



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

- Sezione:** **Principi e tutela penale** - Principi del diritto penale – *Il principio di offensività*
- Titolo:** *Sulla fecondazione eterologa, al bivio tra (ir)ragionevolezza del divieto e diritto umano alla libertà di autodeterminazione*
- Autore:** **DANIELA FALCINELLI**
- Sentenza di riferimento:** Corte Costituzionale, sentenza 10 giugno 2014, n. 162
- Parametro convenzionale:** Artt. 8 e 14 CEDU
- Parole chiave:** Principi di tipicità e offensività; ragionevolezza; diritto di autodeterminazione; diritto alla salute

Sommario: 1. La legge n. 40/2004 "riscritta" (anche) dalla sentenza Corte cost. n. 162/2014; 2. Nuovi diritti nella "nuova umanità costituzionale" della persona: la libertà di ricercare la genitorialità e il diritto individuale alla salute (psichica); 3. Il diritto penale contemporaneo davanti all'autodeterminazione e al consenso: paternalismo versus liberalismo.

1. Le contestazioni mosse contro la legge 19 febbraio 2004 n. 40 sono pressoché databili al suo nascere, quando cinque referendum abrogativi proponevano al corpo elettorale di pronunciarsi sul merito di molte scelte fatte dal legislatore, intendendo così contrapporre alla decisione del Parlamento una diversa scelta politica in materia di procreazione medicalmente assistita, ispirata alla più ampia libertà procreativa e alla piena libertà di scienza. La Corte costituzionale, com'è noto, aveva dichiarato ammissibili solo i quesiti parziali, bocciando il referendum per l'abrogazione totale della legge sulla base dell'assunto ribadito pure dalla sentenza di questi giorni: che la legge 40 fosse e sia una legge costituzionalmente necessaria, perché dettante «una prima legislazione organica», che assicura(va) «un livello minimo di tutela legislativa» a «una pluralità di rilevanti interessi costituzionali» (Corte cost., sent. n. 45/2005). L'ammissibilità dei referendum parziali era



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

coerente con questa scelta: gli elettori potevano pronunciarsi solo su singoli punti della legge, tra i quali si calava il divieto di fecondazione eterologa (Corte cost., sent. nn. 46, 47, 48 e 49/2005).

Dopo l'ondata astensionistica che ha travolto l'iniziativa referendaria, la legge n. 40 ha continuato ad essere investita da un processo di vera e propria riscrittura nei punti più qualificanti per effetto di diverse pronunce giurisdizionali, alcune delle quali opera della Corte costituzionale.

In particolare, sui limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni - segnati all'art. 14 - è intervenuta la Corte costituzionale nel maggio 2009, ammettendo una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione. La crioconservazione sarebbe infatti necessaria in tutti i casi in cui il medico ritenga che l'impianto possa non essere compatibile con la salute della donna: segnatamente, con sentenza n. 151/2009 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 14, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» e del comma 3 nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna. Infine, la Corte costituzionale nell'aprile 2014, con la sentenza 162/2014 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa medicalmente assistita. In entrambi i casi, la decisione di accoglimento si fonda non sulla violazione di diritti costituzionalmente garantiti, ma sull'irragionevolezza del bilanciamento legislativo degli interessi in gioco: in assenza di precise disposizioni costituzionali, la disciplina della procreazione medicalmente assistita e, della fecondazione eterologa in particolare, rientra nello spazio aperto della politica, nel quale il legislatore può compiere molteplici scelte, col solo limite della ragionevolezza. La stessa Corte costituzionale, infatti, aveva riconosciuto - e ora ripete - che la legge n. 40 introduce una «tutela minima» e, comunque, «non costituzionalmente vincolata» (cfr. sent. n. 45/2005, 162/2014).

In dettaglio. Il Tribunale di Milano, il Tribunale di Firenze ed il Tribunale di Catania avevano sollevato, in riferimento agli artt. 3 Cost. (tutte e tre le ordinanze), 2, 31 e 32 Cost. (Milano e Catania), nonché (Tribunale di Milano) agli artt. 29 e 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (tutte le ordinanze) e degli artt. 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3», e 12, comma 1, di detta legge (Milano e Catania).

