivamente eroso il fulcro ideologico della legge 40 - la stretta consequenzialità fra l'ammissione a tali pratiche e l'infertilità o sterilità medicalmente accertata della coppia avente diritto - permettendo a soggetti portatori di gravi malattie genetiche di avere accesso a fecondazione assistita e diagnosi pre-impianto³⁶. La prima pronuncia si è caratterizzata, invece, per un uso «a tutto tondo» del canone della ragionevolezza³⁷. Il giudice delle leggi considera, infatti, l'ostacolo assoluto posto dalla legge a prestazioni di tipo eterologo una previsione che darebbe luogo a un irragionevole bilanciamento fra i diritti del nascituro e la legittima aspirazione di una coppia alla formazione di una famiglia con figli. La preclusione stabilita dalla legge si rivelerebbe priva di un'intrinseca razionalità poiché andrebbe a lasciar sguarnite di adeguata tutela proprio le coppie affette da sterilità più gravi, ponendosi dunque in contrasto con la finalità primaria della legge 40, quella di promuovere «la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1). Inoltre, sottolinea la Corte, la frustrazione delle istanze procreative dei coniugi o conviventi che il divieto determinerebbe sarebbe in grado di incidere negativamente sulla salute psicofisica della coppia.

Oltretutto, è proprio in questo passaggio rilevante che la Corte rispolvera quel particolare indirizzo giurisprudenziale che conferisce peculiare rilievo alla valutazione scientifica e tecnica nella definizione dei confini di un determinato diritto. Riprendendo e ampliando una posizione già espressa nella sentenza n. 282 del 2002, la Corte chiarisce che il compiuto soddisfacimento e tutela del diritto alla salute non possa oramai prescindere dallo stato delle conoscenze in ambito medico e sperimentale. A tutta evidenza, con la sentenza n. 162, la capacità conformativa del sapere scientifico sembra dilatarsi, andando oltre il condizionamento dell'erogazione della prestazione sanitaria in sé ed estendendosi anche alla valutazione degli effetti che l'esercizio di un determinato trattamento terapeutico possa esercitare sulla salute psichica dell'individuo³⁸. Ciò non significa, ovviamente, che lo spazio riservato alle valutazioni del legislatore sia marginale. D'altra parte, è possibile porre in relazione la stessa legge n. 40 a quel monito "originario", antecedente all'approvazione della legge, espresso dalla Corte nella sentenza n. 347 del 1998. In

³⁶ A tal proposito cfr., *ex multis*, S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti "rafforzati"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015.

³⁷ Su questo aspetto si veda la riflessione critica di A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consultaonline.org*, 2014, par. 6 ss. Per un approfondimento del percorso argomentativo che ha condotto all'accoglimento dalla Corte si veda, fra i tanti, il commento di V. TINGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, par. 6 ss.

³⁸ Sul punto cfr. S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, par. 4.2.

quest'ultima il collegio puntava il dito contro l'assenza di una disciplina organica in materia di PMA e sollecitava un tempestivo intervento legislativo. Benché, dunque, l'azione regolatrice del Parlamento rimanga indispensabile e auspicabile, l'argomentazione della Corte sembra creare una profonda connessione fra *expertise* scientifica e produzione legislativa, individuando nella solidità e neutralità del dato tecnico un fattore in grado di orientare ma anche di condizionare profondamente la discrezionalità del legislatore.

Di fronte all'uso particolare della ragionevolezza cd. "scientifica" elaborato dalla Corte, è stato posto in luce in modo critico come questo peculiare approccio apra la strada ad una visione nella quale l'essenza e i confini di un diritto non troverebbero più nei processi di sintesi politica interni alla comunità dei cittadini il proprio principale fondamento e strumento di realizzazione. Di conseguenza, lo spazio riservato alla discrezionalità legislativa verrebbe ad essere sempre più limitato, compresso fra i vincoli posti dai parametri costituzionali e da esigenze di razionalità sulle quali vigila severamente la Corte, da un lato, e un giudizio incontestabile affidato a organi di natura tecnica, dall'altro³⁹.

Nonostante ciò, è altrettanto rilevante segnalare come alcune decisioni in materia si siano distinte, al contempo, per prediligere un approccio differente, ispirato ad una logica di gradualità e caratterizzato dal tentativo di agire con il summenzionato metodo "chirurgico" ai fini di non snaturare la volontà dell'organo rappresentativo. Dopo una prima decisione improntata alla cautela⁴⁰ - influenzata probabilmente anche dal limitato intervallo temporale trascorso dall'approvazione della legge⁴¹ - il primo rilevante intervento è avvenuto con la sentenza n. 151 del 2009⁴². Con tale decisione la Corte ha colpito l'art. 14 della disciplina ritenendo che il limite massimo della produzione di tre ovociti per ogni impianto costituisca l'esito di un irragionevole bilanciamento del legislatore, suscettibile di ledere il diritto alla salute della futura madre nonché determinare una disparità fra i destinatari della prestazione. Pur consistendo in una declaratoria di incostituzionalità, che esula, dunque, dalle tecniche fin qui osservate, la decisione

³⁹ G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009, p. 2 ridimensiona in parte questa lettura affermando che si tratterebbe di una «prevalenza della scienza sul diritto ma non sui diritti costituzionali (...) che anzi vengono salvaguardati attraverso l'ausilio della scienza».

⁴⁰ Si tratta della decisione n. 369 del 2006, un'ordinanza di manifesta inammissibilità con la quale la Corte si esprime su una questione sollevata dal Tribunale di Cagliari sul divieto di diagnosi pre-impianto, cfr. C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 369 del 2006)*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3850 che parla, a tal proposito, di una decisione nella quale la Corte aveva «artatamente cercato appigli processuali per non decidere nel merito la questione». Per un approfondimento della vicenda si veda il commento di A. CELOTTO, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3846 ss.

⁴¹ Così L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Consultaonline.org*, 2009, p. 1 ss. La forza delle ragioni ancora "fresche" della volontà delle Camere, unita probabilmente anche all'influenza dell'esito referendario, sembra essersi tradotta, in un primo periodo, in una maggior deferenza degli organi giurisdizionali (anche comuni), stimolando «un ancor più attento (se possibile) scrupolo deontologico e un ancor più rigoroso autocontrollo nell'esercizio dei propri poteri» (così Tribunale di Catania, sez. I civ., 3 maggio 2004).

⁴² Cfr. A. D'ALOIA-P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. CANESTRARI ET AL., *Trattato di Biodiritto*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1358 ss.

non si esprime in modo dirompente sotto il profilo della creatività⁴³. Nell'affermare l'inadeguatezza di un criterio numerico fisso che impedisse al medico di valutare le condizioni soggettive della donna destinataria del trattamento, il giudice delle leggi sembra aver voluto riportare la legge ai suoi principi di fondo, fra i quali emerge la diretta subordinazione del numero di embrioni alle esigenze procreative della persona.

Peraltro, con riferimento ad alcuni aspetti della legge 40, la Corte ha ritenuto di non poter sostituire il suo giudizio alle indefettibili valutazioni legislative, decidendo di adottare ancora una volta decisioni di inammissibilità. Rappresenta un esempio di questo modo di agire la nota sentenza n. 84 del 2016 sul divieto assoluto di destinazione alla ricerca scientifica dei cosiddetti embrioni soprannumerari. Pur ammettendo che tale previsione potesse determinare un pregiudizio allo sviluppo della ricerca, soprattutto in un ambito ritenuto particolarmente promettente dalla comunità scientifica, essa riafferma, ripercorrendo la sua giurisprudenza, l'innegabile dignità e conseguente tutela riconosciuta all'embrione, non soggetta ad un affievolimento in caso in cui risulti inutilizzabile per finalità procreative. Per tal ragione, il delicato bilanciamento fra la tutela della dignità dell'embrione e l'interesse individuale e collettivo al progresso della ricerca, richiedono valutazioni che sfuggono alle rime obbligate e che non possono che essere affidate alla discrezionalità del legislatore, chiamato anche a valutare lo sviluppo delle «evidenze scientifiche».

Dopo questa decisione, un'altra «boccata d'ossigeno»⁴⁴ alla legge 40 è pervenuta dalla recente decisione n. 221 del 2019. In questo caso il rimettente chiedeva un ardito passo avanti del giudice costituzionale. Venivano censurati gli artt. 5 e 12 della legge 40 nella parte in cui impediscono a coppie del medesimo sesso di accedere alla PMA per violazione degli artt. 2, 3, 31, 32 e 117.1 (con riferimento agli articoli 8 e 14 della CEDU) della Costituzione. In questo caso la Consulta ha ritenuto impercorribile la strada dell'addizione. La legge 40, infatti, argomenta la Corte, presenta un'impostazione restrittiva che prevede limitazioni di natura soggettiva nell'accesso alla fecondazione assistita. Gli interventi correttivi adottati dalla Corte nel corso del tempo, volti all'ampliamento degli aventi diritto, sono stati indubbiamente rilevanti ma non si sono mai spinti sino a distorcere la vocazione terapeutica della legge né a contestare uno dei pilastri ideologici della stessa, la compresenza di una figura materna e paterna. La sconfessione di tale architettura avverrebbe se si aprisse alle coppie dello stesso sesso mediante una automatica sovrapposizione fra infertilità patologica della unione eterosessuale e infertilità "fisiologica" della coppia

⁴³ Si parlò a tal proposito di una Corte estremamente prudente, agente «“col cesello” piuttosto che con “la scure”», in D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in *Consultaonline.org*, 2009.

⁴⁴ Espressione di A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *Rivista di Biodiritto*, 2/2016, p. 245.

omosessuale⁴⁵. Con riferimento ad un'estensione di tale portata «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».

Tali esiti “non interventisti” vengono riprodotti, inoltre, all'interno delle più recenti pronunzie n. 32 e 33 del 2021 le quali, tuttavia, pur essendo formalmente qualificabili come decisioni di rigetto, sembrano costituire manifestazione di quell'orientamento sostanzialista volto a valorizzare quell'esigenza improcrastinabile di garanzia⁴⁶. In ambedue i casi oggetto della questione è lo stato giuridico di quei minori nati da pratiche riproduttive attualmente precluse dalla legge n. 40. Nella prima viene censurata la disparità di trattamento a cui verrebbero sottoposti i nati da fecondazione eterologa praticata all'estero da parte di coppie dello stesso sesso, impossibilitati ad ottenere il riconoscimento di un rapporto di filiazione con la madre intenzionale che avrebbe prestato il proprio consenso alla pratica fecondativa, qualora non vi siano le condizioni per accedere all'adozione in casi particolari⁴⁷. Analogamente, nel secondo caso la questione verteva sullo stato civile del minore nato mediante maternità surrogata all'estero, pratica fecondativa vietata dall'art. 12 comma 6 della legge 40. Procedendo in direzione opposta rispetto alle argomentazioni dei rimettenti - i quali aspiravano ad una soluzione correttiva che ponesse fine a quella condizione di «incertezza giuridica» a cui si esporrebbero i minori nelle ipotesi sopradescritte, determinando così una grave violazione del diritto all'identità e alla vita privata e familiare del nato - la Consulta ha reputato, diversamente, di non poter sconfinare in un campo riservato alla discrezionalità del legislatore. Nonostante tale invalicabile limitazione, che ha condotto al rigetto della questione, il tono argomentativo adottato dalla Corte nelle motivazioni appare estremamente fermo nell'identificare la sussistenza di un grave vuoto di tutela che il legislatore dovrebbe prorogabilmente colmare. Si ribadisce, difatti, come la necessità di introdurre una garanzia adeguata nei confronti del nato fosse un'esigenza di primario rilievo già sottolineata dal giudice costituzionale addirittura nella fase antecedente all'entrata in vigore della disciplina in materia di PMA, momento caratterizzato da una pluralità di vicende simili fiorite nell'assenza di una normativa di riferimento, la cui ricomposizione aveva reso indispensabile, ancora una volta,

⁴⁵ Cfr. L. DAL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2020, pp. 230-231.

