

© Andrea Giordano 2009
Università di Roma "La Sapienza"
andrea giordano85@hotmail.com

GIURETA
Rivista di Diritto dell'Economia, dei
Trasporti e dell'Ambiente

Vol. VII
2009

Data di pubblicazione: 22 dicembre 2009

Andrea Giordano

**Procreazione assistita e scelta di <<non scegliere>>.
Del <<chiesto>> e del (non) <<pronunciato>> nella recente
pronuncia della Consulta**

ISSN 1724-7322
Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e
dell'Ambiente
Viale delle Scienze, ed. 13 - 90138 Palermo (Italia)
Tel: (+39) 0916626220 - Fax: (+39) 091596506
giureta@unipa.it
www.giureta.unipa.it

Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente

Università degli Studi di Palermo

Procreazione assistita e scelta di ‘non scegliere’. Del ‘chiesto’ e del (non) ‘pronunciato’ nella recente pronuncia della Consulta*.

di Andrea Giordano**

SOMMARIO: 1. La legge 19 Febbraio 2004, n. 40 e il recente intervento della Consulta. – 2. La soggettività giuridica dell’embrione. – 3. *Segue*. Diritto alla vita e aspirazione alla genitorialità: i criteri del bilanciamento. – 4. Gli strumenti processuali a garanzia del corpo normativo. I limiti imposti dai principi di cui al codice di rito civile. – 5. *Segue*. Il superamento dei limiti nell’ambito del giudizio di costituzionalità delle leggi. – 6. La tutela possibile dei diritti inviolabili: scelte compiute e occasioni mancate.

1. Non è senza rilievo l’amputazione di una *parte* nella completezza organica di un *tutto*. Anzi, il tutto, privato della parte, potrebbe finanche perdere l’identità che lo connota.

E’ questo il caso della legge 19 Febbraio 2004, n. 40 sulla procreazione medicalmente assistita¹, dalla quale la Consulta ha

* Il presente saggio è stato scritto all’esito del giudizio innanzi alla Corte Costituzionale e costituisce il frutto degli studi compiuti con l’Avvocato Ciro Intino, difensore nel medesimo processo.

** Dottorando di ricerca in Diritto processuale civile dell’Università di Roma “La Sapienza”.

¹ Per un’analisi dei principi ispiratori e dei disposti *infra* citati, cfr. G. Baldini, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale. Riflessioni a margine delle prime applicazioni giurisprudenziali*, Napoli, 2006; F. Modugno, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. parlam.*, 2005, 371; F. Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita: Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004; R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004; M.

espunto il divieto di produzione di un numero di embrioni superiore a *tre* da impiantare contestualmente. Tutto il resto, per asseriti motivi di inammissibilità o per la mancata proposizione delle relative questioni di costituzionalità, ha mantenuto la forma di sempre².

Con la sentenza 1 Aprile 2009, n. 151, è, infatti, caduto il citato disposto di cui all’art. 14 c. 2, ma è rimasto il divieto di revoca del consenso una volta avvenuta la fecondazione (art. 6 c. 3), in una con il divieto di sperimentazione e selezione eugenetica degli embrioni (art. 13). Similmente, la ricerca clinica è, come prima, possibile purché sia esclusivamente preposta a finalità terapeutiche e diagnostiche collegate alla salute e allo sviluppo dell’embrione. E ancora, non solo resta il divieto di riduzione embrionaria di gravidanze plurime, ma permane anche la previsione generale di cui all’articolo 14 c. 1, che impedisce la crioconservazione e la soppressione degli embrioni³. Insomma, il venir meno del limite dei tre embrioni non ha formalmente intaccato né l’asse portante dell’impianto normativo, che trae

Dogliotti, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Fam. e dir.*, 2004, 117; V. Baldini (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Torino, 2004; C. Casini - M. Casini - M. L. Di Pietro, *La l. 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Torino, 2004.

² Va, per completezza, precisato che anche l’art. 14 c. 3 è stato inciso dalla pronuncia della Corte, che ha previsto che il trasferimento nell’utero degli embrioni crioconservati debba, in ogni caso, avvenire senza pregiudizio per la salute della donna.

³ In merito alla diagnosi preimpianto, la norma risultante dal combinato disposto degli articoli 1 c. 2, 13 c. 2 e c. 3 lett. b), 14 c. 1 della l. 40/2004 va letta in relazione al D.M. 21 luglio 2004, come modificato – dopo la sentenza del T.A.R. Lazio del 21 gennaio 2008, n. 398 – dal D.M. 11 aprile 2008, che ha reso possibili le diagnosi, non solo per fini “osservazionali”, ma anche per rendere nota l’eventuale presenza di malattie nell’embrione. In argomento, si veda G. Ferrando, *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l’impianto di embrioni ammalati?*, in *Fam. e dir.*, 2004, 382 e, di recente, M. Segni, *La diagnosi preimpianto: un problema aperto*, *ivi*, 855.

origine dal riconoscimento di una vera e propria soggettività giuridica in capo al concepito (art. 1 c. 1)⁴, né la maggior parte delle conseguenze che dal principio discendono.

