

INDICE

CAPITOLO I

I diritti inviolabili dell'uomo

Paragrafo I

I diritti umani: Cenni terminologici e caratteri
distintivi.....p. 4

Paragrafo II

I diritti fondamentali nella Costituzione italiana. I caratteri generali. I diritti in
rapporto ai doveri. Il principio
solidaristico.....p. 14

Paragrafo III

Segue. I diritti fondamentali nella Costituzione italiana. L'interpretazione dell'art. 2
come catalogo aperto. I nuovi
diritti.....p. 22

Paragrafo IV

Lesioni e limitazioni dei diritti
fondamentali.....p. 29

Paragrafo V

Segue. Lesioni e limitazioni dei diritti fondamentali. Le diverse forme di danno alla
persona.....p. 34

Paragrafo VI

Segue. Lesioni e limitazioni dei diritti fondamentali. Le nuove prospettive in tema di
danno esistenziale, morale e
biologico.....p. 46

Paragrafo VII

L'intangibilità del nucleo essenziale dei diritti fondamentali. La reazione alla lesione.
Il risarcimento.....p. 52

Paragrafo VIII.

I diritti fondamentali a livello
sovrnazionale.....p. 64

CAPITOLO II

Il diritto alla salute

Paragrafo I

Il diritto alla salute nella Costituzione
italiana.....p. 74

Paragrafo II

I molteplici contenuti del diritto alla salute. Profili oppositivi e pretensivi.....p. 83

Paragrafo III

Il diritto alla salute come diritto individuale e come interesse della collettività.....p. 91

Paragrafo IV

Segue. Il diritto alla salute come diritto individuale e come interesse della collettività. I trattamenti sanitari obbligatori.....p. 97

Paragrafo V

Il diritto alla salute come diritto di rifiutare le cure mediche. Il problema del fine vita e del testamento biologico.....p. 102

CAPITOLO III

L'aborto

Paragrafo I

L'aborto come diritto fondamentale.....p. 112

Paragrafo II

La disciplina dell'aborto in Italia.....p. 116

Paragrafo III

La legge n. 194/1978 sulla "interruzione volontaria della gravidanza".....p. 124

Paragrafo IV

Segue. La legge n. 194/1978 sulla "interruzione volontaria della gravidanza. Le ulteriori precisazioni della giurisprudenza".....p. 130

Paragrafo V

La salute della donna nella legge n. 40/2004 sulla "procreazione medicalmente assistita". Gli interventi significativi della Corte costituzionale.....p. 137

Paragrafo VI

Segue. La salute della donna nella legge n. 40/2004 sulla “procreazione medicalmente assistita”. La sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009.....p. 150

BIBLIOGRAFIA.....p. 157

CAPITOLO I

Paragrafo I. I diritti umani: Cenni terminologici e caratteri distintivi.

I diritti umani rappresentano il più rilevante ed accomunante sistema di valori degli ultimi due secoli. Essi delineano i principali aspetti costitutivi della dignità degli esseri umani, che rimandano alle dimensioni essenziali dello sviluppo della persona, nelle sue esigenze basilari e nelle sue potenzialità.

Sono molteplici le terminologie che possono essere utilizzate per far riferimento ai “diritti umani” che, in senso assoluto, vanno intesi come “diritti riguardanti l’uomo” in quanto costituenti valori inscindibilmente legati all’essere umano¹, indipendentemente da qualsiasi ambito di riferimento o da qualunque altra specificazione. Infatti, con riferimento ad essi si parla, talvolta indistintamente, di “diritti di libertà”, “diritti universali”, “diritti inviolabili” o “diritti fondamentali”².

In ogni caso, al di là delle differenze terminologiche, dottrina e giurisprudenza, oggi, riconoscono i diritti umani come esigenze innate ed insopprimibili dell’essere umano,

¹ A tale categoria di diritti, infatti, intrinsecamente legati all’uomo fino al punto da costituire con esso una sorta di unica entità, viene attribuita una principale qualità: ossia quella di non poter essere soppressi né limitati nel loro nucleo essenziale. In altre parole, nessun soggetto, pubblico o privato può far subire a tali diritti compressioni eccessive, ossia ingiustificate e, per di più, come vedremo più approfonditamente nel corso della dissertazione, eventuali limitazioni dei diritti in esame non possono essere messe in atto neanche per volontà dello stesso titolare, (ovvero l’individuo).

