

La Corte, i giudici e la dignità umana

di Roberto Bin

Sempre più spesso i nodi del biodiritto arrivano al pettine della Corte costituzionale. E sempre più spesso l'argomentazione con cui la Corte cerca di scioglierli si infila in un groviglio complicato e difficile da districare. Il suo nome è *dignità umana*. Questa espressione – come si sa – è di uso molto frequente nella giurisprudenza costituzionale di tutti i paesi, è una specie di *commodus discessus* che consente di giungere ad una conclusione che si vuole persuasiva per il semplice appello a un “valore” troppo importante per essere messo in discussione. Ma di che cosa si sta parlando esattamente?

Prendiamo alcune decisioni recenti. Nella ord. 207/2018, nel noto caso “Cappato”, la dignità – intesa «personale visione della dignità del morire» - è assunta come *limite alle scelte legislative*: il legislatore non può impedire l'esercizio del diritto alla autodeterminazione della persona imponendo ad essa di essere mantenuta in vita contro la sua volontà. Non vi è in ballo un “diritto al suicidio”, ma un diritto alla autodeterminazione che, così come è ormai tranquillamente riconosciuto nell'ipotesi che il paziente rifiuti le cure mediche indispensabili a continuare i processi vitali, si dovrebbe esprimere anche nella rimozione di «un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale». La dignità umana è intimamente legata al diritto di autodeterminazione, quindi al nocciolo duro del diritto all'identità personale.

Tutta diversa è la visione dell'identità personale nella sent. 141/2019. In essa si tratta del favoreggiamento della prostituzione. Che la vendita del corpo per usi sessuali non si sposi idealmente con l'idea della dignità personale è banalmente ovvio. Ma l'oggetto della questione trattata dalla Corte non riguardava questo tipo di attività, ma quella che si suole indicare con termini molto più sofisticati: si tratta dell'attività di accompagnatrici ed escort che non corrispondono affatto al modello della prostituta soggiogata dal suo protettore. È un'attività che si ambienta in un mondo ricco ed elegante, in cui alcune persone, di solito fisicamente adeguatamente dotate, svolgono un'attività ben retribuita, del tutto libera e volontaria, senza subire alcun obbligo, alcuna sopraffazione, alcuna violenza: e in cui il rapporto sessuale non è mai un obbligo imposto. Dove sta la violazione della dignità personale in questo contesto? A chi spetta – per parafrasare la decisione precedente – decidere della «personale visione della dignità del vivere»? Qui sembra non esserci alcuno spazio per la scelta individuale, per l'autodeterminazione: s'impone invece lo standard della morale

comune, di un bene confuso che sta a mezzo tra il buon costume e l'ordine pubblico: un "valore" acefalo, asserito ma non dimostrato, la cui mera allegazione dovrebbe bastare però, a quanto sembra, a controbilanciare il più "sacro" dei diritti individuali. È un ragionamento che ricalca la logica applicata dai giudici francesi nel noto caso del "lancio del nano": non sei tu, nano, a decidere che cosa possa farti vivere più dignitosamente, ma è la morale comune che ti impone di non far uso delle qualità del tuo corpo se così offendi il buon costume: se tu – nano o bella ragazza – decidi di uscire dall'angolo buio in cui la nascita ti ha collocato, trasformando in risorsa quello che la natura ti ha imposto, devi fare i conti con un astratto modello di dignità di cui qualcuno si erge a interprete.