C'è, però, da chiedersi se ad una forma immutata corrisponda una sostanza altrettanto inalterata o se, invece, l'intervento manipolativo della Corte abbia *indirettamente* inciso sulle finalità e sui principi ispiratori dell'impianto normativo. E, laddove possa individuarsi una correlazione intima tra i disposti della legge, va verificata l'esistenza o meno di strumenti processuali con i quali si possa evitare che l'eliminazione della *parte* vada a minare la pietra angolare o a polverizzare, uno ad uno, i mattoni di un *tutto* dalla complessità notevole e dagli equilibri delicati.

2. E' difficile revocare in dubbio che il punto focale della legge 40/2004 risieda nella tutela garantita dall'articolo 1 ai diritti di "*tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito*".

L'erezione dell'embrione a soggetto di diritto ha una valenza tanto generale da informare di sé l'intera normativa, fornendone un criterio di lettura univoco. E', del resto, il rilievo

⁴ In linea, peraltro, con quanto affermato dal Comitato nazionale per la Bioetica, *Adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residui derivanti da procreazione medicalmente assistita (PMA)* (18.11.2005). Roma: Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria, 2005; Id., *Considerazioni bioetiche in merito al cd. "ootide"* (15.07.2005). Roma: Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria, 2005 Id., *Parere su ricerche utilizzando embrioni umani e cellule staminali* (11.04.2003). Roma: Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria, 2003; Id., *Identità e statuto dell'embrione umano* (22.06.1996). Roma: Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria, 1996. Sulla soggettività giuridica del concepito, v. già C. Casini, *L'embrione umano come soggetto. Verso una riforma dell'art. 1 c.c.*, in *Si alla vita*, 1993; Id., *Verso il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito?*, in *Giur. cost.*, 1997, 281; M. Olivetti, *La Corte e l'aborto tra conferme e spunti innovativi*, *ivi*, 312.

costituzionale del principio a far sì che le garanzie da riservare al concepito siano particolarmente incisive.

Nessuna antinomia può ravvisarsi con l'articolo 1 codice civile, che fissa al momento della *nascita* l'idoneità del soggetto ad essere titolare di diritti, ove si consideri che altro è la *capacità giuridica*, altro la *soggettività*. Mentre la prima attiene all'ambito dei diritti patrimoniali, contemplati dal codice civile, è la seconda che, identificandosi con il valore umano del soggetto⁵, corrisponde ai diritti fondamentali alla vita, alla salute, alla dignità che la Costituzione salvaguarda⁶. La stessa sentenza n. 27/1975⁷ del giudice delle leggi ha dato atto del fondamento costituzionale della tutela del concepito. Con l'*arrêt* n. 35/1997⁸, poi, non solo si è riconosciuto, in linea con la giurisprudenza costituzionale tedesca, ungherese e polacca⁹, un vero e proprio "diritto alla vita" dell'embrione, ma lo si è finanche ricompreso tra i "valori essenziali" su cui si fonda la Costituzione¹⁰.

⁵ Così, A. Falzea, voce *Capacità* (teoria generale), in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 12.

⁶ In questo senso, F. D. Busnelli - E. Palmerini, voce *Clonazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civile, Torino, 2000, 158 e, di recente, A. Scalisi, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. e dir.*, 2005, 206.

⁷ Corte Cost., 18-2-1975, n. 27, in *Giur. cost.*, 1975, 117.

⁸ Corte Cost., 10-2-1997, n. 35, in *Giur. cost.*, 1997, 281.

⁹ Si vedano, per la giurisprudenza costituzionale tedesca, le sentenze del 27 febbraio 1975, del 4 agosto 1992 e del 28 maggio 1993, per quella ungherese la pronuncia del 17 dicembre 1991 e, per quella polacca, la sentenza del 28 maggio 1997. Su queste ed ulteriori pronunce, cfr. M. Casini, *Il diritto alla vita nella giurisprudenza europea. Le decisioni delle Corti Costituzionali e degli organi sopranazionali di giustizia*, Padova, 2001.

¹⁰ E tutto ciò a tacere del fatto che dall'atto della fecondazione nasce una nuova entità biologica, dotata, anche di fronte ad un possibile processo di gemellarità monozigotica, di un'*unicità genetica* definitiva e, dunque, di una propria *identità*. Alle stesse conclusioni si perviene ove si consideri che, sotto il profilo filosofico, l'embrione è persona in quanto "forma sostanziale" (v., così S. Privitera, 1991); nella prospettiva antropologica, poi, l'uomo non *ha* il suo corpo

3. Dalla dialettica tra il principio anzidetto e la posizione giuridica dei soggetti che ricorrono alla procreazione assistita è scaturita la disciplina che presiede al consenso informato, alle modalità di produzione ed impianto degli embrioni, ai limiti all'attività di ricerca e sperimentazione.