⁴⁶ A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consultaonline.org*, fasc. 1/2021.

⁴⁷ Il rimettente argomenta una duplice violazione dei diritti del nato sottolineando, da un lato, l'impossibilità di far valere un rapporto di filiazione con ambedue i soggetti che si sono assunti la responsabilità procreativa anche sotto il profilo del diritto al mantenimento e all'educazione, nonché con riferimento ai diritti successori; dall'altro lato, si sottolinea una disparità di trattamento rispetto ai nati da eterologa da coppie eterosessuali nonché rispetto ai figli di coppie omoaffettive aventi diritto all'adozione in virtù del consenso fornito dalla madre biologica (Punto 2.4.3.1 del *Considerato in diritto* e ss.)

interventi regolativi dell'autorità giudiziaria, anche ordinaria. La successiva legge 40 avrebbe poi interiorizzato proprio tali principi, a loro volta proiezione di un percorso ordinamentale di più ampia portata che valorizza l'interesse del minore a discapito del *favor veritatis*. Tale evoluzione, a cui ha contribuito in modo determinante anche l'autorevole giurisprudenza del giudice di Strasburgo, confluisce nell'idea che il diritto alla vita privata e familiare del nato costituisca un valore di primario rilievo per lo sviluppo dell'identità personale. L'assenza di una adeguata forma di tutela che salvaguardi giuridicamente il rapporto con la madre intenzionale con cui il minore ha sviluppato un rapporto di cura e affetto rappresenta, dunque, un *vulnus* che esige un «impellente intervento» parlamentare.

Ancora più *tranchant* appaiono le argomentazioni emerse nella sentenza n. 33. Pur richiamando con fermezza l'insuperabilità del divieto della surrogazione di maternità già affermato nella decisione n. 272 del 2017, sin da subito il giudice costituzionale chiarisce come la vera questione il gioco sia costituita, in realtà, dal principio guida del *best interest* del bambino, sacrificato da una deprecabile lacuna ordinamentale che lascerebbe i nati da tale pratica all'estero sprovvisti di adeguata tutela⁴⁸. Non è, infatti, ribadisce la Consulta, il diritto alla genitorialità il vero nodo sotteso alla questione quanto l'interesse del bambino a veder salvaguardati i legami creati all'interno dell'unione familiare, esigenza che affonda le sue radici proprio nell'articolo 2. Giustificare l'assenza di una normativa individuante una procedura garantistica che offra «una concreta possibilità di riconoscimento giuridico» per i minori alla luce dell'obiettivo legittimamente perseguito dallo Stato di scoraggiare la pratica della surrogazione costituirebbe, a dire del giudice, una strumentalizzazione della persona che non trova spazio nel sistema costituzionale dei valori. Sebbene, quindi, ambedue le questioni si concludano con la consapevolezza che sia il legislatore a dover rimediare a tale vuoto di garanzia, individuando «un ragionevole punto di equilibrio fra i valori in gioco», il più sensibile attivismo del giudice in un ambito così delicato e sguarnito di un'adeguata copertura legislativa si percepisce, in primo luogo, dalla peculiare riferimento a un'esigenza del legislatore di intervenire «in prima battuta»⁴⁹, accompagnato dall'ammonimento che un'ulteriore inerzia in tale ambito non potrà più essere tollerata⁵⁰.

In secondo luogo, nella sentenza n. 32 il giudice costituzionale, pur rinunciando all'intervento, avanza alcune possibili opzioni correttive che il legislatore potrebbe accogliere per porre rimedio al problema e alla frammentarietà del quadro normativo, facendo preconizzare, dunque, che un eventuale e futuro

⁴⁸ Cfr., fra i molti, S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2018, p. 6 ss.

⁴⁹ F. MANNELLA, *Oltre un serio avvertimento al legislatore? La Corte costituzionale e la nuova categoria di "nati non riconoscibili" Nota alla sentenza n.32 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos-Le attualità del diritto*, 2/2021, p. 7 ss.

⁵⁰ A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, in *Consultaonline.org*, fasc. II/2021, pp. 374-375.



accoglimento della questione, in caso di monito caduto nel vuoto, possa essere accompagnato da una soluzione ricostruttiva già intravista nell'attuale sentenza⁵¹.

4. Il “fine vita” nell’ordinamento italiano e il quadro normativo tracciato dalla Corte nella giurisprudenza “Cappato”

Da questo rapido inquadramento dell’area oggetto di riflessione emerge come il *trait d’union* che accomuna la giurisprudenza menzionata è, dunque, l’immagine di una Corte “dilaniata” da differenti istanze, posta fra l’esigenza di rispettare i limiti funzionali e non invadere la sfera riservata all’organo parlamentare e, dall’altra, non abdicare di fronte al suo ruolo di garante della Carta fondamentale. Tuttavia, anche senza indulgere in valutazioni rigidamente formaliste sulle competenze della Corte, oramai inapplicabili al concreto e odierno operato dell’organo, non può omettersi di riconoscere come la scelta ricorrente di propendere per moniti «a transizione»⁵², sebbene orientata al coinvolgimento del Parlamento nel processo di restaurazione della legalità costituzionale o finalizzata a promuovere un processo politico *ex novo*, si traduca d’altra parte essa stessa in una situazione di denegata giustizia perché permette la sopravvivenza o di una normativa incostituzionale o, laddove manchi una disciplina, la permanenza di un vuoto di tutela. I tratti caratterizzanti l’ambito inquadrato e gli innovativi elementi che connotano l’attuale giurisprudenza costituzionale in materia sembrano manifestarsi in modo quanto mai significativo in un’area delicata quale quella del “fine vita”. In relazione ad essa, infatti, si può affermare che i fattori già menzionati si siano manifestati con particolare evidenza: in tale sfera, emergerebbe, da un lato, una prolungata reticenza del decisore politico, sfociata in una lunga assenza di una disciplina organica in materia e, dall’altro, il protagonismo degli organi giudiziari, anche ordinari, nel tracciare i capisaldi della garanzia di un diritto fondamentale.

Prima di addentrarsi nella vicenda, è opportuno chiarire che per disciplina di “fine vita” si intende, in senso lato, l’ampio tema della regolazione dell’autonomia privata del singolo nella fase finale della sua esistenza, in tutte le sue differenti manifestazioni⁵³. Nei dibattiti relativi a queste tematiche si adoperano definizioni contigue, quali: “eutanasia”, “accanimento terapeutico”, o “rifiuto delle cure”, sfociando talvolta in sovrapposizioni concettuali rispetto alle quali l’opinione pubblica presenta margini di libertà che il diritto, all’opposto, non può concedersi⁵⁴. In tale ottica, la significativa distinzione che occorre primariamente operare, al fine di cogliere correttamente le argomentazioni della Consulta, riguarda

⁵¹ A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l’uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consultaonline.org*, fasc. I/2021, p. 2.

⁵² V. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, p. 302.

⁵³ V. A. D’ALOIA, *Tra rifiuto di cure ed eutanasia. Note introduttive sul “diritto alla fine della vita”*, in A. D’ALOIA (a cura), *Il diritto alla fine della vita*, Napoli, ESI, 2012, p. 5.

⁵⁴ C.R. SUNSTEIN, *The right to die*, in *Yale Law Journal*, vol. 106, n. 4, 1997, pp. 1126-1127.

proprio il percorso di causalità che conduce alla morte di un soggetto in condizione di malattia, ovvero se ciò dipenda da un comportamento omissivo o attivo⁵⁵. Questa diversificazione, infatti, seppur apparentemente relegata a una dimensione etico-fattuale, determina in realtà un diverso inquadramento costituzionale della condotta lesiva e, di conseguenza, un differente rimodellamento del diritto soggettivo del titolare della vita⁵⁶.

All'interno della prima categoria (a) può essere ricondotta sia la scelta di sospendere cure già in corso sia la volontà di sottrarsi *ab origine* alle stesse, e comprenderebbe anche terapie consistenti nella sussistenza di un sostegno vitale⁵⁷. Con riferimento a quest'ultime, la differenza nell'atto interruttivo, che implica il necessario intervento di un terzo che dia attuazione alla volontà espressa dal paziente, non scalfisce la solidità del diritto all'autodeterminazione in ambito terapeutico, benché, come si vedrà in seguito, non vi sia sempre stata un'omogeneità di vedute sul fronte applicativo⁵⁸.

Difatti, il diritto a rifiutare le cure trova una robusta copertura costituzionale nell'articolo 32 della Costituzione e, in particolare, nella sua dimensione "negativa" posta dal secondo comma, la quale tutela la libertà di non curarsi⁵⁹. Quest'ultima costituisce il riflesso più tangibile dell'affermazione del principio personalista e assume una connotazione assoluta, non potendo esser soggetta ad alcuna forma di limitazione oggettiva motivata dalle conseguenze pregiudizievoli che potrebbero derivare a carico del singolo dalla sospensione della terapia⁶⁰. La solidità di tale diritto, poggia, tuttavia, su un logico presupposto fondamentale, ossia l'esigenza che il titolare dello stesso sia in grado di esprimere una volontà libera e consapevole alla cura e sia posto pienamente nelle condizioni di comprendere la natura e gli effetti del trattamento al quale intende o non intende sottoporsi: il principio cardine del consenso informato.

Tali premesse fondanti che danno forma e circoscrivono tale libertà trovano oggi una organica sistematizzazione all'interno della legge n. 219 del 2017⁶¹. Quest'ultima, come precisato al comma 1

⁵⁵ C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, pp. 155-156.

⁵⁶ R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10/2018, p. 100 ss.

⁵⁷ Dovendo adottare una terminologia più tecnica, nel primo caso si parlerebbe di "rifiuto" nel secondo caso di "rinuncia", v. U. ADAMO, *Il diritto fondamentale al consenso informato e al rifiuto delle cure*, Milano, CEDAM, p. 10 ss.