La Corte, con la sentenza n. 162/2014 (Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, Pres. Silvestri, Rel. Tesauro) ha dichiarato fondate le questioni sollevate in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., radicando l'osservazione giuridica esclusivamente sui parametri nazionali, e ritenendo così assorbita la questione di incostituzionalità *ex art. 117, co. 1 Cost.* Sembra pertanto lasciarsi fuori dal quadro del ragionamento la sentenza della Grande Camera della Corte EDU del 3 novembre



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

2011 (Corte EDU, Grande Camera, 3 novembre 2011, S.H. e al. c. Austria, ric. n. 57813/00, §§ 84; 117-118): essa, riformando la pronuncia emessa dalla prima sezione nel 1° aprile 2010, aveva affermato l'insussistenza di una violazione degli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (divieto di discriminazione) della CEDU, da parte dell'art. 3, comma 1, dell'*Artificial Procreation Act* austriaco (*Fortpflanzungsmedizingesetz*) del 1992, che vieta il ricorso alla fecondazione eterologa. Con ciò, l'argomentare del Giudice delle Leggi scorre dalla premessa per cui le questioni sollevate «toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene "primariamente alla valutazione del legislatore" (sentenza n. 347 del 1998), ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano».

Al seguito, l'annotata pronuncia del Giudice delle Leggi scrive una serie di affermazioni di principio che vanno rimarcate.

La Consulta ha ravvisato una violazione degli artt. 2, 3 e 31, in combinato disposto, dato che il divieto di realizzare la fecondazione eterologa collide con il diritto, che a tutti deve essere egualmente garantito, di «diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli», espressione pure del diritto all'autodeterminazione individuale, spettante dunque «anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana». In tale direzione, la Corte, pur negando l'esistenza di un nesso imprescindibile tra il diritto alla creazione di una famiglia e l'esercizio del diritto alla procreazione, essendo quest'ultimo soltanto un'opzione liberamente praticabile dalla coppia che costituisce il nucleo familiare, ha sottolineato come «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione». Per questa ragione, non è ritenuto ammissibile alcun limite all'esercizio del diritto a procreare, a meno che non sia giustificato dalla necessità di tutelare altri diritti costituzionali del medesimo rango (cfr. C. cost., sent. n. 332/2000). La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera».

La Corte rileva altresì una violazione del diritto alla salute, affrontando il tema in due fondamentali passaggi.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

In primo, rilevando il contrasto tra il divieto della fecondazione eterologa e l'art. 32 Cost., si evidenzia che il concetto di salute assunto nel contesto della procreazione medicalmente assistita sia quello di "salute psichica", poiché sarebbe fuori discussione che «l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia», nell'accezione predetta. In tale direzione, il Giudice delle Leggi ha ribadito che «gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti»: basti pensare a tutte quelle norme che, negli ultimi quaranta anni, hanno consentito quegli interventi di menomazione fisica finalizzati al raggiungimento di un equilibrio psichico dell'individuo, come il cambiamento di sesso (legge n. 164/1982), l'interruzione della gravidanza (legge n. 194/1978) e la sterilizzazione volontaria (già vietata dall'art. 552 c.p., poi abrogato dalla predetta legge n. 194/78). Nel suo percorso argomentativo, la Corte ha altresì richiamato quanto affermato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nel suo atto di costituzione del 1946, secondo cui «Il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano».

Accanto, si statuisce che nel caso di patologie produttive di una disabilità, la discrezionalità del legislatore nell'individuazione delle misure a tutela di quanti ne sono affetti incontra il limite del «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati». «Un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati (sentenza n. 8 del 2011), anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela nei termini nei quali essa si impone alla luce della nozione sopra posta».

L'accoglimento delle questioni comporta allora l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, ma (in coerenza con il *petitum*) «esclusivamente in riferimento al caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute». In particolare, l'accesso alla fecondazione eterologa deve ritenersi consentito solo «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere» le cause di sterilità o infertilità e sia stato accertato il carattere assoluto delle stesse, dovendo siffatte circostanze essere «documentate da atto medico» e da questo certificate, nel rispetto degli altri principi espressi dalla legge: gradualità e consenso informato.