Vi è una terza sentenza della Corte costituzionale che vorrei richiamare, la sent. 272/2016. In essa la Corte affronta il problema dell'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità, quando non sia rispondente all'interesse dello stesso. Apparentemente qui la dignità non c'entrerebbe, ma non è così. La Corte è decisa a distinguere da tutti gli altri, il caso della nascita per surrogazione. Si sa, è un tema difficile e un vero tabù per la nostra legislazione. Da noi la "proprietà" dell'utero è un requisito da cui non si può prescindere e prevale su ogni altro ragionamento, compreso quello dell'interesse minore. Si sa che questo domina ogni considerazione in tema di procreazione e "trattamento" dei minori, non si dovrebbe derogare ai principi fondamentali che fanno dell'interesse del minore lo zenit di ogni ragionamento giuridico. Il comandamento è chiaro e vuole che «la colpa dei padri non ricada sui figli»: anche in ciò il Vangelo abroga l'antico Testamento. La Corte, da par suo, ha avuto modo di dirlo e ripeterlo in tutta la sua gloriosa giurisprudenza sulla filiazione, sino ad arrivare alla sua ultima splendida pronuncia del 2002 sui figli incestuosi (sent. 494/2002): «l'adozione di misure sanzionatorie» scrive la Corte «che coinvolga soggetti totalmente privi di responsabilità – come sono i figli di genitori incestuosi, meri portatori delle conseguenze del comportamento dei loro genitori e designati dalla sorte a essere involontariamente, con la loro stessa esistenza, segni di contraddizione dell'ordine familiare – non sarebbe giustificabile se non in base a una concezione "totalitaria" della famiglia». E poi, «la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti: nella specie, il diritto del figlio, ove non ricorrano costringenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse, al riconoscimento formale di un proprio *status filiationis*».

Un distillato di civiltà giuridica liberale, che però si prosciuga di fronte alla procreazione surrogata. Qui tanto splendore si offusca, e la Corte finisce con porre un peso vincente sul piatto avverso alla tutela dell'interesse del minore "surrogato". Nel bilanciamento, di per sé assai delicato, tra «l'esigenza di veridicità della filiazione» e

l'interesse del minore, oggi interviene un'altra considerazione: «non possono non assumere oggi particolare rilevanza... le modalità del concepimento e della gestazione». Di mezzo c'è la surrogazione nella gestazione, «che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». Ecco che la dignità irrompe nell'argomentazione costituzionale svolgendovi un terzo ruolo, diverso dalla dignità "in senso soggettivo" e da quella "in senso oggettivo". Qui la dignità è assunta come fondamento (quasi) costituzionale della legge che vieta, accompagnandola con sanzione penale, la maternità surrogata: la dignità esclude altre considerazioni. Ciò che la offende è il sommo male, di fronte al quale anche l'interesse del minore deve essere riconsiderato. Cambiano le colpe dei padri, ma ricadono pur sempre sui figli.

Diversi i significati della dignità, diversi i ruoli assegnati ai giudici. Apparentemente la Corte assume una posizione netta e risolve i dubbi dei giudici. Ma solo in apparenza.

L'ord. 207 sembra chiarissima nella volontà di togliere il giudice ordinario dalle difficili valutazioni in campo biogiuridico e bioetico in tema di suicidio. Chiarissima sembra infatti nelle sue indicazioni: la norma impugnata è sostanzialmente illegittima ma la Corte, per non esser accusata di invadere il campo del legislatore in materia tanto delicata sotto il profilo etico, sospende il suo giudizio e invita i giudici a fare altrettanto. Conoscendo la disattenzione che il legislatore riserva ai moniti e alle minacce che vengono dalla Corte, è molto probabile che il prossimo 24 settembre – la data fissata per la prossima udienza sul caso - la Corte pronuncerà una sentenza di illegittimità costituzionale dell'art. 580 cod. pen. Ma in che termini? Non credo che ci si debba attendere una pronuncia di illegittimità "secca" della disposizione che criminalizza l'aiuto al suicidio: questa sarà – prevedo – una illegittimità "manipolativa". Poco importa se la norma verrà dichiarata illegittima "nella parte in cui prevede" o "nella parte in cui non prevede": la Corte lo ha già indicato nell'ordinanza che cosa vuole colpire. La Corte rifiuta l'interpretazione troppo radicale sostenuta dal giudice *a quo*, secondo cui «l'aiuto al suicidio prestato in favore di chi si sia autonomamente determinato nell'esercizio di tale libertà costituzionale si tradurrebbe, in ogni caso, in una condotta inoffensiva». I casi vanno distinti, invece: va insinuata una distinzione interpretativa, che isola il «concorso materiale» che agevola l'esecuzione del proposito suicida senza incidere su di esso. Posto che la Corte rigetta l'ipotesi che sia accreditabile «un generico diritto all'autodeterminazione individuale», la norma penale mantiene una funzione compatibile con la Costituzione nella parte in cui tutela il «diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e