⁵⁸ Cfr. P. GIUSTINIANI, *Davvero tutto finito? Riflessioni bioetiche sull'uscita dalla vita umana*, in L. CHIEFFI-P. GIUSTINIANI (a cura di), *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 78 ss.

⁵⁹ Una copertura garantistica che trova ulteriore supporto nell'art. 13 Cost. nel momento in cui vengano in rilievo cure non strettamente terapeutiche di sostegno quali l'alimentazione forzata.

⁶⁰ In merito all'evoluzione che il concetto di "corpo" e "autodeterminazione" hanno subito alla luce dell'affermazione del principio personalista si rimanda a P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. CANESTRARI ET AL., *Trattato di Biodiritto*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2011, p. 137 ss., spec. 145 e ss. È opportuno precisare, ovviamente, che l'assolutezza menzionata attiene alla dimensione individuale e tralascia di considerare, in questa sede, il riferimento al secondo comma dell'articolo 32 e, nello specifico, al rapporto fra salute collettiva e salute individuale, la quale richiede una riflessione che esula da questo contributo.

⁶¹ Cfr. G. DI MARZO, *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *federalismi.it*, 13 marzo 2018.

dell'articolo 1, si qualifica come un atto che «tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona», stabilendo che nessun trattamento sanitario possa essere «iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge»⁶². L'atto normativo, frutto di una lunga mediazione parlamentare⁶³, è tuttavia principalmente noto per aver introdotto per la prima volta il cosiddetto testamento biologico⁶⁴ o, più precisamente, le disposizioni anticipate di trattamento (DAT), una dichiarazione vincolante con la quale ogni individuo ha la facoltà di esprimere le proprie volontà in merito ai trattamenti sanitari ai quali intende sottoporsi in futuro in previsione di una futura incapacità, dovuta ad una malattia o a traumi improvvisi, che gli impediscano di manifestare il proprio consenso o dissenso informato⁶⁵.

Sebbene la facoltà di redigere direttive “oggi per il domani” abbia rappresentato uno degli aspetti più innovativi della legge e una delle estrinsecazioni più mature del principio di autodeterminazione in ambito terapeutico⁶⁶, la disciplina, com'è stato oculatamente osservato, rappresenta in realtà un tentativo di riorganizzare e di fornire maggior certezza a una serie di principi già enucleati in numerose pronunzie giurisdizionali⁶⁷. Difatti, dietro la mente del legislatore del 2017 è facile intravedere quella lunga e articolata evoluzione giurisprudenziale, la quale ha esercitato un ruolo determinante nel rendere intellegibile il contenuto delle disposizioni costituzionali pertinenti in materia ma anche nel valorizzare la “fondamentalità” dell'elemento volontaristico e identitario nella dimensione di cura⁶⁸. Si allude, ovviamente, non solo alla “pietra miliare” posta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 438 del 2008, che ha sancito la centralità del principio del consenso informato⁶⁹, definendolo «sintesi» fra diritti

⁶² Cfr. anche C. CASONATO, *La legge n. 219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *Rivista di Biodiritto*, n. 1/2018, p. 11 ss;

⁶³ D. LENZI, *Consenso informato e DAT. Riprende il cammino parlamentare*, in *Rivista di Biodiritto*, 3/2016, p. 305 ss.

⁶⁴ L'origine storica di tale istituto è relativamente recente e notoriamente si riconduce alla definizione anglosassone di “*living will*” apparsa per la prima volta nell'articolo di L. KUNTER, *Due process of Euthanasia: The Living Will*, in *Indiana Law Journal*, 4/1969, p. 539.

⁶⁵ V. A. LO CALZO, *Il consenso informato “alla luce della nuova normativa” tra diritto e dovere alla salute*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 3/2018, p. 9 ss.

⁶⁶ C. BARBISAN, *La legge n. 219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *Rivista di BioDiritto*, 1/2018, p. 14 sottolinea, infatti, come tale evoluzione teorico-filosofica sarebbe posta alla base della legge 219, la quale avrebbe accolto una concezione di tempo inteso non come «*chronos*» ma come «*kairos*», un «tempo opportuno - valutato soggettivamente come tale - per decidere, per esprimere la propria identità proiettandola in un tempo nel quale questa dovrebbe massimamente esprimersi, ma il corpo, a causa della malattia, non lo consente del tutto o in parte».

⁶⁷ F. D'AGOSTINO, *La legge n. 219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Come leggere la legge n. 219/2017*, in *Rivista di Biodiritto*, 1/2018, p. 15 ss.

⁶⁸ Cfr. U. ADAMO, *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in *Rivista AIC*, 3/2018, p. 113

⁶⁹ Principio ribadito all'interno della sentenza n. 253 del 2009.

fondamentali dell'individuo⁷⁰, posto al crocevia fra l'articolo 2, 13 e 32 della Costituzione⁷¹, ma anche alla giurisprudenza ordinaria e di legittimità, fra cui emergono le notissime pronunzie relative ai casi Welby ed Englaro.

Il primo caso si è distinto per il travagliato *iter* giudiziario con cui si è pervenuti al riconoscimento del diritto di un paziente affetto da grave distrofia muscolare di ottenere legittimamente la sospensione della ventilazione artificiale da cui era dipendente, richiesta che esigeva, data la peculiare natura del sistema di sostegno vitale, il necessario intervento interruttivo del medico. Difatti, l'opposizione iniziale del personale sanitario all'adempimento della volontà del soggetto, motivata da obblighi deontologici, è stata reputata legittima, in prima battuta, in sede giurisdizionale, poiché, d'altro canto, la richiesta del paziente di interruzione della ventilazione, previa somministrazione della sedazione terminale, costituiva espressione di un diritto che, per il Tribunale di Roma, pur affondando le proprie radici nella norma costituzionale, risultava privo di una concretizzazione legislativa⁷². La vicenda si è poi conclusa in favore del signor Welby in seguito all'accoglimento della sua richiesta da parte del medico curante il quale, dopo essere stato sottoposto a un procedimento giudiziario per omicidio del consenziente, è stato successivamente prosciolto per aver posto il paziente nelle condizioni di esercitare un proprio diritto fondamentale⁷³.

In un'ottica positiva, tale vicenda è divenuta comunque occasione per la fissazione, per via pretoria, del contenuto e dell'estensione del diritto al rifiuto alle cure. Il venir meno del consenso del singolo alla prosecuzione del trattamento sanitario farebbe insorgere l'obbligo di provvedere all'immediata cessazione della terapia, qualsivoglia sia la configurazione materiale della stessa, e nonostante le conseguenze infauste

⁷⁰ Per un'ampia disamina della sentenza si rimanda a R. BALDUZZI-D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 6/2008, p. 4953 ss. i quali sottolineano che gli elementi più rilevanti della sentenza consisterebbero, da un lato, nella miopia dell'Avvocatura generale dello Stato, incapace di cogliere l'essenzialità del consenso informato e dell'autodeterminazione terapeutica, osservata come un'espressione di una limitazione alla discrezionalità del medico; e, dall'altra nella capacità della Consulta di esplicitare e valorizzare, per la prima volta, la differenza fra consenso informato e diritto alla salute.

⁷¹ È opportuno sottolineare, comunque, che antecedentemente alla decisione della Corte, pur mancando un'organica disciplina in materia di consenso informato, numerose leggi ordinarie, oltre il codice di deontologia medica, richiamavano tale principio, dalla legge n. 458 del 1967 in materia di trapianto di reni fra soggetti vivi, alla legge istitutiva del SSN (l. n. 833 del 1978), dalla stessa legge n. 40 del 2004 in materia di PMA fino alla legge n. 219 del 2005 relativa alla disciplina delle emotrasfusioni. Per un quadro più dettagliato di come tale principio veniva declinato all'interno della legislazione preesistente cfr. E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in A. D'ALOIA (a cura), *Il diritto alla fine della vita*, cit., p. 77 ss.

⁷² V. Trib. Roma, sez. I civ., ord. 16 dicembre 2006, nella quale si afferma che far valere il «diritto del ricorrente di richiedere l'interruzione della respirazione assistita ed il distacco del respiratore artificiale, previa somministrazione della sedazione terminale» sarebbe ostacolato irrimediabilmente dall'assenza di un diritto «concretamente tutelato dall'ordinamento»: «solo la determinazione politica e legislativa può colmare il vuoto di disciplina».

⁷³ V. A. GUAZZAROTTI, *Il caso Welby: adattamento ai trattati e deleghe non attuate*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2007, p. 358 argomenta, inoltre, come la Convenzione di Oviedo avrebbe costituito già di per sé una fonte sufficiente a tutelare il diritto del paziente in forza dell'articolo 5 e 9 del Trattato. Nonostante ciò «il giudice adito ha preferito trincerarsi dietro lo scudo di una generica non-autoapplicabilità della Convenzione, con una classica operazione di imputazione al potere politico dell'opzione della natura non *self-executing* del trattato».

che potrebbero derivare da tale interruzione per la salute del paziente⁷⁴. D'altro canto, tuttavia, il caso ha posto in evidenza come la mancata attuazione legislativa di un diritto costituzionalmente garantito abbia contribuito a minare significativamente l'effettività della tutela di una libertà fondamentale, delegandola interamente alla garanzia episodica e frammentata del giudizio caso per caso.

In modo differente anche la vicenda Englaro ha costituito un ulteriore tassello giurisprudenziale fondamentale, anticipatorio rispetto alla summenzionata pronuncia della Corte costituzionale n. 438, per la delineazione del valore del principio del consenso informato e del profondo legame fra salute e principio personalistico⁷⁵. Diversamente dal caso Welby, la Corte di Cassazione si è confrontata, dopo una lunga battaglia giudiziaria, con una richiesta di sospensione delle cure proveniente dal tutore di una persona che da oltre vent'anni versava in una condizione di SVP ed era soggetta alla somministrazione di nutrizione e idratazione artificiale⁷⁶. Nell'impossibilità di una manifestazione diretta di volontà dal paziente, il giudice di legittimità ha proceduto ad una indiretta ricostruzione di quest'ultima mediante un percorso logico-induttivo che ha postulato dei principi in grado di trascendere il caso concreto⁷⁷. Ai fini di procedere ad una valutazione in merito alla sospensione del trattamento in tali casi limite, la Suprema Corte ha affermato l'imprescindibilità di un elemento oggettivo - l'accertamento di una condizione di malattia irreversibile conseguente ad un rigoroso apprezzamento medico – combinata ad un fattore soggettivo - un'implicita comprensione della volontà dell'incapace che risulti «realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti»⁷⁸. Da tale *modus arguendi* non è emersa soltanto un'ulteriore valorizzazione della centralità del consenso informato in sé, definito «legittimazione e fondamento del trattamento sanitario», ma altresì una più articolata postulazione del fondamento libertario alla base della salute che nega che la stessa possa mai diventare «oggetto di imposizione autoritativo-coattiva d'innanzi a un rifiuto informato, autentico e attuale» il quale, a sua volta, non potrebbe mai esser disatteso in nome di «un dovere a curarsi come principio di ordine pubblico»⁷⁹. Inoltre,

⁷⁴ V. A. PIZZORUSSO, *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2007, pp. 356-357, commenta criticamente la denegata giustizia derivante dall'intervento del giudice ordinario, il quale avrebbe ommesso di riconoscere l'esistenza di un diritto soggettivo perfetto al rifiuto alle cure, diritto immediatamente esigibile. Ad apparire non chiari sarebbero i confini del diritto del medico all'obiezione di coscienza. Alla luce di questo, dunque, sarebbe tollerabile un'opposizione del terapeuta all'interruzione delle cure ma non certamente quella della struttura sanitaria. Per giunta, sottolinea l'Autore, sotto il profilo processuale, l'onere di dimostrare l'incapacità del paziente ad esprimere il proprio consenso al trattamento sarebbe dovuta ricadere sul medico.