Né si oppongono a queste considerazioni obiezioni circa mancate garanzie o *vulnera* in ordine a controinteressi di livello costituzionale che renderebbero necessario il divieto di fecondazione eterologa.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Stabilito che l'unico controinteresse configurabile sia «quello della persona nata dalla PMA di tipo eterologo» - che, secondo l'Avvocatura generale dello Stato, sarebbe lesa a causa sia del rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale, sia della violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica - la Consulta si è spinta a dettagliarne la rete che ne impedisce una offesa.

In primo, l'art. 4, comma 1, stabilendo che il ricorso alle tecniche di PMA è consentito soltanto alle coppie di cui almeno uno dei componenti sia affetto da sterilità o da infertilità, vale ad «escludere, in radice, infatti, un'eventuale utilizzazione della stessa ad illegittimi fini eugenetici». Le coppie che richiedano di accedere a una PMA eterologa dovrebbero poi presentare i requisiti soggettivi richiesti, in linea generale, dall'art. 5, occorrendo che si tratti di «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». La disciplina sulla prestazione del consenso informato, apprestata dall'art. 6, risulta poi applicabile anche ai fini della realizzazione di tecniche procreative di tipo eterologo poiché essa, «una volta venuto meno, nei limiti sopra precisati, il censurato divieto - riguarda evidentemente anche la tecnica in esame, in quanto costituisce una particolare metodica di PMA». Stessa sorte, ovviamente, anche per l'art. 7, che prevede l'emanazione periodica di Linee Guida «contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», vincolanti per le strutture autorizzate a eseguire interventi di PMA, e per gli artt. 10 e 11, che stabiliscono rispettivamente la necessità dell'autorizzazione predetta e l'istituzione di un registro nazionale delle strutture autorizzate.

Il commercio di gameti, considerato dai detrattori della fecondazione eterologa come uno degli effetti perversi derivanti dalla sua diffusione, risulta inoltre già oggetto di autonoma repressione, dato che l'art. 12, comma 6, ne punisce l'organizzazione, la pubblicizzazione e la realizzazione, con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

La Corte si è soffermata poi su quelle disposizioni della legge 40 che, garantendo la stabilità parentale del nato da fecondazione eterologa e disciplinando il suo *status filiationis*, consentono di superare le critiche sollevate dall'Avvocatura generale di Stato circa il pregiudizio che il nascituro subirebbe a causa della dissociazione delle genitorialità genetica da quella sociale. Chiarito che anche l'art. 8 presenta un generico riferimento ai soggetti «nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», e ribadito che la PMA eterologa costituisce «una *species* del *genus*», la Consulta ha preso atto che anche i nati a seguito di un intervento di fecondazione eterologa, «hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6», come appunto disposto dall'art. 8.

Soprattutto l'art. 9, poi, è utile a dirimere i contrasti circa l'incertezza dello stato giuridico del nato e dei suoi rapporti con i genitori. La norma, che ai commi 1 e 3, contiene un esplicito riferimento al



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

divieto posto dall'art. 4, comma 3, prevede che «il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice» (art. 9, comma 1), e che «il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può fare valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi» (art. 9 comma 3). La disposizione, procedendo a regolare gli aspetti giuridici della filiazione del nato da una PMA eterologa, in un contesto normativo in cui la stessa risultava del tutto vietata, presentava *ab origine* una natura compromissoria che prendeva atto della sostanziale ineffettività del divieto, avendo il legislatore preso coscienza «della legittimità della PMA di tipo eterologo in molti paesi d'Europa [...], dato che i cittadini italiani potevano (e possono) recarsi in questi ultimi per fare ad essa ricorso, come in effetti è accaduto in un non irrilevante numero di casi». In questo senso, l'art. 9 rappresenta una disposizione perfettamente idonea a tutelare gli interessi del nascituro, garantendo che il rapporto di filiazione venga a instaurarsi tra esso e l'uomo che, ricorrendo validamente a una PMA eterologa come partner della donna richiedente, se ne assume la paternità pur essendo privo di un vincolo biologico con lo stesso: il nascituro vedrebbe così garantito il suo diritto alla doppia figura genitoriale. Come osservato dalla Corte, inoltre, già l'art. 28, ai commi 4 e 5, della legge n. 184 del 1983 aveva «infranto il dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva, nella consapevolezza dell'esigenza di una valutazione dialettica dei relativi rapporti»: la prima disposizione stabilisce che i genitori adottivi possono conoscere l'identità dei genitori biologici, su autorizzazione del Tribunale dei minorenni, se sussistono gravi e comprovati motivi; la seconda prevede che anche l'adottato possa richiedere di venire a conoscenza dell'origine e dell'identità dei suoi genitori naturali dopo aver raggiunto la maggiore età, se vi sono gravi motivi attinenti alla sua salute psico-fisica, e, in ogni caso, dopo i venticinque anni.