² Se, in ogni caso, si volesse ricercare una precisazione terminologica, si potrebbe far riferimento ad alcuni Autori noti, tra cui Barbera, in A. Barbera, C. Fusaro, *Corso di diritto pubblico*, 2004, p. 118- 119, il quale ha ritenuto che l’espressione più onnicomprensiva da riferirsi alla categoria dei diritti in questione sia quella di *diritti fondamentali*, perché essa è in grado di comprendere, contemporaneamente, i diritti civili, politici e sociali, nonché quelli della persona, ossia i diritti di ultima generazione, mentre, secondo lo stesso Autore, sarebbe più corretto utilizzare l’espressione di diritti umani per riferirsi ai diritti che l’ordinamento internazionale si sforza di riconoscere a tutti i popoli e a tutte le persone. Vi è poi, la Costituzione italiana, la quale definisce tali diritti come *inviolabili* (art. 2 Cost.), riservando l’accezione di “fondamentale” esclusivamente al diritto alla salute (art. 32 Cost).

le cui origini³ appartengono indiscutibilmente al diritto naturale⁴, il quale identifica tali diritti come “*un insieme di regole della condotta umana, immutabile nel tempo e*

³ Vd. P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002, p. 3 ss. L'Autore ha, infatti, constatato come per quanto oggi, seppur con delle dovute precisazioni, si ammette l'esistenza dei “*diritti naturali*”, in realtà, vi sono sempre state grosse incertezze in merito alla natura e alle origini dei diritti fondamentali. Originariamente, infatti, erano state proposte tre principali teorie: l'approccio “storico”, l'approccio “individualistico” e l'approccio “statualistico”. Secondo la nozione *storica*, i diritti di libertà devono essere considerati come il frutto dell'evoluzione storica dei rapporti sociali e politici che caratterizzano la vita dei diversi ordinamenti statuali. Questo approccio si basa sul concetto delle c.d. libertà negative, la cui garanzia è data, in linea generale, dall'assenza d'intervento dei poteri coercitivi pubblici e privati, per cui una ipotetica evoluzione di questa prospettiva, si orienterebbe verso la progressiva emancipazione dei diritti di libertà dalle invadenze arbitrarie dei poteri costituiti. Questa impostazione, rimanda l'origine dei diritti di libertà molto indietro nel tempo, fino al Medioevo, epoca in cui inizia a delinearsi la tradizione europea della necessaria limitazione del potere politico di imperio, anche se, in quel periodo non si è ancora affermata una dimensione dello Stato inteso come soggetto politico titolare di una potestà di imperio che, dunque, pretenda di definire, anche con modalità coercitive, la sfera dei diritti di libertà individuali e collettivi. I sostenitori dell'approccio storico guardano all'Inghilterra come l'esperienza costituzionale in cui si è avuta una graduale evoluzione ininterrotta verso un modello compiuto di garanzia dei diritti di libertà, in cui vi è un potere statale che non assume mai del tutto i tratti assolutistici propri di altre esperienze statuali (quella francese, ad esempio), dal momento che il “common law” (il diritto comune inglese), costruito e custodito dai giudici, ha rappresentato uno dei fattori più importanti che impedirono il radicarsi in Inghilterra di un modello pienamente statocentrico. Secondo l'approccio individualistico, invece, i diritti di libertà, non solo preesistono alla formazione stessa dello Stato, ma sono tendenzialmente indifferenti agli sviluppi sociali, economici e politici; essi vengono intesi come “*diritti naturali*” che spettano a ciascun individuo in quanto tale. Veniva, così, ad instaurarsi un sistema all'interno del quale sussisteva, da un lato, una sorta di “presunzione di libertà” accompagnata, però, dal principio secondo cui i diritti dell'uomo, in quanto naturali, non avevano confini ontologicamente predeterminati, ma potevano essere eccezionalmente limitati solo dal legislatore (ossia dal potere dello Stato). Punto di riferimento paradigmatico della prospettiva individualistica è la Francia rivoluzionaria. E' stata, infatti, la Rivoluzione francese a segnare un momento di svolta