⁷⁵ Per una ricostruzione del caso si rimanda, fra i moltissimi contributi, a P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 231 ss.

⁷⁶ Cfr. T. GROPPI, *Il "caso Englaro": un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009.

⁷⁷ Sulla vicenda e sull'aspro conflitto istituzionale che ne è derivato cfr. R. ROMBOLI, *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2009, p. 91 ss.

⁷⁸ Cass. Civ. sez. I, 16 ottobre 2007, sent. n. 21748.

⁷⁹ *Ibidem*.

la centralità attribuita all'autonomia individuale non risulta meramente proiettata verso l'esclusione di qualsivoglia elemento coercitivo - che non ammette che la persona, quale «valore etico in sé», possa essere mai funzionalizzata per alcun scopo eterodiretto - quanto verso un'esaltazione del singolo inteso nella sua specificità e «integralità», frutto dell'insieme delle «convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive»⁸⁰.

Tali rilevanti pronunzie del giudice comune hanno contribuito, dunque, a traghettare la complessa materia della salute e, più nello specifico, del rifiuto alle cure, da un modello paternalistico verso un sistema che pone al centro l'individuo e la percezione che lo stesso ha di sé, tracciando un *framework* garantistico poi successivamente accolto all'interno dell'atto normativo⁸¹.

Differentemente, la seconda categoria (b), quella all'interno della quale si rileva un rapporto di diretta causalità fra la condotta attiva del soggetto titolare della vita e la morte, risulta una questione molto più spinosa sotto il profilo dell'inquadramento e costituzionale e giuridico in senso lato⁸². In questo caso, infatti, si scivola nella più controversa area del suicidio che, agli occhi dell'ordinamento, assume caratteristiche problematiche nel momento in cui incontra l'azione di un soggetto terzo, anche qualora quest'ultimo non contribuisca alla determinazione o al rafforzamento del proposito suicidario della vittima⁸³. All'interno del nostro sistema, infatti, è ancora generalmente punibile penalmente la condotta di aiuto al suicidio, anche se questa consista solamente nell'atto di sostegno materiale offerto al titolare della vita comprendente lo svolgimento di azioni prodromiche allo svolgimento dell'atto finale, che rimane nelle mani del titolare della vita (art. 580 c.p.). Ma è parimenti oggetto di divieto penale la circostanza in cui il decorso causale dipenda interamente da un soggetto terzo in presenza della volontà del titolare della vita: in questo caso si parlerà di omicidio del consenziente e la condotta lesiva prenderà il nome di eutanasia attiva (art. 579 c.p.).

Il tema è stato oggetto di rinnovato interesse in seguito all'adozione di due importanti decisioni ad opera della Corte, l'ordinanza n. 207 del 2018 e n. 242 del 2019 con le quali il giudice delle leggi ha riconosciuto la parziale illegittimità del divieto di aiuto al suicidio. Tale vicenda giurisprudenziale, nota come “caso Cappato”, costituisce una delle manifestazioni più significative della peculiare forma di *judicial activism* del giudice delle leggi nelle sfere eticamente sensibili e nell'attuale fase della giustizia costituzionale.

⁸⁰ In merito a tali criteri e alle critiche ad essi mosse si rimanda a C. CASONATO, *Il caso Englara: fine vita, il diritto che c'è*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2009, p. 99 ss.

⁸¹ Per un approfondimento di tale evoluzione anche sul piano deontologico v. U. ADAMO, *Il diritto fondamentale al consenso*, cit., p. 39 ss.

⁸² V. G. MANIACI, *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio assistito*, in *Rivista AIC*, 1/2019, p. 29 ss.

⁸³ M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 marzo 2017, pp. 5-6.

La vicenda ha avuto origine con l'imputazione di Marco Cappato – da qui la denominazione del caso – accusato di aver fornito aiuto al suicidio a Fabiano Antoniani, noto come “dj Fabo”, affetto da tetraplegia e cecità bilaterale corticale a seguito di un incidente automobilistico avvenuto nel 2014. In seguito alla presa di coscienza dell'irreversibilità delle sue condizioni e della inefficacia delle cure, Antoniani aveva espresso l'intenzione di darsi la morte mediante suicidio assistito, riuscendo a portare a termine il suo proposito presso la clinica svizzera “Dignitas” il 27 febbraio 2017. In seguito alla morte, l'attivista Cappato si è recato presso i carabinieri di Milano, autodenunciandosi per aver condotto in macchina Antoniani sino alla struttura sanitaria. Dopo una prima proposta di archiviazione da parte della Procura, il Gip, al contrario, ha avanzato una richiesta di formulazione dell'imputazione per il reato di aiuto al suicidio. Successivamente, la Corte d'Assise di Milano ha escluso la rilevanza penale della condotta con riferimento all'aiuto morale, ritenendo tuttavia sussistente la responsabilità sotto il profilo materiale. Ad avviso dell'organo giudiziario, infatti, era da reputarsi consolidato un diritto vivente volto ad accogliere una lettura estensiva del concetto di “aiuto” fino a ritenere afferente al divieto posto dall'articolo 580 c.p. anche tutte le azioni di assistenza *lato sensu* all'atto suicida e non soltanto quelle precludenti al gesto finale⁸⁴. È proprio alla luce dei dubbi di legittimità emersi in relazione all'interpretazione di tale disposizione che il collegio milanese ha sollevato la questione di costituzionalità di fronte alla Consulta. In sostanza, l'ordinanza di rinvio richiedeva una rimodulazione del «perimetro applicativo» della norma al fine di espungere dalla sfera di punibilità la condotta di un soggetto che presti assistenza nello svolgimento dell'atto senza contribuire alla determinazione e al rafforzamento del proposito suicidario della vittima⁸⁵. Nell'ottica del collegio rimettente, infatti, il quadro edittale rappresentava un “anacronismo giuridico”, retaggio di una concezione del bene vita, quella del legislatore del 1930, oramai in contrasto con gli artt. 2, 13 comma 1 e 117 comma 1 della Costituzione. Animato da una connotazione «schiettamente liberal», poiché interamente imperniata sulla primarietà del valore assunto dal principio di autodeterminazione

⁸⁴ A. MASSARO, *Il “caso Cappato” di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, p. 3 ss. osserva, tuttavia, come la ricostruzione del collegio milanese, volta ad affermare l'esistenza di un'interpretazione omogenea della fattispecie di aiuto al suicidio, fosse molto contestabile, date le rare applicazioni dell'articolo 580. Per un approfondimento delle posizioni emerse nella giurisprudenza di merito e di legittimità e sul “problema” dell'individuazione di un “autentico” diritto vivente in materia di aiuto al suicidio cfr. G. BATTAGLIA, *La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: una tappa (necessaria?) del caso Cappato*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2018, p. 495 ss.

⁸⁵ Il rimettente contestava altresì l'intrinseca irrazionalità della previsione nel momento in cui equiparava il trattamento sanzionatorio riservato alla condotta di aiuto al suicidio a quello previsto per la fattispecie più grave dell'istigazione. Benché il giudice a quo non stabilisse alcun collegamento fra le questioni sollevate, era implicito che quest'ultima si ponesse in un rapporto di subordinazione con la prima, dato che l'accertamento della irragionevolezza della pena - e una sua eventuale rimodulazione - presuppone in sé la rilevanza penale del comportamento lesivo.

individuale, l'*iter* argomentativo del giudice *a quo* aspirava ad una pronuncia meramente ablativa, a basso tasso di creatività, che dichiarasse l'illegittimità della sanzione penale nella sua interezza⁸⁶.

Il primo importante snodo argomentativo che connota l'approccio della Corte nell'affrontare la delicata questione emerge proprio dalla posizione intermedia dalla stessa assunta. Il collegio, infatti, sembra prender le distanze e dalla visione "statalista" del vivere umano del legislatore pre-repubblicano, e dalla concezione evolutiva del collegio milanese, imperniata sulla rivalutazione del bene giuridico tutelato. Il giudice delle leggi asserisce, infatti, di non poter condividere la censura del tribunale meneghino «nella sua assolutezza». Difatti, la fattispecie criminosa dell'aiuto al suicidio, contemplata nella sua generalità, non risulterebbe soltanto pienamente conforme a Costituzione ma rappresenterebbe altresì concretizzazione di quella vocazione solidaristica e personalistica che informa l'ordinamento repubblicano. Attraverso tale divieto, infatti, si andrebbe a predisporre una «cintura protettiva» nei confronti dei soggetti più deboli e vulnerabili, fra i quali rientrano coloro che meditano di congedarsi prematuramente dalla vita. Impossibilitato a colpire colui che commette suicidio - neppure nell'unica ipotesi concretamente prospettabile, quella del tentato suicidio - il legislatore penale avrebbe quindi indirizzato la sua attenzione regolatoria verso coloro che potrebbero cooperare al raggiungimento dello scopo⁸⁷. Data tale finalità, considerare penalmente rilevante non solo il concorso morale (l'istigazione) ma anche quello materiale perseguirebbe lo scopo di salvaguardare l'individuo dall'irreparabile pregiudizio che potrebbe cagionare a sé stesso.

Tuttavia, l'organo giurisdizionale prosegue affermando come la piena corrispondenza di tale divieto con le radici assiologiche del sistema costituzionale verrebbe meno con riferimento a quelle situazioni, «inimmaginabili» nel momento storico in cui la disposizione fu adottata, in cui versano coloro che, pur potendo essere strappati alla morte grazie all'avanzamento delle tecnologie e terapie disponibili, non sono comunque in grado di riacquisire la pienezza delle funzioni vitali. Tale situazione esistenziale viene

⁸⁶ M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione "non penalistica" della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, ESI, 2019, p. 115.