La mediazione tra il diritto alla vita del concepito e l'aspirazione alla genitorialità delle coppie infertili è irrealizzabile laddove si avallino delle modalità tecniche di per sé idonee a cagionare la distruzione diretta e premeditata di embrioni umani. Ammesso che anche l'aspettativa delle coppie abbia una copertura costituzionale, e che qualsiasi pretesa legittima possa essere considerata alla stregua di un *diritto* e non di un semplice *bisogno*¹¹, non si può tollerare che, sull'altare della genitorialità, venga intenzionalmente sacrificato un numero indistinto di embrioni.

Troppo spesso si disconosce che il ricorso alla procreazione medicalmente assistita esula da quel particolare stato di necessità che giustifica, secondo la legge 22 maggio 1978, n. 194, l'interruzione di una gravidanza in corso. Non sussiste quel "grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna" legittimante l'aborto né tanto meno si è di fronte ad una gravidanza in corso, imputabile al caso, ad un errore o alla violenza¹². La scelta di avvalersi della PMA costituisce il frutto di una scelta libera e

ma è il suo corpo: l'identità dell'io si fonda sulla corporeità dell'embrione (S. Leone, 1988).

¹¹ In argomento, D. Zolo, *Fondamentalismo unitario*, in M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, 2003, 140 e C. Cardia, *Genesi dei diritti umani*, Torino, 2003, 184.

¹² Per simili argomenti, si vedano, *ex multis*, i lavori di C. Casini - M. Casini, *Un significativo consolidamento della legge n. 40 del 2004*, in *Giur. cost.*, 2006, 3845 e di M. Casini, *L'opposizione globale alla legge n. 40 e le lacune della sentenza cagliaritana: i diritti del concepito e le modalità esecutive della diagnosi genetica preimpianto*, in *Dir. fam.*, 2008, 300.

ponderata della coppia, e non è certo necessitata da un conflitto, difficilmente sanabile, tra soggetti – quali l'embrione e la madre – che dividono e con-dividono uno stesso corpo. L'articolo 3 Cost. impone che a situazioni ontologicamente *diverse* corrispondano *diverse* discipline: un pregiudizio imminente alla salute non è paragonabile ad un'aspirazione – quella di chi ricorre alla FIVET – che, *in iure positivo*, non trova neppure cittadinanza.

Ogni operazione di bilanciamento tra opposti valori ed interessi deve parametrarsi ai criteri di valutazione di cui alla Carta fondamentale, alle leggi speciali e alla giurisprudenza dominante.

Va, anzitutto, rimarcato che quest'ultima è ben lungi dal riconoscere l'esistenza di un "diritto" dei genitori ad "avere un figlio sano"¹³ e, se autorizza l'aborto terapeutico in relazione alla salute della madre, lo ripudia ove si atteggi a strumento eugenetico¹⁴. Le stesse recenti pronunce dei giudici di merito sulla diagnosi genetica preimpianto¹⁵, in una con l'ordinanza n. 369/2006 della Consulta¹⁶, più o meno implicitamente antepongono la tutela della vita sin dal concepimento al diritto della coppia ad essere informata circa lo stato di salute degli embrioni da impiantare¹⁷.

¹³ Cfr. Cass., 22-6-2006, n. 16123; Cass., 29-7-2004, n. 14488; Cass., 21-6-2004, n. 11488.

¹⁴ Si veda, insieme alle pronunce della nota che precede, l'ordinanza del Tribunale di Catania del 3 maggio 2004 (confermata collegialmente dalla pronuncia del 28 maggio successivo), in *Medicina e Morale*, 2004, 601, ove si afferma che la possibilità di selezione eugenetica dei figli non fa parte dei diritti della persona.

¹⁵ Cfr., oltre alla citata ordinanza del giudice catanese, la recente pronuncia del Tribunale di Cagliari del 16 luglio 2005, in *Medicina e Morale*, 2005, 1076. In senso contrario: l'ordinanza del Tribunale di Firenze del 17-12-2007, in *Guida dir.*, 2008, 53.

¹⁶ Corte Cost., 9-11-2006, n. 369, in *Giur. cost.*, 2006, 3831.

¹⁷ *Contra*, la recente pronuncia del Tribunale di Catania del 24-9-2007, in *Dir. fam.*, 2008, 260.

C'è, poi, il rilievo fondamentale ed assorbente, di ordine costituzionale, per cui la ricerca clinica e sperimentale ed ogni attività medica in generale trovano usbergo negli articoli 32 e 33 Cost. purché l'interesse ad acquisire nuove conoscenze si concili con il rispetto della dignità della persona¹⁸. E, come è sottolineato nel Codice di Norimberga e nella Carta di Helsinki, la promozione della ricerca non deraglia dal binario della tutela della vita ove l'intervento, oltre ad essere serio e scientificamente attendibile, risulti *necessario ed utile ai fini terapeutici*¹⁹. Diritto e scienza non sono due concetti incompatibili: è, anzi, il primo che fornisce alla seconda quelle regole preposte ad evitare che ad una deriva delle tecniche e dei metodi segua lo svilimento di chi vi è sottoposto.