2. Sostiene il giudice costituzionale che il divieto di eterologa “incide” sulla libertà di autodeterminazione (di avere figli e di formare una famiglia con figli) e sul diritto alla salute psicofisica; di contro, una volta escluse finalità eugenetiche, nonché di protezione della salute del donante o dei donatori, l'unico interesse che a mezzo del divieto il legislatore ha inteso perseguire, la protezione della persona nata per effetto della fecondazione eterologa, è agli occhi del giudice costituzionale comunque tutelato in maniera adeguata dalla legge. Non solo sono dettate norme specifiche quanto alla regolamentazione dello *status* del nato in caso di violazione del divieto di fecondazione eterologa, ma la legge consente, per via interpretativa, di applicare anche a questa tecnica di procreazione tutte le norme previste per quella omologa a protezione del medesimo nato.

Il vizio che inficia il divieto di eterologa, dunque, sta tutto nella ragionevolezza. Irragionevole è il bilanciamento dei diritti operato dal legislatore, per la sproporzione eccessiva tra la protezione della



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

persona nata dalla fecondazione eterologa da un lato, e la tutela del diritto alla genitorialità e del diritto a formare una famiglia con prole, dall'altro. Irrazionale e discriminatoria è, in secondo luogo, la disciplina positiva, per il fatto di avere pregiudicato questi ultimi diritti soprattutto nei confronti delle coppie sterili o infertili in maniera irreversibile. Queste coppie, a differenza di quelle che possono accedere alle tecniche di procreazione omologa, vedono frustrati i loro diritti ad avere una famiglia con figli proprio per l'impossibilità di accedere alle pratiche di fecondazione esogamica, le uniche potenzialmente idonee allo scopo. Ma è una disciplina discriminatoria anche perché legittima il "turismo procreativo" sulla base della diversa capacità economica, che «assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi» (punto 13, diritto). Un caso d'ingiustizia della legge derivante da differenti posizioni individuali-sostanziali.

Quella posta a fondamento della motivazione è quindi una ragionevolezza a tutto tondo, che comprende le diverse figure sintomatiche, dall'eguaglianza, alla coerenza, al bilanciamento. Propriamente, è la ragionevolezza come strumento logico che lega l'interpretazione delle norme (costituzionali e legislative) al contesto (applicativo e storico), una ragionevolezza che cambia il volto della Costituzione e le modalità dell'interpretazione giuridica delle altre fonti dell'ordinamento.

D'immediato, così, la decisione palesa una concezione della "famiglia" sempre più sganciata dal "matrimonio" secondo il paradigma costituzionale dell'art. 29; la famiglia (in effetti, la coppia eterosessuale) diventa allora una formazione sociale naturalmente legata alla procreazione, che nella sentenza assurge a diritto fondamentale della persona. Da questo punto di vista, si può rilevare non solo una certa continuità tra questa pronuncia e la novella legislativa in materia di *status* unico dei figli (legge n. 219/2012 e d.lgs. n. 154/2013), per cui da un lato si pongono il diritto alla genitorialità e il diritto ad avere una famiglia con figli (riconosciuti *ex novo* nella sentenza in commento), e dall'altro il diritto dei figli ad avere una famiglia (contenuto nella riforma del 2012). Guardando oltre, si scorge, anche e più ampiamente, una "ricodificazione" dei diritti della persona (che come singolo la coppia compone) che non può non incidere profondamente il volto del sistema penale attuale. Orbene, la proclamazione del diritto alla genitorialità come diritto fondamentale della persona – attinente "alla sfera più intima della persona" – viene qui apertamente limitata alle coppie che in maniera irreversibile sono acclamate sterili o non fertili (punto 11). Ma il vincolo del *petitum*, che ivi si riflette, non sembra capace di ridurre l'ampiezza propria dell'assioma di "diritto della persona" che di tutto il ragionamento declinato dall'organo nazionale si pone a solida premessa.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