⁸⁷ Viene espressamente rigettata l'ipotesi ricostruttiva prospettata dal rimettente secondo la quale dal diritto alla vita, presupposto logico di tutti i diritti inviolabili riconosciuti dall'articolo 2 della Costituzione, potrebbe trarsi un diritto dell'individuo a morire e il contestuale diritto a ricevere aiuto dallo Stato nel portare a termine la propria esistenza. In tal modo, argomenta il giudice costituzionale, si determinerebbe uno snaturamento del contenuto essenziale di una previsione costituzionale, fino ad accoglierne una vocazione nichilista incompatibile con il sistema dei valori costituzionali. A sostegno di questa tesi viene richiamato l'analogo ragionamento elaborato dalla Corte di Strasburgo sull'articolo 2 della CEDU nella nota sentenza *Pretty v. Regno Unito* (cfr. punto 5 del *Considerato in diritto*). Sull'importanza della comparazione cfr. D. DE LUNGO, *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull'uso dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale recente, a partire dal caso Cappato*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato*, cit., p. 108. In questo caso specifico, però, l'intervento *ad adiuvandum* dell'esperienza europea e canadese servirebbe più a valorizzare la sospensione della decisione e la indefettibilità dell'intervento legislativo piuttosto che legittimare la tecnica decisionale in sé, in P. PASSAGLIA, *Intervento*, in A.A. V.V., *Il Forum-Sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Rivista "Gruppo di Pisa"*, 2019, pp. 236-237.

dettagliatamente esplicitata: la Corte si riferisce infatti alla circostanza in cui vi sia 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». Con riferimento a questa specifica condizione, prosegue il collegio, l'assistenza prestata da terzi potrebbe rappresentare l'unica via possibile per porre fine alla prosecuzione della vita mediante strumenti di sostegno vitale, trattamenti sanitari che l'individuo ha già diritto a rifiutare in forza dell'articolo 32 comma 2 della Costituzione.

Tale argomentazione rappresenta il nodo logico cruciale della pronuncia e il primo elemento di innovatività dell'orientamento prescelto della Corte: il giudice costituzionale procede a un chirurgico rimodellamento del *thema decidendum*, spostando la questione sotto la sfera garantista del diritto alla salute, un parametro non invocato nell'ordinanza di rinvio⁸⁸. Il *modus arguendi* della Consulta si muove sul crinale della ragionevolezza e proprio della legge n. 219 del 2017⁸⁹. Se, infatti, quest'ultima ha cristallizzato il diritto alla sospensione dei trattamenti sanitari, anche quelli cd. "salvavita", l'atto normativo esclude tuttavia implicitamente lo svolgimento di un ruolo attivo da parte del medico finalizzato a determinare la morte del paziente, su richiesta dello stesso⁹⁰.

È proprio a partire da tale ostacolo che il giudice costituzionale inizia a tracciare i profili di incostituzionalità della norma. Se, infatti, il quadro normativo riferibile alle decisioni di fine vita già interiorizza un'attenuazione della protezione assoluta della vita in presenza di altri valori costituzionalmente protetti, ammettendo il diritto a rinunciare alle cure, risulta sproporzionata l'apposizione di un limite rigido, «penalmente presidiato», alla richiesta di un singolo di un intervento diretto che lo sottragga a un decorso più lento che si verificherebbe se si scegliesse la sospensione dei trattamenti. In altri termini, l'assolutezza del divieto di aiuto al suicidio causerebbe, nelle situazioni limite dettagliatamente delineate dalla Consulta, un'inaccettabile lesione degli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione poiché, imponendo all'individuo «un'unica modalità per congedarsi dalla vita», andrebbe a determinare un'irragionevole compressione della libertà di autodeterminazione della persona con riferimento alle scelte terapeutiche, senza che ciò trovi giustificazione nell'esigenza di garantire «un altro interesse costituzionalmente apprezzabile»⁹¹.

⁸⁸ V. F. POLITI, *La sentenza n. 242/2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle "rime obbligate"? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, in G. D'ALESSANDRO - O. DI GIOVINE, *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 376 ss.

⁸⁹ R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato*, cit., p. 6.

⁹⁰ Ciò si deduce in modo implicito dalla specificazione contenuta nell'articolo 1 comma 5 della l. 219 del 2017: «sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici».

⁹¹ Punto 9 del *Considerato in diritto*.

Nella premessa decostruttiva della Consulta sembra intravedersi un *soft paternalism* che cautamente non si spinge mai fino a menzionare né l'eutanasia attiva né il suicidio assistito: finalità ultima del giudice delle leggi sembra essere quella di estendere la portata garantistica della tutela della dignità umana fino a ricondurre sotto di essa la fase conclusiva della vita individuale, riconoscendo un «diritto alla piena dignità anche nel morire»⁹². A ben vedere, in realtà, l'accezione di “dignità” appare costituire il vero nodo sotteso alla questione. In forza del suo valore polisemantico e multidimensionale, tale principio ha notoriamente esercitato un ruolo propulsivo nella espansione delle tutele soggettive ma, se osservato nella sua dimensione ontologica, ha al contempo assunto una funzione condizionante nei confronti dei diritti dell'individuo⁹³. Consapevole del fatto che, anche in tale circostanza, fosse la qualificazione della stessa a segnare i confini della questione di legittimità costituzionale, la Corte sembra propendere per un'interpretazione di dignità soggettivamente e concretamente declinata⁹⁴. Alle spalle della prospettiva adottata dalla Consulta pare intravedersi proprio quel percorso giurisprudenziale sopradescritto, poi culminato nell'adozione della legge n. 219, il quale ha fatto proprio quell' approccio individualistico e identitario del diritto alla salute che esige che il significato dell'espressione esistenza “degnata di essere vissuta” non possa prescindere dal significato che la persona stessa ad essa attribuisce, causando inevitabilmente una spaccatura fra il concetto di vita biologica e vita sociale.

Nelle circostanze limite simili a quelle relative al caso posto alla base della questione di costituzionalità, quindi, una protezione assoluta della vita umana si tradurrebbe in una scelta obbligata per il paziente - l'unica consentita dalla legge vigente, quella di rifiutare i trattamenti sanitari - che risulterebbe “indignitosa”, poiché suscettibile di determinare una condizione di sofferenza psicologica non solo per l'individuo ma anche per i familiari che lo assistono. Avanzando, dunque, lungo un percorso logico impervio fra diritto alla vita, dignità umana e autodeterminazione terapeutica, la Corte giunge ad affermare implicitamente che aiutare un soggetto a darsi la morte risulti, esclusivamente nelle circostanze sopradescritte, non solo un diritto costituzionalmente imposto ma un'istanza già racchiusa nelle pieghe della legge n. 219/2017. Per tale ragione, un'integrazione dell'atto legislativo nel senso indicato dalla Corte servirebbe soltanto a rendere la legge «coerente nei suoi esiti»⁹⁵.

La delicatezza della questione bioetica oggetto del giudizio principale e di quello di legittimità ha avuto un impatto decisivo nell'elaborazione di una soluzione innovativa. Il timore del vuoto e la volontà di non

⁹² C. CUPELLI, *Il caso Cappato: autodeterminazione e dignità nel morire*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato*, cit., p. 87.

⁹³ P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il “principio libertà” nella cultura costituzionale europea*, in R. NANIA (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 61 ss.

⁹⁴ G. FONTANA, *Dignità umana e autodeterminazione terapeutica nelle scelte di fine-vita. Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato*, cit., pp. 156-157.

⁹⁵ L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato*, cit., p. 138.

consentire la sopravvivenza della norma sindacata, i cui profili di costituzionalità vengono esaustivamente descritti nell'ordinanza, hanno indotto la Corte ad un bilanciamento che trascende la dimensione sostanziale, determinando il ricorso a una soluzione tanto inedita quanto discussa⁹⁶. In tale circostanza, infatti, la Consulta pare procedere per una modalità inedita di *judicial activism* concretizzabile nell'elaborazione di una tecnica decisoria. Il percorso logico del giudice, infatti, non è costruito *ad hoc* per supportare la soluzione non interventista, considerata come “minore dei mali”, nell'attesa di un futuro adeguamento della disciplina da parte del legislatore. Al contrario, la Corte opta per una soluzione dialogica con lo scopo di “congelare” la questione di costituzionalità e di permettere, al contempo, che il Parlamento si possa esprimere su una materia posta all' «incrocio di valori di primario rilievo»⁹⁷. In tal

⁹⁶ I commenti alla ordinanza e le sue definizioni, com'è noto, sono stati numerosi. Fra i numerosi commenti si rimanda ad alcuni riferimenti: E. MALFATTI, *Intervento*, in A.A. V.V., *Il Forum-Sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Rivista “Gruppo di Pisa”*, 2019, p. 223 la quale denuncia il debole appiglio normativo della modalità di rinvio disposta dalla Corte. Analogamente E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2019, p. 546 ss.; U. ADAMO, *La Corte è ‘attendista’ ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, p. 3; A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consultaonline.org*, 3/2018, p. 571; A. RIDOLFI, *Un nuovo tipo di doppia pronuncia: la via italiana alla Unvereinbarerklärung? (osservazioni su Corte costituzionale, ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019)*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 3/2019, p. 3 si riferisce all'ordinanza come un «Frankenstein» della giustizia costituzionale; G. Repetto, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 2464 ss. il quale dubita che l'operazione creata dalla Corte possa in realtà consistere in un intervento equiparabile ad altre tecniche temporalmente manipolative; C. PANZERA, *L'ordinanza “una e trina”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2019, p. 1 ritiene la formula «una e trina» adeguata anche a causa della “misteriosità” che ruotava intorno all'efficacia della decisione; A. NATALINI, *Brevi note a margine di una storica ordinanza “trifronte”*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato*, cit., p. 243 si riferisce all'ordinanza come un'ordinanza «a tre volti» o «a tre anime». Le definizioni sono comunque molteplici: M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato*, cit., p. 1 usa l'espressione «incostituzionalità differita»; R. ROMBOLI, *Il “caso Cappato”: una dichiarazione di incostituzionalità «presa, sospesa e condizionata», con qualche riflessione sul futuro della vicenda*, in *Il Foro italiano*, 6/2019, p. 1892 parla di «incostituzionalità sospesa e condizionata»; G. SORRENTI, *Etnas Neues unter der Sonne: un'ordinanza sospensiva dell'annullamento, per necessario coordinamento con il legislatore. In margine a Corte cost., ord. n. 207/2018, questione Cappato*, in *Quad. dir. pol. ecl.*, 3/2018, p. 711 ss. la definisce «sospensiva dell'annullamento»; C. SALAZAR, *Morire sì, non essere aggrediti dalla morte. Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2019, p. 568 usa il termine «incostituzionalità-ombra»; 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 di Quaderni costituzionali*, 2019, p. 1 parla di un'«ordinanza-delega»; S. PENASA, *Il “seguito” dell'ordinanza 207: mutamento (nella continuità) di paradigma costituzionale e (necessaria) leale collaborazione tra poteri*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019, p. 3 utilizza la definizione «ordinanza di illegittimità annunciata ma non dichiarata»; 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*, 3/2019, p. 38 usa l'espressione «pronuncia monitoria rinforzata»; F. DAL CANTO, *Il “caso Cappato” e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019, p. 1 nota 1 la definisce «decisione di incostituzionalità prospettata ma non dichiarata con contestuale “messa in mora” del legislatore».