Conduce alle conclusioni rassegnate la stessa dogmatica del diritto che è presupposta al sistema civilistico nostrano e della maggior parte dei Paesi europei e di democrazia avanzata.

Il concetto di *rapporto giuridico* implica una correlazione necessaria tra diritti e doveri e rimanda all'equilibrio, che è già nella realtà delle cose, tra soggetti giuridici e comunità, familiare o medico-scientifica, di appartenenza. E' tale dinamica del diritto che porta a rifuggire da ogni prevaricazione o dominio di sorta dell'uno sull'altro allorché si sviluppino *forme autonome di regolamentazione normativa*²⁰.

¹⁸ In questo senso, E. Farina, *La sperimentazione clinica*, in *Sanità pubblica*, 2002, 501 e, di recente, A. Scalisi, *Lo statuto giuridico*, cit., 207. V. anche M. G. Petrucci, *Quale status per il nascituro?*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, 462.

¹⁹ E ciò, anche laddove il soggetto sottoposto all'intervento non sia idoneo – poiché minore, incapace e, *a fortiori*, in quanto embrione – a prestare il suo consenso. Si veda, in questo senso, M. Fausto, *La responsabilità nelle sperimentazioni cliniche*, in *Danno e resp.*, 2000, 953, in una con il Codice di Norimberga (1946), la Carta di Helsinki (1961-1989) ed il Codice di Deontologia medica italiana.

²⁰ Si richiama la visione ordinamentale del diritto, di cui all'opera di S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1917 e P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1996. V. anche lo scritto di M. Del Pozzo, *La comprensione del*

C'è, poi, il fondamentale *distinguo* tra diritti *assoluti* e diritti *relativi*, che si impernia sulla diversa latitudine di tutela che fa capo ai rispettivi titolari. Mentre un diritto relativo tutela l'interesse ad una prestazione e postula, pertanto, l'esistenza di un rapporto obbligatorio e della cooperazione dell'obbligato, un diritto assoluto garantisce al titolare una protezione esclusiva ed *erga omnes* che prescinde dall'intervento o dalla prestazione di terzi. Inoltre, nel genere dei diritti assoluti, quelli personalissimi alla vita o all'integrità fisica hanno un predicato di indisponibilità ed irrinunciabilità che mal si concilia con gli interventi invasivi di una diagnosi preimpianto o di una sperimentazione embrionale senza limiti²¹. L'autonomia privata attiene all'ambito dell'avere, mentre le tecniche di procreazione assistita incidono sull'essere della persona²². Si può disporre, rinunciare, delegare solo in ambito strettamente patrimoniale: varcato il confine, ogni atto dispositivo è contrario a diritto.

Se il bene vita è “inviolabile” nel senso di cui all'articolo 2 Costituzione, e non si vuole arbitrariamente cosificare l'embrione, rendendolo “oggetto” di una tecnica ipertrofica, deve essere avallata e mantenuta la soluzione di cui alla legge 40/2004.

Alla previsione di una “soggettività giuridica” estesa deve seguire l'irrevocabilità del consenso una volta avvenuta la fecondazione, il divieto di soppressione, crioconservazione e sperimentazione embrionale a fini non terapeutici, la liceità della

realismo giuridico nel pensiero canonistico di J. Hervada, in *Ius Ecclesiae*, 2005, p. 611.

²¹ Nello stesso ordine di idee, A. Nicolussi, *Eugenetica e diritto. Il futuro della natura umana tra inviolabilità e indisponibilità*, in *Humanitas*, 2004, 819 e, più di recente, O. De Bertolis, *Corporeità e diritto privato*, in *La civiltà cattolica*, 2009, 44. Per simili considerazioni, in chiave antropologica, v. anche A. Supiot, *Homo iuridicus. Saggio di antropologia giuridica*, Milano, 2006, 19.

²² Così, A. Nicolussi, *Eugenetica e diritto*, cit., 819.

sola diagnosi “osservazionale”²³. Così, il limite massimo di tre embrioni da produrre ed impiantare contestualmente è parte integrante di un mosaico uniforme: previene la produzione soprannumeraria di embrioni, ne evita la distruzione deliberata e diretta e salvaguarda, nei limiti imposti dal principio ispiratore, la salute della donna e la genitorialità delle coppie²⁴. Dall’ipotetica mancanza, tra principio e disposti o tra disposto e disposto, di una connessione intima e reciproca discenderebbe l’irragionevolezza di una legge che appare, invece, razionale nell’impianto complessivo,