La stessa Corte di Strasburgo, nonostante la sua recente e rammentata pronuncia di rigetto, ha infatti riconosciuto che il settore della procreazione medicalmente assistita, in quanto influenzato dalla continua evoluzione del consenso sociale e della scienza, ha bisogno di essere costantemente rivisto dai legislatori nazionali, i quali disegnano giuridicamente le relazioni di rispetto del diritto alla vita privata e familiare dei cittadini anche alla luce della perimetrazione dei diritti dell'uomo censita dalla Corte EDU.

La Grande Camera nella sentenza segnalata ha inteso valutare se il divieto previsto dalla legge austriaca in tema di fecondazione eterologa costituisca un'interferenza legittima, necessaria e proporzionata *ex art. 8 § 2 CEDU* al confronto con il diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito dalla suddetta norma; il Giudice di Strasburgo ha quindi valutato se vi fossero ragioni rilevanti e sufficienti ("*relevant and sufficient*") per l'adozione di una disciplina della fecondazione eterologa tanto restrittiva, e se l'interferenza con il diritto al rispetto della vita privata e familiare da essa rappresentata potesse dirsi *proporzionata rispetto allo scopo* legittimo perseguito dal legislatore austriaco. Così, nell'*itinere* della riflessione, la Grande Camera, pur ravvisando l'esistenza nell'ambito dei Paesi del Consiglio d'Europa di una chiara tendenza verso il riconoscimento della possibilità di ammettere la donazione di gameti ai fini della fecondazione in vitro, ha nondimeno rilevato come tale tendenza non rappresenti un consolidato orientamento, bensì "*a stage of development within a particularly dynamic field of law*", e come pertanto essa non valga a limitare in maniera rilevante la discrezionalità del legislatore nazionale. Con la pronuncia in esame, la Grande Camera ha dunque deciso di adottare un rigoroso *self restraint* e avvallare la scelta operata dalle autorità nazionali: nondimeno, essa ha lasciato aperto più di uno spiraglio per una diversa soluzione della questione in futuro, sottolineando espressamente come quello reso dalla Grande Camera sia un giudizio *pro tempore* svolto necessariamente con riferimento alla data dei fatti (1997) e non necessariamente valido per l'epoca attuale: "*even if it finds it finds no breach of Article 8 in the present case, the Court considers that this area, in which the law appears to be continuously evolving and which is subject to a particularly dynamic development in science and law, needs to be kept under review by the Contracting States*" (§ 118).

Tornati da questa rapida e pur significativa incursione sul terreno della giurisprudenza di Strasburgo, e riprendendo in mano il testo della annotata sentenza costituzionale, ci si avvede allora come il netto e nitido riconoscimento di un diritto alla (autodeterminazione della propria) salute visualizzato nei trecentosessanta gradi che compongono la complessità della persona umana non sia lasciato semplicemente a sfondo della decisione. La salute psichica, che è in fondo qui serenità individuale e di coppia-familiare, è salvaguardata attraverso la libera – consensuale – gestione (informata) personale della stessa. Un consenso che la normativa di settore "vaghiata ed approvata" dalla Corte riguarda come *elemento centrale* (per valore) e *materiale* (di natura), dando spazio oltre



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

che alla sua formalizzazione - cadenzata dall'art. 6 - anche al comportamento concludente che sia stato reso dal singolo rispetto alla fecondazione eterologa di coppia, così aprendo a nuovi scenari di riflessione in ordine al ripensamento "d'attualità" dei divieti penali: a che il singolo disponga del proprio corpo in particolare, dei propri diritti personali/personalissimi in generale.