⁹⁷ S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *Rivista di BioDiritto*, 3/2018, p. 168 il quale commenta positivamente la vicenda affermando come la Corte abbia riprodotto «una sostanziale tendenza (se non solo e non tanto alla co-legislazione, per quanto si precisa qui poco oltre), quantomeno al ruolo di sollecitatrice del dibattito pubblico, specialmente su temi etici, che sfuggono agli schieramenti rigidi del “politico” per coinvolgere soluzioni e sensibilità trasversalmente collocate, rispetto a tale piano, non traducibili in schemi tassonomici semplificati»; in senso differente D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Corti supreme e salute*, 3/2018, p. 3 il quale sottolinea come la Corte manifesti una deferenza «più apparente che reale» nei confronti del legislatore.

modo, ispirandosi dichiaratamente ad uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale, il giudice costituzionale decide, «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo», per la fissazione di una nuova udienza (alla data del 24 settembre 2019) per concedere tempo all'organo rappresentativo e valutare la sopravvenienza di una disciplina che abbia accolto le dettagliate linee guida della Corte⁹⁸.

Tale nuova soluzione decisoria, consistente in un'ordinanza di rinvio "a data fissa", variamente definita in dottrina, si è distinta, infatti, per una puntuale definizione delle linee guida che l'organo rappresentativo dovrebbe seguire nel colmare il *vulnus* garantistico. Più chiaramente, esclusa l'ipotesi di poter ottenere lo scopo perseguito mediante la mera declaratoria dell'irrelevanza penale della condotta di aiuto al suicidio, la Corte ha suggerito l'introduzione di un processo medicalizzato di suicidio assistito proprio all'interno della legge n. 219. Quest'ultima costituirebbe, ad avviso del collegio, il luogo naturale di collocazione della nuova disciplina, la quale verrebbe opportunamente inquadrata nell'ambito di quella relazione di cura e fiducia fra medico e paziente valorizzata dall'art. 1 della legge del 2017⁹⁹. Ad un attento esame si rileva, peraltro, come la Corte non individui soltanto la *sedes materiae* ma indirizzi il legislatore penale anche sotto il profilo metodologico, suggerendo il modello alla giustificazione procedurale, una soluzione immaginata dalla dottrina tedesca come strumento chiave di tutela in presenza dei diritti «infelici», poiché consentirebbe di legittimare *ex ante* il comportamento lesivo¹⁰⁰.

Allo scadere del termine stabilito, preso atto della mancata sopravvenienza di una disciplina che regolasse la questione trattata e dell'impossibilità di un'«imminente» approvazione di una legge da parte delle Camere, il collegio ha proceduto alla declaratoria di incostituzionalità, sugellando il «legame genetico» fra le due pronunzie¹⁰¹. Con la nuova decisione di accoglimento n. 242/2019, la Corte ha pronunciato l'incostituzionalità dell'art. 580 del codice penale, «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con

⁹⁸ Cfr. P. CARNEVALE, *Incapitare in...Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Consultaonline.org*, 2/2019, p. 362; in senso analogo M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, p. 14; M. PICCHI *Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2018; M. PANEBIANCO, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018 tra nuovi tipi decisori e ruolo del parlamento. Note "inevitabilmente" intermedie*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 1/2019, pp. 4- 5.

⁹⁹ Cfr. S. CANESTRARI, *La relazione medico-paziente nel contesto della nuova legge in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento (commento all'art. 1)*, in *Rivista di Biodiritto*, 1/2018, p. 19 ss.

¹⁰⁰ Sull'innovativo uso della scriminante procedurale nell'ambito del biodiritto penale cfr. A. SESSA, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.): un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della Consulta n. 207/2018*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato*, cit., p. 347 ss. il quale argomenta come essa permetta di trovare negli «elementi gradati di un concetto di proceduralizzazione costitutiva» il presupposto giustificativo dell'irrelevanza penale della condotta. In questo caso specifico il risultato lesivo sarebbe da ritenersi autorizzato *a priori* in forza dell'«espletamento di una procedura di controllo pubblico».

¹⁰¹ A. RIDOLFI, *Un nuovo tipo di doppia pronuncia: la via italiana alla Unvereinbarerklärung? (osservazioni su Corte costituzionale, ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019)*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 3/2019, p. 21. D'altronde, è la Corte stessa a non tacere l'ineluttabilità dell'esito caducatorio, esplicitando il parallelismo con la logica dell'incostituzionalità accertata ma non dichiarata: «il rinvio disposto all'esito della precedente udienza risponde, infatti, con diversa tecnica, alla stessa logica che ispira, nella giurisprudenza di questa Corte, il collaudato meccanismo della "doppia pronuncia"».

le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

La decisione n. 242 del 2019 è apparsa sin da subito una pronunzia composita, caratterizzata da una componente ablativa e una additiva¹⁰². Ripercorrendo il percorso logico argomentativo dell'ordinanza monitoria, si prende atto del fatto che la Corte confermi la definizione di un'area di non punibilità per il reato di aiuto al suicidio, evidentemente modellata sul caso concreto, dichiarando parzialmente incostituzionale l'art. 580 del codice penale. Viene altresì ribadita l'inadeguatezza di una soluzione meramente caducatoria: la netta sottrazione dalla sfera di operatività della norma penale esporrebbe le persone che si trovano nelle condizioni di estrema vulnerabilità, puntualmente circoscritte dai requisiti a) b) c) d), esposte a possibili abusi. Di conseguenza, la declaratoria di incostituzionalità viene accompagnata da un intervento additivo, nella convinzione che, in assenza di una disciplina, sia proprio la legge n. 219

¹⁰² Con tutta evidenza la conclusione prescelta dalla Corte si differenzia da quelle soluzioni più “fluide” immaginate in dottrina. Alcuni ritenevano percorribile la soluzione dell'accoglimento parziale: I. PELLIZZONE, *Aiuto al suicidio, dal Codice Rocco alla Carta Costituzionale alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Giurisprudenza penale*, 2018, p. 8 prospettava una formula di tal genere; in senso analogo C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall' "ordinanza Cappato"*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato*, cit., p. 175 la quale reputava percorribile anche un eventuale accertamento a posteriori, in sede giudiziaria, sulla presenza dei presupposti che giustificano l'irrelevanza penale della condotta di aiuto, analogamente a quanto avviene in altre situazioni in cui il giudice è chiamato a verificare i requisiti di non punibilità per determinati reati (per legittima difesa, ad esempio). Il giudice costituzionale ha escluso altresì la soluzione interpretativa ipotizzata da A. MORRONE, *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, p. 12 il quale riteneva praticabile la «strettissima» ipotesi di una pronuncia interpretativa di accoglimento o di rigetto che espungesse in via ermeneutica dall'art. 580 c.p. il frammento “in qualunque modo” ai fini di relativizzare la fattispecie penale; R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato*, cit., p. 15 il quale proponeva (pur ritenendo altamente improbabile che la Corte perseguisse questa opzione) una interpretativa di rigetto che definisse restrittivamente il termine “agevolazione”, includendo all'interno della sfera di punibilità solo le condotte strettamente prodromiche allo svolgimento dell'azione suicida; P. CARNEVALE, *Incappare in... Cappato*, cit., p. 363, al contrario, reputava inadeguata la soluzione interpretativa ritenendo la soluzione «principialista» la più idonea a porre rimedio al *vulnus* riscontrato senza sacrificare la domanda di giustizia sostanziale proveniente dal caso concreto. Per la stessa motivazione, infatti, escludeva la fattibilità di una pronuncia di accoglimento con la fissazione un *dies a quo* nel futuro. Propende per questa ipotesi, ad esempio, E. FURNO, *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020, p. 309. Una differente ricostruzione veniva immaginata da R. ROMBOLI, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019, p. 5 ss. il quale prospettava due ipotesi possibili: da un lato immaginava che il giudice costituzionale dichiarasse incostituzionale l'omissione legislativa, analogamente a quanto disposto nella sentenza n. 170 del 2014; dall'altro riteneva possibile l'ipotesi della interpretativa di rigetto o di inammissibilità.

a rappresentare il «punto di riferimento» normativo più idoneo sul quale innestare il contributo ricostruttivo¹⁰³.

Si riafferma, dunque, come le garanzie procedurali introdotte dalla legge sul consenso informato e l'autodeterminazione terapeutica dovranno essere estese alla prestazione di assistenza al suicidio. In tal modo, l'accesso ad un congedo più rapido dalla vita, alternativo al rifiuto delle cure, sarà subordinato ad un rigoroso accertamento medico volto a verificare la sussistenza delle stringenti condizioni individuate nell'ordinanza. Inoltre, al suicidio assistito vengono estesi gli adempimenti previsti dalla legge in caso di interruzione di cure o redazione delle DAT, quali l'acquisizione della volontà dell'interessato «nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente» (art. 1 c. 5 l. 219/2017), l'accurata prospettazione da parte del medico delle conseguenze delle scelte adottate dal paziente e delle soluzioni alternative, l'obbligatorio inserimento dell'interessato in un percorso di cure palliative (conformemente a quanto previsto dalla l. 38 del 2010) e di sostegno psicologico.

Nei passaggi successivi vengono inoltre inseriti contenuti normativi ulteriori, non preannunciati nel complesso monito dell'ordinanza, che conferiscono un ulteriore tasso di creatività all'intervento. In primo luogo, data la delicatezza dei valori in gioco e analogamente a quanto già disposto nelle pronunzie in materia di PMA, si stabilisce che il ricorso al suicidio medicalmente assistito debba avvenire presso le strutture del servizio sanitario nazionale. Si prevede, inoltre, l'indefettibile parere di un organo collegiale terzo, posto a presidio delle situazioni di vulnerabilità interessate. Questa funzione, «nelle more dell'intervento del legislatore», viene affidata ai comitati etici territoriali competenti. Chiude la dettagliata serie di prescrizioni normative indicate dalla Consulta un inatteso riferimento all'obiezione di coscienza del personale medico sanitario, fattore che invece appariva un contenuto meramente eventuale della legge che si auspicava il legislatore introducesse. Si prevedeva, infatti, che fosse rimesso «alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato»¹⁰⁴.