²³ Cfr., tuttavia, le “Linee Guida” di cui al D.M. 11 aprile 2008. Si vedano, in senso favorevole ad una diagnosi solo “osservazionale”, le sentenze del T.A.R. Lazio 5- 5-2005, n. 3452 e 23-5-2005, nn. 4046 e 4047 (contra: la recente T.A.R. Lazio, 21-1-2008, n. 398). E’, infatti, noto che, mentre la diagnosi “osservazionale” non è invasiva ed è, anzi, necessaria, consentendo di valutare se l’embrione ha raggiunto la condizione atta all’impianto, quella genetica preimpianto impone la *biopsia* dell’embrione – ossia la perforazione della membrana che lo avvolge, al fine di prelevare una o due cellule da analizzare – e la conseguente *crioconservazione* degli embrioni biopsiati. Significativa è la perdita di embrioni che consegue alla diagnosi genetica preimpianto, dato che alcuni non sopravvivono alla crioconservazione, altri vengono meno in seguito alla stessa biopsia, altri ancora vengono distrutti poiché risultano affetti da anomalie genetiche. In argomento, si veda il lavoro di J. Suaudeau, *La diagnosi pre-impiantatoria. Lo stato dell’arte scientifico e gli interrogativi etici - Parte I*, in *Medicina e Morale*, 2007, 491 e Parte II, in *Medicina e Morale*, 2007, 717. Cfr. anche H. Joris et al., *Reduced survival after embryo biopsy and subsequent cryoconservation*, in *Human Reprod.*, 1999, 14.

²⁴ In questo senso, C. Casini - M. Casini, *Un significativo consolidamento*, cit., 3837, nonché C. Peris, in *Atti dell’84° convegno della Società Italiana ginecologi e ostetrici –SIGO*, Torino 5-8 ottobre 2008. Infatti, il trasferimento di non più di tre embrioni in un unico impianto fa sì che si riproponga nell’utero ciò che avviene in *natura*, mentre la produzione di embrioni soprannumerari ne determina la morte di molti per *decisione umana*, caratterizzata da un *dolo diretto* o quanto meno *eventuale*. Come risulta, poi, dai protocolli tecnici, il trasferimento di non più di tre embrioni, da una parte, ottimizza i risultati della FIVET, che ha percentuali di riuscita ancora modeste e, dall’altra, evita l’iperstimolazione ovarica – alquanto pregiudizievole per la salute della donna – ed argina la possibilità di gravidanze plurime (più che trigemine e persino trigemine).

allineata alla dogmatica giuridica e consonante con lo spirito costituzionale.

4. E’ legittimo chiedersi se esistano degli strumenti processuali capaci di salvare la coerenza di un corpo normativo che sia stato colpito, in una sua parte, da una questione di costituzionalità ritenuta fondata.

Assai ridotto sarebbe lo spazio di manovra del giudice ove si guardasse al principio processualciviltistico della “corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato”, che impone una perfetta simmetria tra la domanda di parte e la decisione giudiziale.

Ancorché sia *uno* ed *unitario* il disegno sotteso alla legge 40/2004, *tre* sono stati i provvedimenti di rimessione, rispettivamente del T.A.R. Lazio il primo²⁵ e del Tribunale di Firenze il secondo e il terzo²⁶, *due* i disposti colpiti dal primo (gli artt. 14 c. 2 e 14 c. 3), *tre* dal secondo (gli artt. 6 c. 3, 14 c. 1 e 14 c. 2) e *quattro* dal terzo (gli artt. 6 c. 3, 14 c. 2, 14 c. 3 e 14 c. 4). Ad una siffatta matematica del “chiesto” dovrebbe attenersi il corrispondente “pronunciato”: ogni superamento dei limiti della domanda andrebbe ad incidere sulla disponibilità della tutela e sull’imparzialità della funzione giudiziaria²⁷.

Anche il principio del contraddittorio verrebbe vulnerato se si consentisse alla Corte di ampliare *ad libitum* l’oggetto del

²⁵ T.A.R. Lazio, 21-1-2008, n. 398 (reg. ord. n. 159/2008).

²⁶ Trib. Firenze, ordinanza 12-7-2008 (reg. ord. n. 323/2008) e Trib. Firenze, ordinanza 26-8-2008 (reg. ord. n. 382/2008).

²⁷ Così, T. Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano, 1951, 736; E. T. Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 11; A. Proto Pisani, *Dell’esercizio dell’azione*, in *Commentario del c.p.c. diretto da E. Allorio*, Torino, 1973, I, 1049; G. Verde, *Dispositivo (principio)*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989; Id., *Domanda (principio della)*. I) *Dir. proc. civ.*, *ivi*, XII, Roma, 1989.

giudizio e di pronunciarsi su profili sconosciuti alle parti o, comunque, mai discussi nell'arco del processo²⁸.

5. Vanno, tuttavia, considerate le particolarità del giudizio incidentale di costituzionalità, che non può dirsi processo "contenzioso" né di "parti"²⁹. L'interesse pubblico ha tanto peso da rendere possibile lo svolgimento del rito per impulso esclusivo del giudicante, e in presenza di un contraddittorio solo possibile. Non è un caso che l'articolo 26 della l. 11 marzo 1953, n. 87, ove prevede che la Corte decida in camera di consiglio "qualora non si costituisca alcuna parte", dia avallo ad una sorta di processo "fantasma"; inoltre, anche in caso di tempestiva costituzione, resta inibito alle parti di disporre del processo³⁰. Neanche esiste un atto che può qualificarsi come domanda³¹, poiché l'ordinanza di rimessione, pur determinando l'oggetto del giudizio, non

²⁸ In argomento, tra i lavori più recenti, L. P. Comoglio, "Terza via" e processo "giusto", in *Riv. dir. process.*, 2006, 755; E. F. Ricci, *La sentenza della "terza via" e il contraddittorio*, in *Riv. dir. process.*, 2006, 751; C. Consolo, *Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della "terza via": conseguenze*, in *Corr. giur.*, 2006, 508; A. Giordano, *La sentenza della "terza via" e le "vie" d'uscita. Delle sanzioni e dei rimedi avverso una "terza soluzione" del giudice civile*, in *Giur. it.*, 2009, 911.