È noto. La struttura e la definizione costituzionale del reato si muovono a confine con l'avvenuto riconoscimento di tutta una serie di fondamentali diritti di libertà, col connesso e conseguente divieto per il legislatore ordinario di incriminare fatti costituenti l'esercizio di simili diritti. L'estensione di un tale divieto di incriminazione combacia pertanto con il modo di disciplina costituzionale dello specifico diritto di libertà affermato: così, ove la Costituzione preveda in modo tassativo i presupposti di un determinato diritto, viene precluso al legislatore ordinario di subordinare l'esercizio del diritto alla presenza di ulteriori presupposti. Nell'ipotesi in cui invece l'esistenza di un determinato diritto sia affermata senza disciplina specifica, il divieto di incriminazione opera in ordine a fatti costituenti l'eventuale esercizio di quel diritto a meno che tale esercizio non comporti eccezionalmente la lesione di beni giuridici anch'essi costituzionalmente rilevanti. Gli esempi delle pronunce costituzionali in materia di incriminazione di fatti di sciopero o di manifestazione del pensiero lasciano invero precisare l'asserzione nel senso che il mero esercizio di un diritto costituzionale di libertà non può certo costituire reato, rimanendo peraltro passibile di sanzione penale quel comportamento che risulti in concreto offensivo di altro e preminente valore costituzionale.

Si tratta quindi di calare entro queste direttrici sistematiche generali la moderna identità di quel diritto alla salute che l'art. 32 Cost. lascia scritto in una formulazione di ampia prospettiva, e tutta da cesellare da parte della sensibilità dell'interprete "storico"; si tratta di verificare se e come il suo contenuto possa essere declinato non solo in negativo come diritto a non subire aggressioni rispetto alla propria salute, ma anche in positivo come libera autodeterminazione della disposizione del proprio stato di benessere (salute come qualità della vita).

Così, negli attuali ordinamenti democratici, soprattutto con l'entrata in vigore delle Costituzioni repubblicane - ove al centro del sistema dei valori sta la persona - si riscontra una tendenza nel senso di una sempre maggiore valorizzazione della libertà di autodeterminazione del soggetto in relazione alla gestione dei propri beni e dei propri diritti personali. Tendenza pienamente rispecchiata nello scenario della Costituzione italiana all'indomani della conclusa esperienza storica del fascismo, alla quale pur si deve, col codice Rocco, la prima introduzione di una disposizione penale *ad hoc*, l'art. 50 c.p. Si tratta di norma comunemente inquadrata come espressiva della possibilità per la persona offesa di consentire efficacemente alla lesione del proprio bene, e così di incidere sulla punibilità, negandola, del comportamento criminale da altri commesso, ciò intendendosi una manifestazione della autonomia e della libertà di autodeterminazione



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

dell'individuo. Si badi del resto come si faccia espresso e tassativo riferimento ad un "diritto della persona", che perimetra l'area operativa della disciplina ai soli diritti individuali e disegna così un binario di peculiare e differenziata rilevanza - rispetto agli altri beni giuridici penalmente significativi - quanto ai diritti che afferiscono "immediatamente" e direttamente alla persona. La previsione legislativa conferisce quindi veste giuridica ad un istituto i cui limiti, rimangono particolarmente «influenzati dall'evoluzione dei valori socio-culturali e soprattutto dal tipo di rapporto che storicamente si instaura tra l'esigenza di dare ampio spazio alla libertà individuale e l'esigenza contrapposta di limitare questa libertà per il soddisfacimento di interessi collettivo-solidaristici». Tant'è, la norma si è resa aderente già ed anche all'ideologia autoritaria, che segna il primato dello Stato sull'individuo.

Si tratta allora di riproporre - nello slancio dello spunto di riflessione offerto dalla sentenza della Corte costituzionale in commento - l'interrogativo generale sul ruolo penale del fattore "consenso dell'avente diritto", da calarsi nello specifico scenario della gestione individuale della salute, della sessualità, della personalità: ciò preso atto di un contesto giuridico moderno e globale in cui il diritto penale si pone come parte di un reticolato internazionale elevato a garanzia di diritti umani fondamentali culturalmente condivisi.

3. Paternalismo, liberalismo, diritto penale diventano così parole-chiave della riflessione sulla legittimazione di regole che proibiscono l'atto "dannoso" realizzato rispetto ad un'altra persona con il suo libero consenso. L'alternativa va ben compresa. Secondo l'una ideologia - quella paternalistica - la ragione di un divieto penale si può fondare anche sulla sola necessità di prevenire un'offesa ("harm") (fisica, psicologica o economica) a sé stesso da parte dell'autore. La "posizione liberale" (sui limiti morali del diritto penale) vuole invece delimitata la ragione dei precetti penali alla sola necessità ed efficacia rispetto alla prevenzione di un'offesa a persone diverse dall'autore".