La decisione conclusiva del caso Cappato ha chiuso una vicenda giurisprudenziale cruciale, aprendo contestualmente una riflessione multidisciplinare sugli effetti sistemici delle due decisioni sul fine vita. È indubbio che le due pronunzie non siano interamente sovrapponibili: trovatasi a correggere un vuoto che auspicabilmente era il legislatore a dover colmare, la Corte ha provveduto ad introdurre contenuti

¹⁰³ Punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁴ La duplicità della decisione emerge anche dal differente condizionamento delle prescrizioni imposte dalla Consulta a seconda del periodo di riferimento. È la Corte stessa, infatti, a chiarire la «diversa scansione del contenuto della pronuncia sul piano temporale». D'altronde, risultava scontata l'inapplicabilità delle «condizioni procedurali» imposte dalla decisione a fatti pregressi, come quello del giudizio principale. Per tali ragioni, con riferimento al passato, ogni singolo giudice dovrà verificare se «l'agevolazione sia stata prestata con modalità anche diverse da quelle indicate, ma idonee comunque sia a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti».

normativi aggiuntivi¹⁰⁵. Con riferimento ai contenuti “ulteriormente creativi” della decisione n. 242 del 2019, si contestano, ad esempio, gli oneri finanziari della nuova procedura per il servizio sanitario nazionale, la sbrigatività con la quale la Corte introduce il diritto all’obiezione di coscienza¹⁰⁶, il riferimento frettoloso all’opinione dei comitati etici territoriali, sia perché non viene specificata la vincolatività del parere che dovranno esprimere sia perché si ritengono preoccupanti le possibili ricadute che tale procedura potrebbe avere sotto il rispetto del principio di uguaglianza¹⁰⁷. Più in generale, sotto il profilo sostanziale, colpisce poi la scomparsa del riferimento alla dignità personale in favore di un ripiegamento verso il più prudente e meno divisivo concetto di autodeterminazione terapeutica, una scelta semantica che tuttavia non ha cancellato le dirompenti ricadute sistemiche dell’apertura per via pretoria al suicidio assistito¹⁰⁸.

5. Conclusioni

L’ampia e variegata categoria degli ambiti eticamente sensibili si distingue, nell’attuale fase della giustizia costituzionale italiana, per esser soggetta ad un inedito e peculiare attivismo dell’organo di garanzia. Sfera tradizionalmente caratterizzata da laconicità legislativa e da un ruolo complementare esercitato dal giudiziario *lato sensu*, essa appare oggi attraversata da varie manifestazioni di un indirizzo espansivo “multidirezionale” del ruolo del giudice delle leggi¹⁰⁹. Tale filone sarebbe caratterizzato da un’innovativa

¹⁰⁵ R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consultaonline.org*, 2020.

¹⁰⁶ Cfr. C. MASCIOTTA, *La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirompenti implicazioni*, in *Consultaonline.org*, 1/2020, p. 73 la quale afferma come l’introduzione di un diritto all’obiezione senza un’adeguata disciplina rischi di svuotare di effettività il diritto al suicidio assistito per la limitata categoria di soggetti legittimati.

¹⁰⁷ Si argomenta polemicamente come sia questo elemento a contraddire quei principi di determinatezza e tassatività della fattispecie penale imposti dall’articolo 25 c. 2 Cost. che già la decisione nel suo complesso metterebbe a dura prova, in M. D’AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2020, p. 295 ss.

¹⁰⁸ Sottolinea questo rilevante cambiamento C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità dell’aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019, p. 7 ss. L’A. rileva come la Corte abbia adottato una terminologia più cauta non certo per «esigenze di sintesi» quanto per aver acquisito, fra una decisione e l’altra, la consapevolezza della debolezza del ragionamento volto a dimostrare l’esistenza di un diritto costituzionale a morire dignitosamente.

¹⁰⁹ Un processo che, come è stato posto in evidenza, non risparmia la dimensione sovranazionale, incidendo profondamente sul cd. dialogo fra Corti, né la relazione con il giudice comune che, come si è visto, assiste ad un rilevante rimodellamento dei canoni che attengono allo svolgimento del suo ruolo nell’ambito del giudizio di costituzionalità, quale quello dell’interpretazione conforme, attenuato in funzione della nuova fase di ri-accentramento. Per una definizione delle direzioni verso le quali tale mutamento si manifesta si rimanda ancora una volta alla riflessione di D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press, 2020 e T. GROPPI, *Il ri-accentramento nell’epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *federalismi.it*, 3/2021, p. 129 sottolinea, per esemplificare come tale ri-accentramento si manifesti in relazione alla questione di costituzionalità, come l’attitudine del collegio sembra essersi evoluta nel tempo da un «“Come ne usciamo?”», ovvero come ne usciamo senza decidere? Come ne usciamo senza esporci, senza prendere posizione?» a un «“Come ci entriamo?”», nel senso di come possiamo entrarci, come possiamo decidere, evitando che la questione resti irrisolta, che permanga una zona franca sottratta alle garanzie del *rule of law* costituzionale? E, in definitiva, come

gestione dei limiti procedurali da parte della Corte, una modalità emersa con particolare emblematicità nella delicata vicenda sul “fine vita” ma che pare legare, con un filo rosso, varie sub-aree dell’ordinamento, trascendendo anche la singola tecnica decisionale.

Difatti, l’inquadramento delle recenti evoluzioni giurisprudenziali ispirate a un più celere interventismo e la nascita di opzioni decisorie molto più audaci dimostrerebbe l’esistenza di uno sviluppo di più ampia portata che segnala il trionfo dell’«effettività del controllo di costituzionalità»¹¹⁰, uno svolgimento che non si è sottratto a riflessioni critiche¹¹¹.

Le diffuse perplessità, piuttosto articolate, confluiscono alla fine nella medesima preoccupazione: se l’obiettivo di offrire immediatezza e concretezza alla tutela sostanziale rischi di diventare, nell’azione del giudice costituzionale, «un *pas de partout* improprio» in grado di snaturare «i caratteri di una funzione che, almeno dal punto di vista delle forme, viene unanimemente considerata giurisdizionale»¹¹². Sebbene nessuna operazione di giustizia costituzionale possa mai definirsi priva di costi, si segnala polemicamente come questa nuova fase della giustizia costituzionale si caratterizzi per il predominio di una logica machiavellica, della legittimità sulla legalità, del valore sulla forma¹¹³. A giudizio di questa lettura, la primazia delle istanze di giustizia sostanziale sui vincoli processuali avrebbe determinato un superamento dei confini dello Stato di diritto costituzionale¹¹⁴.

Ritornando alla specifica dimensione istituzionale e, dunque, all’immagine delineata all’inizio di questo contributo - quella di una Corte divisa fra confliggenti istanze in un contesto sovente statico e lacunoso - si potrebbe dire che, dopo anni caratterizzati da una ricerca di un faticoso equilibrio fra tutela del

possiamo svolgere la nostra funzione, ovvero “rendere giustizia costituzionale”?». L’Autrice evidenzia dunque la profonda diversità intercorrente fra una Corte la cui priorità era rimaner fuori da «acque perigliose» a quella di una Corte non timorosa «di immergersi pienamente nella complessità del nostro tempo».

¹¹⁰ S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza ‘rime obbligate’*, in *Osservatorio AIC*, 2/2020, p. 306.

¹¹¹ Fra le principali voci critiche emerge quella di A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, p. 251 ss.; N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, 3/2021, p. 92

¹¹² G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d’incostituzionalità: possibilità e limiti*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 220.

¹¹³ D. MARTIRE, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 6/2020, pp. 258-259.

¹¹⁴ A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2015, p. 643 pone in dubbio che questa nuova fase possa segnare la «rivincita» del «pessimismo schmittiano in ordine alla reale possibilità di giurisdizionalizzare i conflitti politici», una visione che l’A. stesso reputa eccessiva ma comunque indicativa del sentore che l’anima giurisdizionale del giudice costituzionale sia sempre più adombrata dalla sua anima politica.

principio di legalità costituzionale e rispetto della discrezionalità legislativa¹¹⁵, il peso della Corte si sia sbilanciato interamente in favore dell'esigenza di rendere giustizia costituzionale "a qualsiasi costo"¹¹⁶.

Questa lettura appare tuttavia non condivisibile nella sua totalità. Dando per assodato che l'attuale giudizio di costituzionalità tenda ad un'accentuazione della dimensione "valoriale" della questione, nella giurisprudenza della Corte si può anche intravedere un tentativo di dettare "nuove" forme al proprio agire¹¹⁷. Con questa visione non si intende certo negare l'esistenza di un approccio attivista ma ridimensionarne la portata, evidenziando come la presenza di un sindacato improntato all'effettività della garanzia dei diritti sembri non rinunciare, tuttavia, alla autodefinizione di nuovi vincoli d'intervento. Si potrebbe dire che la Consulta sia entrata in una diversa fase di "supplenza", innescata dall'esacerbarsi della crisi dell'organo rappresentativo che, tuttavia, mai si spinge verso la teorizzazione e la realizzazione di un attivismo sregolato.

L'inegabile creatività del giudice costituzionale non sembra dunque esaurirsi nella dimensione sostanziale ma appare canalizzarsi anche in un processo di riscrittura delle "forme", animato dalla medesima vocazione garantista, che trova nel principio della leale collaborazione istituzionale una fonte di ispirazione e legittimazione. Più chiaramente, la bilancia della Corte, sempre proiettata verso il mantenimento di un equilibrio fra necessario rispetto dei vincoli funzionali e riaffermazione del dettato costituzionale, pende sensibilmente verso l'esigenza di fornire un immediato ristoro alla garanzia dei diritti. Questa graduale ma percettibile evoluzione del giudizio di costituzionalità si è manifestata, in primo luogo, come espressione di uno sviluppo "interno" alla medesima tecnica decisionale, come dimostra, ad esempio, il *trend* adoperato dalla Corte nell'uso delle pronunzie additive di principio. La celebre decisione sul cosiddetto divorzio imposto (sentenza n. 170 del 2014) ha testimoniato, infatti, come la genericità della regola che la Corte individua non trattenga il collegio dal condannare l'omissione legislativa, espandendo in tal modo l'apporto ricostruttivo dei giudici comuni.

Nondimeno, l'accrescimento del peso rivestito dal valore sostanziale si inserisce in un processo di ridefinizione dei limiti di più ampio respiro che ha lentamente condotto, da un lato, all'abbandono di opzioni decisorie che hanno mostrato tutta la loro inadeguatezza, consolidando un improduttivo atteggiamento di *self-restraint* e, dall'altro, nella sperimentazione di soluzioni nuove, quale quella dell'ordinanza monitoria a termine di cui si è fatto uso nella decisione n. 207 del 2018. Invero, il manifesto

¹¹⁵ Ritorna la autorevole immagine tracciata da C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, Tipografia veneziana, 1984 (ristampa Napoli, Editoriale scientifica, 2014), p. 113 ss. di una Corte alla ricerca di equilibrio «tra l'intrinseco carattere di trascendenza della Costituzione e il suo dover essere immanente».

¹¹⁶ A. RUGGERI, *In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)*, in *Rivista di diritti comparati*, 3/2018, pp. 62-63.