irreparabile, come quella del suicidio. Essa assolve allo scopo, *di perdurare attualità*, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere». Ecco ciò che un'interpretazione costituzionalmente orientata deve assicurare: con ogni probabilità è un risultato che il giudice *a quo* avrebbe potuto raggiungere in via interpretativa (come l'Avvocatura dello Stato eccepisce e la Corte conferma implicitamente rigettando l'ipotesi che si sia formato un "diritto vivente" sulla base di un'unica sentenza di Cassazione); a me sembra che anche la Corte avrebbe potuto giungere al risultato attraverso una sentenza interpretativa di rigetto che indicasse al giudice remittente la via da seguire nell'interpretazione dell'art. 580; ma, a questo punto è piuttosto facile prevedere che questa interpretazione restrittiva sarà il contenuto della pronuncia definitiva nel "caso Cappato". In sostanza, sarà restituito al giudice penale il compito di valutare in concreto se e in che misura altre persone abbiano interferito nella «personale visione della dignità del morire» che è tutelata anche nel suicida. Tutto il peso delle valutazioni sarà ricollocato sulle spalle del giudice ordinario.

Anche la sentenza sul favoreggiamento della prostituzione sembra tagliare con nettezza il nodo proposto dal giudice. Qui il "valore" della dignità è imposto e toglie ogni spazio ad altre considerazioni: per cui non c'è scampo per colui che favorisce l'attività di chi si prostituisce, anche se questa attività nasce da una libera scelta di vita e di esercizio di attività professionale. Tutto il peso sembra essere tolto dalle spalle del giudice penale, a cui la sentenza della Corte costituzionale non sembra lasciare valutazioni nel merito. Ma, al contrario della pronuncia del *Conseil constitutionnel* di poco precedente (Décision n. 2018-761 del 1° febbraio 2019), la Corte italiana uno spiraglio socchiuso lo lascia: non così evidente come sarebbe stata un'esplicita indicazione nel dispositivo come è usuale nelle c.d. sentenze interpretative di rigetto, ma nella motivazione lo spiraglio non può sfuggire. A parte la lunga e accurata ricostruzione dei diversi modelli di ostacolo alla prostituzione adottati nei vari Paesi, l'argomentazione della Corte si fa stringente laddove ricorda che «la scelta di "vendere sesso" trova alla sua radice, nella larghissima maggioranza dei casi, fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali». È il ben noto argomento dell'*id quod plerumque accidit* che introduce la giustificazione della fattispecie legislativa sottoposta a giudizio, alla quale non si può chiedere di inseguire l'infinita varietà del reale, poiché le leggi «non possono prevedere e disciplinare tutte le mutevoli situazioni di fatto né graduare in astratto e in anticipo le limitazioni poste all'esercizio dei diritti» (sent. 121/1957). Quindi? Quindi «occorre considerare che, in questa materia, la linea di confine tra decisioni

autenticamente libere e decisioni che non lo sono si presenta fluida già sul piano teorico – risultando, perciò, non agevolmente traducibile sul piano normativo in formule astratte – e, correlativamente, di problematica verifica sul piano processuale, *tramite un accertamento ex post affidato alla giurisdizione penale*». Difficile, ma non impossibile, dunque. Infatti, conclude la Corte dopo lunga disamina del tipo di reato configurato dalla legge, «in rapporto alla disciplina vigente, resta d'altra parte ferma, in ogni caso, l'operatività del principio di offensività nella sua proiezione concreta e, dunque, il *potere-dovere del giudice comune di escludere la configurabilità del reato* in presenza di condotte che, in rapporto alle specifiche circostanze, si rivelino concretamente prive di ogni potenzialità lesiva».