²⁹ Così, V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, 300 e A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2004, 261.

³⁰ In questo senso, F. Biondi, *Oggetto e parametro*, in R. Balduzzi - P. Costanzo, *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007, nonché, ancora, Crisafulli, *Lezioni*, cit., 378. Si vedano, tuttavia, i contrari rilievi di A. Cerri, *Corte e processo costituzionale*, in *Foro it.*, 2006, che sottolinea l'opportunità di consentire alle parti di ampliare il *thema decidendum*.

³¹ Così, E. Redenti, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano, 1957, 40, che configura l'ordinanza di rimessione come *denuncia*. In senso contrario, M. Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957, 143, che la considera una vera e propria azione. Si veda anche Cerri, *Corso*, cit., 262, che prospetta una posizione intermedia tra le due che precedono.

attribuisce al giudice *a quo* la facoltà di essere parte nel rito innanzi alla Corte né contiene un *petitum* propriamente detto³².

Non stupisce che, in tale contesto, sia dato alla Corte di discostarsi, in più modi, dall'oggetto o dal parametro di cui all'ordinanza di rimessione. Se è vero che anche sul giudice delle leggi grava un dovere di decidere "nei limiti dell'impugnazione"³³, è altrettanto pacifico che il medesimo abbia la facoltà di "metter mano" all'ordinanza di rinvio correggendo un errore materiale, integrando il parametro di costituzionalità o puntualmente precisando la questione sollevata³⁴.

E', poi, emblematica la statuizione recente, se pur fondata su un orientamento antico³⁵, del giudice delle leggi, per cui la *disposizione* "costituisce il veicolo di accesso della *norma* al giudizio della Corte, che si svolge sulla norma quale oggetto del raffronto con il contenuto precettivo del parametro costituzionale"³⁶. La disposizione non esaurisce l'oggetto della cognizione, ma ne costituisce il mero punto di partenza: il

³² Come rileva, infatti, Crisafulli, *Lezioni*, cit., 299 il giudice *a quo* non domanda l'annullamento della legge impugnata ma si limita a prospettare un dubbio di costituzionalità.

³³ V. l'art. 27 prima parte della l. 87/1953, ove peraltro il termine "impugnazione" è impropriamente usato in relazione ad un giudizio che, come quello incidentale, non è su ricorso. Sul principio della "corrispondenza" nella giustizia costituzionale, G. D'Orazio, *Profili problematici teorici e pratici dell'illegittimità derivata delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1968, 2593 e A. Cerri, *Il profilo tra argomento e termine della questione di costituzionalità*, *ivi*, 1978, 362.

³⁴ Cfr. Crisafulli, *Lezioni*, cit., 379 e R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, a cura di R. Romboli, Torino, 2002, 48.

³⁵ V. Crisafulli, *In tema di questioni consequenziali alla pronuncia di illegittimità costituzionale di un principio generale*, in *Giur. cost.*, 1961, 1374 e Id., *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964.

³⁶ Così, la sentenza Corte Cost., 21-3-1996, n. 84 e, nello stesso ordine di idee, Corte Cost., 20-12-2002, n. 533. In tema, si veda il recente scritto di A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003, 385.

trasferimento della questione dalla disposizione alla norma consente di preservare la coesione e la coerenza sistematica dell'ordinamento giuridico.

Si è dato, così, libero corso ad interventi della Corte che hanno, di fatto, condotto al di là del confine delle competenze tradizionali. Ne è uscita rafforzata la prassi di emettere sentenze *interpretative* atte ad estrarre dalla disposizione impugnata la norma o le norme costituzionalmente conformi³⁷. Si è, poi, diffusa – con le sentenze *additive* e *sostitutive* – una tecnica integrativa o manipolativa del testo di legge, funzionale all'aggiunta di norme non previste o alla sostituzione di un nuovo frammento normativo al disposto annullato³⁸.

Ben si inquadra, nella descritta cornice, la cosiddetta pronuncia di illegittimità costituzionale conseguenziale di cui alla seconda parte dell'articolo 27 l. 87/1953³⁹. Deroga espressa alla “corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato”, la facoltà della Corte di dichiarare quali siano “le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità derivi come conseguenza dalla decisione adottata” appare uno strumento particolarmente duttile, atto ad estendere gli

³⁷ Si veda Romboli, *Il giudizio di costituzionalità*, cit., 164.