Nella Costituzione italiana, sia il principio di uguaglianza, siglato come indipendente dalle differenze di opinione, ed altresì dalle differenti condizioni sociali o personali, sia il principio di laicità e pluralismo, sia l'affermazione della libertà e dell'autonomia della persona come diritti fondamentali sono argomenti forti a favore di un liberalismo "laico" e "solidale" e quindi dell'anti-paternalismo. Vengono difatti specificamente in considerazione, non solo il primato della persona e dei suoi diritti fondamentali (art. 2 Cost.); il richiamo alla sua dignità contenuto all'art. 3; l'inviolabilità della libertà personale sancita all'art. 13; il riconoscimento della salute, *ex* art. 32, quale diritto e non quale dovere, con il conseguente divieto assoluto di trattamenti sanitari obbligatori che violino «i limiti imposti dal rispetto della persona umana» (art. 32, comma 2); i principi del pluralismo e della laicità dello Stato, statuiti dagli artt. 7, 8, 19-21; più in generale



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

l'affermazione della pari dignità ed eguaglianza di religioni, opinioni politiche, condizioni personali e sociali, *ex art. 3, comma 1*. Ma anche il richiamo, nell'art. 2, a «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» e, nell'art. 3, comma 2, al «compito della Repubblica» di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale» alla libertà, all'eguaglianza, al pieno sviluppo della persona ed ai diritti di partecipazione ivi menzionati.

In uno Stato laico così assiologicamente orientato, non è allora compito del diritto penale imporre concezioni morali ai cittadini, ma soltanto tutelare i consociati da condotte altrui, offensive - dannose o pericolose - di beni giuridici riferibili ad una o più persone. Il primato costituzionale dei diritti fondamentali dell'individuo comporta in sostanza l'esclusione della sacrificabilità di tali diritti ad interessi statuali; quella sacrificabilità affermata, al contrario, in ordinamenti orientati ad un utilitarismo collettivistico, di tipo autoritario, ivi "decisa" dall'*humus* dei valori dominanti che discernono (in senso restrittivo) gli "interessi validamente disponibili" da parte del singolo rispetto a quelli indisponibili.

Così, la formula della "valida disposizione" contenuta nell'art. 50 c.p., al tempo della codificazione si è prestata ad una lettura esimente a seconda del diritto "alla cui offesa potersi acconsentire", inteso come interesse validamente gestibile dalla persona-titolare in termini di piena ed esclusiva autonomia: categoria dalla quale rimanevano esclusi un fitto novero di beni personali, in effetti intesi come superindividuali. Basti considerare le norme in tema di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), e di istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), in rapporto alle quali, per giustificare l'indisponibilità del bene vita, se ne veniva affermando la portata anche statale.

Oggi, e già "ieri", i principi costituzionali - secondo avvedute letture - scriverebbero di contro l'opzione fondamentale per cui alla persona non possono essere imposte dall'esterno le sue scelte esistenziali, fintanto che la sua condotta non offenda beni di altri consociati. Ciò significherebbe che il fondamentale diritto dell'autonomia della persona rimanga travolto e violato quando la persona stessa venga assoggettata a decisioni "non libere" perché etero dirette, in altre parole "altrui", e segnatamente, autoritative, fondate su ciò che gli Altri - l'opinione comune e maggioritaria - ritengono essere il suo "vero bene". Così, in taluni casi la dignità umana viene intesa come componente dell'ordine pubblico, principio assoluto che deve essere rispettato anche dal suo titolare in quanto sovraordinato ad altre libertà fondamentali. In questa prospettiva, l'unico motivo per cui il potere può essere legittimamente esercitato su qualsiasi membro della comunità civilizzata, è quello di prevenire un danno agli altri (*harm to others*). Il bene dell'individuo, sia fisico sia morale, non costituisce una giustificazione sufficiente dell'interferenza. Ancora. Il solo aspetto della condotta per cui si è responsabili di fronte alla società è quello che concerne gli altri; per la parte che riguarda solo se stesso, l'indipendenza dell'individuo è, di diritto, assoluta; su se stesso, sul proprio corpo e sulla propria mente l'individuo è sovrano.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