Una sentenza apparentemente perentoria, che fa della dignità umana un baluardo da difendere contro pratiche sociali che la offendono, ma poi ridà al giudice tutto il peso della valutazione in concreto di che cosa abbia spinto l'escort ad abbracciare questo antico mestiere e in che condizioni lo svolga e perché decida di agevolarsi dell'opera di altri, i "favoreggiatori".

Anche la terza sentenza non toglie affatto al giudice il peso della valutazione in concreto. È vero, l'ordinamento penale punisce la *surrogacy* e riversa sul bambino il peso di una scelta a lui certo non imputabile. Ma la questione giuridica non finisce affatto qui, e su questo la conclusione della Corte è esplicita, ma certo non del tutto lineare. Quello che il giudice *a quo* chiedeva era che la Corte affermasse che l'impugnazione - da parte del curatore speciale - del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse del minore: la Corte ribadisce che «non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore», e che è necessario un bilanciamento tra i due interessi, quello della verità e quello del minore. Quindi la richiesta del giudice *a quo* è accolta? No, è rigettata, ma delineando un tortuoso spiraglio. Tra le variabili che il giudice deve valutare «oltre alla durata del rapporto instauratosi col minore e quindi alla condizione identitaria già da esso acquisita, non possono non assumere oggi particolare rilevanza, da un lato le modalità del concepimento e della gestazione»; il giudice cioè deve tenere necessariamente in conto «l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale». E dall'altro lato? Dall'altro lato, il giudice deve valutare «la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela». Insomma, l'interesse del

minore soccombe di fronte alla dignità protetta dalla legge penale, ma il giudice può cercare forme alternative per assicurargli una qualche soddisfazione.

Anche la Corte EDU, nel recente caso *Menneson* (Grande Camera, parere del 10/04/2019), ha seguito una via analoga. Avendo escluso che gli Stati *debbano* riconoscere *ab initio* una relazione genitore-figlio tra il bambino e la madre non biologica, trasferisce al giudice il compito di valutare in concreto “il miglior interesse del minore”, cercando nell’ordinamento gli strumenti che consentano di riconoscere una relazione genitore-figlio con i genitori non biologici. Il pesante compito è trasferito sui giudici, ma gli strumenti giuridici per assolverlo ci sono nell’ordinamento giuridico italiano? E, soprattutto, assicurano al minore gli stessi diritti e lo stesso *status* che sono assicurati ai figli “regolari”? Questi problemi prima o poi ritorneranno di fronte alla Corte costituzionale, riproponendo sotto attacco le intransigenti conseguenze “bibliche” del divieto penale della maternità surrogata.

Nulla di conclusivo può essere detto in conclusione. Il rimpallo tra giudice ordinario e Corte costituzionale continuerà sinché il legislatore non assolverà al suo compito. Ma siccome sui temi bioetici nessun legislatore appare in grado di scrivere parole definitive che rispondano a tutti gli interessi in gioco e ai punti di vista che inquadrano il loro bilanciamento, è inevitabile che neppure la legge, semmai verrà, potrà togliere il rimpallo tra le giurisdizioni, dentro e fuori i confini nazionali. Inutile aggiungere che la dottrina è chiamata a svolgere il suo ruolo – un ruolo necessariamente critico. Il “miglior interesse del minore” e la “dignità dell’uomo”, per esempio, non possono essere carte di briscola da giocare quando si vuole chiudere l’argomentazione, ed è giusto che siano oggetto di una critica serrata.