³⁸ Pratica che riteniamo legittima, purché l'attività della Corte resti, per dirla con Crisafulli, “a rime obbligate”, ovvero non porti alla libera introduzione di disposti mancanti ma si attenga al contenuto normativo di quelli esistenti. In argomento, A. Pertici, *Le decisioni “manipolative”*, in *Foro it.*, 1998, 152 e Passaro, *Le cd. sentenze additive “autoapplicative” della Corte costituzionale*, *ivi*, 1996, 2505.

³⁹ Sulla dichiarazione di illegittimità costituzionale conseguenziale, oltre ai testi citati *infra*, G. Brunelli, *Significative convergenze: illegittimità derivata di norme analoghe e sentenze manipolative*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, I, Napoli, 2004, 352; G. Deiana, *La dichiarazione di illegittimità conseguenziale nella più recente giurisprudenza della Corte*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 545; R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità*, cit., 179; A. Pizzorusso, *Effetto di giudicato ed effetto di precedente nelle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1966, 1985; C. Mortati, *Sul potere del giudice costituzionale di accertare d'ufficio l'incostituzionalità di norme impugnate*, *ivi*, 1956, 324.

effetti delle pronunce di accoglimento a disposti strettamente connessi a quelli annullati.

6. Un sindacato di costituzionalità sulle “norme”, dei poteri positivi ed integrativi del giudicante e la facoltà di dichiarare l’“illegittimità conseguenziale” avrebbero costituito la piattaforma idonea per una pronuncia razionale sulla legge 40/2004. L'interpretazione estensiva che la giurisprudenza fornisce del “nesso di consequenzialità” *ex art. 27 l. 87/1953* avrebbe consentito l'integrazione dell'oggetto processuale con i disposti della legge n. 40 non indicati dai giudici remittenti. E tutto ciò è tanto più vero ove si osservi che lo strumento in questione viene considerato applicabile non solo qualora sussista un collegamento *funzionale* tra due disposizioni⁴⁰ o l'una costituisca il *necessario presupposto* dell'altra⁴¹, ma anche nell'ipotesi di norme *identiche*⁴² o persino *analoghe*⁴³ a quelle travolte dalla pronuncia di accoglimento.

⁴⁰ V., ad es., Corte Cost. 31-10-1991 n. 390, 23-7-1987 n. 284, 21-11-1979 n. 131, *www.giurcost.org*. A. M. Sandulli, *Funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 22.

⁴¹ Cfr., ad es., Corte Cost. 25-7-1997 n. 272 e 24-6-1961 n. 37, in *www.giurcost.org*. Per la dottrina: C. Anelli, *Rilevanza nel processo amministrativo di questioni di costituzionalità derivata*, in *Foro amm.*, 1965, 37.

⁴² V., ad es., Corte Cost. 15-10-1990 n. 453, 8-6-1987 n. 214, 25-6-1980 n. 97, in *www.giurcost.org*. Sul tema, G. Deiana, *La dichiarazione*, cit., 548.

⁴³ Cfr., ad es., Corte Cost. 12-11-2002 n. 445, 24-7-2000 n. 332, 8-10-1996 n. 334, 15-2-1991 n. 81, 30-4-1986 n. 118, in *www.giurcost.org*. In tema, F. Modugno, *Riflessioni interlocutorie sull'autonomia del giudizio costituzionale*, Napoli, 1966, 100. Per un'opinione sfavorevole: A. M. Sandulli, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967, 77. Si vedano anche le riflessioni di A. Cerri, *Inapplicabilità ed invalidità conseguenziale*, in *Giur. cost.*, 1967, 222, che ritiene si possa applicare l'articolo 27 in tutti i casi in cui la pronuncia sulle disposizioni impugnate contenga *quasi tutti i presupposti* per dichiarare l'incostituzionalità di altre disposizioni legislative.

Poi, nel nostro caso, la necessità di ovviare alle contraddizioni di un sistema normativo organico, in una con le esigenze di effettività della giustizia costituzionale, avrebbero *a fortiori* avuto peso, stante l'imprescindibile tutela, cui è preposta la legge n. 40, di diritti fondamentali⁴⁴. V'è, infine, il rilievo per cui la manifesta evidenza del "nesso" tra i vari disposti, e in particolare tra gli articoli 14 c. 1 e 14 c. 2, giustificherebbe finanche una deroga al principio del contraddittorio⁴⁵.