¹¹⁷ 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*, 2/2019, p. 645.

di intenti che il giudice delle leggi sembra far proprio in questa paradigmatica pronunzia si sostanzia nell'idea che i “corti circuiti” della leale collaborazione e i vincoli procedurali che condizionano l'agire dell'organo giurisdizionale non possano giustificare il sussistere di una situazione di denegata giustizia *sine die* né, congiuntamente, favorire una condizione di in-attuazione della Carta costituzionale. Questa vocazione più squisitamente attivista si è tradotta, sotto il profilo operativo, in una formula decisoria che ha permesso alla Corte, mediante l'uso dei propri poteri di gestione del processo costituzionale, di superare la più volte evidenziata stasi che si verifica ogni qual volta il processo di reintegrazione dei diritti fondamentali richieda l'azione congiunta dei due organi costituzionali, esigendo che l'opera ricostruttiva del Parlamento si verifichi in tempi certi¹¹⁸.

In particolare, la modalità di intervento che la Corte fa propria nella vicenda Cappato confluisce nell'idea secondo la quale, «decorso un congruo periodo di tempo» entro il quale il legislatore è invitato a farsi carico del *vulnus* di garanzia accertato, la Corte «è tenuta comunque a porvi rimedio»¹¹⁹. All'interno del “comunque” al quale il giudice delle leggi si riferisce sembra racchiudersi la convinzione che i caratteri strutturali e i vincoli procedurali del processo costituzionale, per lungo tempo rilevanti ostacoli dell'azione creativa della Corte, oggi assumano una funzione cedevole di fronte all'obiettivo di riaffermare i principi della Carta, specialmente qualora vengano in rilievo beni costituzionali di primaria importanza. Alla luce di questo percorso ricostruttivo, è possibile affermare come gli argini e gli elementi che per lungo tempo hanno funto da parametri costitutivi dell'approccio della Consulta in tale macroarea siano stati sottoposti ad un indiscutibile rimodellamento. Dunque, nell'epoca della «rinnovata sensibilità» - che, appunto, «impone» e non invita alla predisposizione di «meccanismi adeguati per cancellare la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando il più possibile la discrezionalità legislativa» - la Corte sembra ricordare ai soggetti istituzionali con i quali si confronta, in primis il Parlamento, che, fermo restando il primato logico e cronologico del momento democratico-rappresentativo, sia lo scopo di “render giustizia” a costituire «la ragione fondamentale della giurisdizione costituzionale»¹²⁰.

Ad ogni modo, in tale contesto caratterizzato da una maggior preponderanza attribuita all'esigenza di fornir risposta ed effettività alle “aspettative di giustizia”, il palpabile maggior attivismo del giudice delle leggi nelle sfere eticamente controverse appare comunque soggetto ad alcune attenuazioni e comunque temperato dal mantenimento di una logica di gradualità sia “interna”, cioè inerente alla medesima questione di costituzionalità, sia esterna, cioè relativa alla selezione delle modalità di intervento più idonee

¹¹⁸ F. PATERNITI, *La Corte “pedagogista” di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, 34/2020, p. 200 ss.

¹¹⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 242 del 2019, punto 4 del *Considerato in diritto*.

¹²⁰ G. LATTANZI, *Corte costituzionale-Riunione straordinaria del 21 marzo 2019, Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, cit., p. 13 ss.

da applicare in presenza di giudizi nei quali sono in gioco beni di diverso rilievo, confermando come sia il ripristino della tutela sostanziale a fungere da forza propulsiva che guida l'azione della Consulta¹²¹.

In particolare, dall'analisi della giurisprudenza emergerebbe anche come l'attenuazione della consueta cautela in ambiti in cui risulta cruciale l'individuazione di un delicato bilanciamento fra beni costituzionali di primario rilievo appaia modellata in forza del peso assunto dal valore sostanziale in gioco. In linea generale, quindi, sarebbe possibile scorgere un rapporto di inversa proporzionalità fra la "fondamentalità" del bene costituzionale tutelato e l'aderenza alla procedura: l'allontanamento dalle regole processuali andrebbe ad accentuarsi a misura che i diritti in gioco attengono a valori personalissimi dell'individuo¹²², anche nell'ambito della medesima pronuncia, portando così la Corte a separare "chirurgicamente", con manifesta precisione, la parte dell'oggetto che esige il ripristino immediato della legalità, mediante l'impiego di una soluzione costituzionalmente "adeguata", da quella per cui appare sufficiente ripiegare sul più consueto atteggiamento di *self-restraint*, accettando la ri-espansione della discrezionalità politica dell'organo di garanzia.

Tale logica sembra riprodursi anche all'interno di decisioni di rigetto da un forte tono monitorio che sembrano far precludere un imminente accoglimento della questione di costituzionalità, come sembra emergere nelle sentenze n. 32 e 33 del 2021¹²³. Le due decisioni, infatti, come evidenziato, appaiono accomunate da un doppio binario argomentativo. Da un lato, infatti, viene escluso con fermezza che possa spettare al giudice costituzionale un rimodellamento dei requisiti soggettivi per l'accesso al trattamento di procreazione medicalmente assistita nei i divieti oggettivi posti dalla legge. Se, tuttavia, il diritto alla genitorialità e i suoi confini vengono ricondotti senza esitazione nella sfera della discrezionalità politico-legislativa, dall'altro, il vuoto di tutela sostanziale conseguenziale a carico dei nati diviene il profilo di illegittimità parallelo sul quale si condensa l'intransigenza della Corte la quale fa intendere, data la primarietà del bene costituzionale "in sofferenza", la concreta possibilità di un intervento correttivo anche ad alto tasso di creatività, qualora manchi la azione legislativa richiesta¹²⁴.

In secondo luogo, attraverso una disamina approfondita delle motivazioni, è possibile individuare delle costanti nell'*iter* argomentativo della Corte che possono assurgere, se applicati con continuità, a nuovi standard di condotta. In primis, la scelta di una decisione bifasica si accompagna di solito ad una articolata

¹²¹ G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione giustizia*, 4/2020, p. 8 ss.

¹²² V. G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consultaonline.org*, 2020, p. 3 ss.

¹²³ C. MASCIOTTA, *La vexata quaestio della maternità surrogata torna dinanzi ai giudici costituzionali*, in *federalismi.it*, 22/2021.

¹²⁴ Cfr. E. FRONTONI, *L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 2/2021; G. FERRANDO, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021*, in *Giustizia insieme*, 14 aprile 2021 afferma come «tuttavia la Corte questa volta non si limita ad un generico invito (...), fissa i confini della discrezionalità del legislatore, indica quali sono le condizioni che devono essere soddisfatte e (...) giunge a prefigurare i possibili strumenti alternativamente praticabili».

motivazione nella quale si pongono in luce le ragioni che precludono soluzioni alternative e che tuttavia, proprio per l'eccezionalità dei principi interessati, non devono essere considerate una dichiarazione di permanente elusione delle regole processuali¹²⁵.

Ma, soprattutto, è il *modus argumentandi* della Corte a dimostrare la ricerca di nuovi vincoli: l'ancoraggio ad un riferimento normativo affine e a precedenti moniti caduti nel nulla sembra costituire il tentativo di creare degli argini formali che, seppur meno vincolanti rispetto al passato, segnalano l'intento di creare una proceduralizzazione del giudizio della Corte¹²⁶. Emergerebbe dunque una strategia del giudice delle leggi volta a inserire l'abbandono del *self-restraint*, anche in materie eticamente sensibili, in una nuova cornice che conferma una visione dell'incostituzionalità come un concetto «graduale e graduabile»¹²⁷.

Di certo non possono non evidenziarsi le conseguenze problematiche che deriverebbero per gli equilibri ordinamentali se l'azione dell'organo di garanzia si trasformasse in un “monologo” sui diritti fondamentali¹²⁸. In un contesto caratterizzato da una forte tensione fra l'esigenza di fornir risposta ed effettività alle “aspettative di giustizia” e la necessità di salvaguardare la discrezionalità dell'organo rappresentativo, sarebbe opportuno ripartire proprio dal ruolo di mediazione del Parlamento. Tuttavia, per quanto auspicabile, si tratta, allo stato attuale, di un esito di difficile configurazione in un contesto in cui proprio l'«irrecuperabile» crisi dell'Assemblea sembra aver avuto un peso importante nella ricerca di strumenti nuovi da parte della Corte. Infatti, per quanto gli organi parlamentari si siano dimostrati istituzioni particolarmente resilienti di fronte al crescere della complessità dello Stato pluralista, spinte centrifughe di varia natura - indirizzate, ad esempio, verso la verticalizzazione e il rafforzamento del ruolo “decisionista” dell'Esecutivo - contribuiscono a collocare le Camere in una posizione di sempre maggior marginalità e debolezza.

Rassicurazioni maggiormente positive possono provenire, invece, guardando ancora una volta al di fuori dei confini nazionali, dal consolidamento di quel dialogo fra organi giurisdizionali sovranazionali che da decenni oramai contribuisce non solo alla formazione di un sistema multilivello di tutela ma anche a quel reciproco arricchimento fra differenti esperienze costituzionali, a cui si è già fatto accenno. Infatti, benché l'epoca dell'attivismo e del ri-accentramento non risparmi il rapporto fra le giurisdizioni straniere ed europee e la Corte - la quale ha provveduto a riaffermare in modo risoluto la sua funzione

¹²⁵ È facile rievocare la riflessione di Alessandro Pizzorusso che sottolineava come le inosservanze della Corte non possano certo essere interpretate «come espressione di una sorta di libertà dalla legge processuale», in A. PIZZORUSSO, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 133 ss.

¹²⁶ M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate”?*, in *federalismi.it*, 3/2021, p. 54 ss.

¹²⁷ Cfr. F. MODUGNO, *La “supplenza” della Corte costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, p. 116. Sul punto cfr. altresì A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Rivista “Gruppo di Pisa”*, 3/2019, p. 102 ss.

¹²⁸ R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle «rime obbligate»: la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali?*, in *Il Foro italiano*, 9/2020, p. 2569 ss.



«nomofilattica»¹²⁹, anche ai fini di porre freni allo “sfrangiamento” e alle incertezze prodotte all’interno di un sistema caratterizzato da più voci - non può tacersi come tale dialettica eserciti comunque un impatto positivo, anche di natura meramente culturale, sul *reasoning* della Corte costituzionale.

Più chiaramente, anche in un’epoca di riposizionamento della Consulta, il grado di interconnessione fra soggetti giudicanti rende difficile immaginare una condizione di monopolio sui diritti da parte dell’organo di garanzia poiché la Corte sembra non poter più prescindere da quella «relazionalità orizzontale» e sensibilità plurale che oramai appaiono interiorizzate nella sua giurisprudenza¹³⁰.

¹²⁹ T. GROPPi, *Il ri-accentramento nell’epoca della ri-centralizzazione*, cit., p. 139.

¹³⁰ T. GROPPi, *Il ri-accentramento nell’epoca della ri-centralizzazione*, cit., p. 141.