In tal senso, il concetto, di per sé ambivalente, di dignità umana, impiegabile sia per fondare l'autonomia della persona, sia, al contrario, per negarla alla luce di superiori doveri morali dell'essere umano, andrebbe univocamente nella direzione di rendere non conforme a Costituzione l'imposizione ad un essere umano, nelle sue scelte esistenziali, di una certa concezione morale, per quanto dominante, perché considerata l'unica "degnata". Sembrerebbe allinearsi a questa ideologia la tutela costituzionale della salute individuale, per come definita dall'art. 32, comma 1, Cost. nei termini di diritto e non di dovere, e protetta - giusto il secondo comma - dal divieto di trattamenti sanitari obbligatori contrastanti con il rispetto della persona. In questo senso, allora, andrebbe pure considerato il richiamo agli artt. 2, 3, 13, 32 Cost., che nella nota sentenza Welby, resa in tema di eutanasia, conducono ad affermare il diritto del paziente-vittima di rifiutare le cure decidendo con ciò di morire e, corrispondentemente, la non punibilità del medico che interrompa un trattamento salvavita con il consenso del paziente (v. Trib. Roma, 23 luglio 2007, n. 2049, R., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 437 ss.; cfr. Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007, I, 3025 ss., relativa al caso Englaro).

Allo specchio, vanno certo osservati i principi di solidarietà e di eguaglianza sostanziale, che assegnano rispettivamente a consociati ed istituzioni pubbliche il compito di: garantire condizioni effettive di libertà e di autonomia della persona; di intervenire per affrontare e superare stati personali, economici e sociali di disagio; di fornire aiuto - e non di imporlo coattivamente - a persone in simili difficoltà.

Come recepire queste direttive nell'interpretazione ed applicazione delle disposizioni incriminatrici è questione *oggi* da riaffrontare (anche) alla luce della pronuncia in commento, che estromette dall'area generale ed astratta della punibilità il fatto della fecondazione eterologa realizzata entro e dalla "coppia", per aversi in essa l' "innovativo" riconoscimento della PMA come attuazione di un diritto della persona *tout court*, nella foggia del diritto a ricercare la realizzazione del proprio progetto genitoriale/familiare e del diritto alla salute psichica (serenità?).

Riferimenti bibliografici

Aa.Vv., *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti*, a cura di G. Campanelli - F. Dal Canto - E. Malfatti - S. Panizza - P. Passaglia - A. Pertici, Torino 2010.

G. Balbi - A. Esposito (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, Torino, 2011; S. Canestrari-L. Stortoni (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, 2009.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

- R. Bartoli, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 101 ss.
- L. Beduschi - A. Colella, *La Corte EDU salva (per ora) la legislazione austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. pen. contemp.*, 7 novembre 2011.
- A. Cadoppi, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, pp. 223 ss.
- S. Canestrari, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Torino, 2012.
- S. Canestrari - F. Faenza, *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in A. Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010, pp. 167 ss.
- A. Cavaliere, *Paternalismo, diritto penale e principi costituzionali: profili di teoria generale*, in *i-lex*, 20, 2013, pp. 421 ss.
- L. Cornacchia, *Placing care. Spunti in tema di paternalismo penale*, in *Criminalia*, 2011, pp. 239 ss.
- E. Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari - G. Ferrando - C.M. Mazzoni - S. Rodotà - S. Zatti, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, Milano, 2011.
- M. Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 902 ss.
- G. Fiandaca - G. Francolini (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008.
- G. Insolera, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in Aa.Vv., *Introduzione al sistema penale*, I, a cura di G. Insolera - N. Mazzacuva - M. Pavarini - M. Zanotti, Torino, 2012.
- V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005.
- F.C. Palazzo, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 379.
- D. Pulitanò, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Napoli 2011, pp. 489 ss.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

M. Romano, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 984 ss.

S. Seminara, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, pp. 1561 ss.

S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008.

A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012.

F. Viganò, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, *ibidem*, pp. 5 ss.

(20.07.2014)