Che qualcosa non andasse nel mantenimento "a metà" di una legge coerente ed omogenea lo aveva, del resto, riscontrato la stessa parte ricorrente nel giudizio innanzi al T.A.R. Lazio. Avendo il giudicante sollevato, con la sentenza n. 398/2008, la questione di legittimità costituzionale con esclusivo riferimento ai commi 2 e 3 dell'art. 14, la ricorrente presentava un'istanza di correzione per errore materiale nella quale sosteneva la necessaria integrazione dell'oggetto con il c. 1 del medesimo disposto⁴⁶. Nonostante la riunione della causa avviata dal TAR con quelle dei giudici fiorentini – nelle quali erano contemplati anche gli articoli 14 c. 1 e 6 c. 3 –, la Corte ha, da una parte, rilevato che la caducazione dell'art. 14 c. 2 avrebbe inciso "quale logica

⁴⁴ Così, G. Arconzo, *Il processo costituzionale, la ragionevolezza e l'illegittimità consequenziale. Note a margine della sentenza n. 432 del 2005*, in *Giur. it.*, 2006, 2253 e G. Brunelli, *L'illegittimità derivata di norme analoghe come tecnica di tutela dei diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2002, 3644, nonché, ancora prima, S. Bartole, *Una dichiarazione di incostituzionalità consequenziale qualificata dalla speciale importanza della materia*, in *Le regioni*, 1996, 314.

⁴⁵ Cerri, *Inapplicabilità*, cit., 222 e Id., *Corso*, cit., 269. Un argomento di diritto positivo potrebbe trarsi dal citato articolo 26 l. 87/1953, che prevede, tra l'altro, la facoltà della Corte di decidere in camera di consiglio allorché la questione appaia manifestamente infondata.

⁴⁶ Si veda la relativa sentenza n. 7956/2008, con la quale il TAR ha dichiarato inammissibile l'istanza stante che "il preteso errore materiale (...) si rivela (*rectius*: rivelava), in effetti, volto ad incidere sul quesito di costituzionalità posto".

conseguenza" sul principio generale di cui al c. 1⁴⁷, ma ha, dall'altra, prediletto al ricorso all'art. 27 o ad una sentenza additiva di principio⁴⁸ la più agevole pronuncia di inammissibilità delle questioni *ex artt.* 14 c. 1 e 6 c. 3 "per carenza di motivazione sulla rilevanza" o "per difetto di rilevanza"⁴⁹.

Se gli strumenti processuali esistono ma non vengono impiegati vuol dire che si è scelto di non farlo, che si è scelto di non scegliere. Si è resa vana un'occasione importante con una soluzione che non risolve ma aggira il problema, surrogando ogni bilanciamento⁵⁰ con una "delega in bianco" al medico⁵¹. Si è disconosciuta l'idoneità del diritto e l'adeguatezza del legislatore a fornire alla scienza quel *minimo normativo*⁵² che, superando il limite di un'astrattezza dei principi, riserva ai diritti di libertà dei singoli una protezione effettiva. Si è sfilacciata una tela normativa organica, preferendovi una matassa che solo formalmente mantiene il bandolo di cui artt. 1, 13 e 14 c. 1, mentre è stata manomessa, e così compromessa, nella più intima sostanza.

Allorché nel diritto sostanziale è "indisponibile" e "inviolabile" la situazione del soggetto, anche la disponibilità della

⁴⁷ V. il par. 6.1 del "considerato in diritto" della sentenza in commento. Cfr., per una simile argomentazione, la memoria depositata in C. Costituzionale dall'Avvocatura generale dello Stato, alla pag. 6.

⁴⁸ Con un principio evidentemente rispettoso dei valori in gioco e dei parametri di diritto positivo cui si è fatto riferimento.

⁴⁹ Si vedano i parr. 5 e 8 del "considerato in diritto".

⁵⁰ Bilanciamento che, in un contesto di democrazia avanzata e pluralista, spetta discrezionalmente al legislatore (anche in relazione a quanto previsto dall'articolo 28 l. 87/1953). In quest'ottica, si confrontino, ad esempio, le tre importanti sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo (casi *Evans c. Regno Unito* 10-4-2007; *Tisyac c. Polonia* del 20-3-2007; *Thi-Nho Vo c. Francia* dell'8 luglio 2004) sul tema dell'inizio della vita umana, la cui definizione viene rimessa alla discrezionalità del legislatore degli Stati membri.

⁵¹ Cfr. il par. 6.1 del "considerato in diritto".

⁵² Richiamiamo la teoria istituzionale dei diritti di cui all'opera di N. Luhman, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin, 1964.

tutela processuale può, e anzi deve, essere derogata in nome delle esigenze di coerenza, certezza, effettività che la tutela dei diritti fondamentali richiede. Finisce, altrimenti, che una resa incondizionata alla scienza o a checchessia metafisica⁵³ introduca un diritto che al posto di essere – come è votato ad essere – *per* la persona, finisce per andarvi *contro*. Finisce che una sorta di dominio dell'uomo sull'uomo vada a sconvolgere le distinzioni della dommatica giuridica, ponendo sullo stesso livello diritti assoluti e relativi, introducendo in materia personale diritti di proprietà poco ortodossi, confondendo capacità con soggettività e sovvertendo quella logica del rapporto giuridico che della natura dell'uomo – essere-per-l'altro e non essere-per-sé – è l'immediato riflesso.

⁵³ Si veda, ad esempio, l'argomentazione del Tribunale di Firenze, riportata al par. 5. 2 del "considerato in diritto" della sentenza qui analizzata, per cui il "diritto della (*rectius*: alla) salute della donna (...) dovrebbe ritenersi prevalente sul diritto di chi ancora persona non è".