nella direzione di quella concezione individualistica dei diritti di libertà che caratterizzerà tutta la storia del costituzionalismo del XIX secolo (si pensi alla “Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino”, 1789). Su questo impianto si innesta la valorizzazione dei diritti fondamentali, intesi non più solo come “libertà negative”, ma anche come “libertà positive” attraverso il riconoscimento della garanzia dei diritti sociali e della partecipazione politica. Il terzo approccio, infine, è quello statualistico, il quale pone al centro del riconoscimento dei diritti di libertà lo Stato: solo grazie ad esso i diritti di libertà nascono e possono affermarsi come vere e proprie posizioni soggettive giuridicamente tutelabili, per cui è lo Stato che ne determina il contenuto, i limiti ed i meccanismi di garanzia; è lo Stato, concepito come fonte e misura dei diritti che consente la loro stessa esistenza, dal momento che i diritti, in questo caso, non sono considerati come preesistenti allo Stato, visto che prima di esso vi è una condizione di “guerra di tutti contro tutti”. Pertanto, secondo questa impostazione non potrebbe esistere alcuna libertà, alcun diritto individuale prima dell'affermazione della potestà coercitiva dello Stato, dal momento che esso è il solo a poter dare ordine alla società (di per sé incapace di farlo) e garantire le pretese dei singoli da esso riconosciute. Quest'ultimo modello di *statalismo temperato* (di derivazione francese) — imperniato sul riconoscimento, a livello di normativa costituzionale, di un catalogo di diritti fondamentali, e sull'affidamento alla legge del Parlamento del compito di definirne i limiti di esercizio — è quello che ha caratterizzato le Costituzioni degli Stati dell'Europa continentale della metà dell'800, il quale, dopo poco, ha dovuto cedere il passo alla forma di *statalismo totalitario* che si affermò nel momento in cui iniziarono a crescere forti tensioni sociali originate dall'emergere di nuove classi sociali ed all'interno di un quadro istituzionale caratterizzato da una concezione fortemente elitaria del potere. E' proprio alla luce dell'esperienza degli Stati totalitari che hanno caratterizzato la prima metà del 900, che è possibile spiegare la svolta che la disciplina dei diritti di libertà ha conosciuto all'interno delle Costituzioni europee del secondo dopoguerra. Esse, infatti, hanno ripreso, integrandoli, alcuni elementi propri del costituzionalismo americano e francese: dal primo il concetto di Costituzione come “fonte e garanzia dei diritti di libertà”, la distinzione tra potere costituente e poteri costituiti e, conseguentemente, l'affermazione della rigidità della Costituzione e di un sistema di giustizia costituzionale per neutralizzare gli abusi del legislatore. Dal secondo modello, invece, è ripresa l'idea della Costituzione come “programma”, che contiene la definizione

scritto più che nelle leggi, nel cuore degli uomini o ricavabili con la ragione dell'ordine delle cose"⁵. Pertanto, secondo questa impostazione, non si deve dubitare dell'appartenenza della categoria dei diritti di libertà al diritto naturale, a condizione che gli si neghi il carattere dell'immutabilità nel tempo: essi, infatti, devono necessariamente essere inseriti in un contesto geograficamente e storicamente limitato, in quanto i loro significati e contenuti essenziali dipendono dalla società a cui appartengono.

In altre parole, non può essere attribuito loro un significato che sia indipendente dalla società umana di riferimento, dato che è proprio questo aspetto che garantisce la validità e la stabilità di tali valori nel tempo.

Al diritto naturale si deve, in ogni caso, il grande merito di aver favorito il radicarsi dei diritti fondamentali all'interno delle società umane, ove a questi vengono attribuite alcune essenziali peculiarità: essi vengono, infatti, considerati come *inviolabili*, *assoluti*, *imprescrittibili*, *inalienabili*, *irrinunciabili* e, secondo alcuni Autori, *universali*.

dei valori generali destinati ad essere attuati successivamente dai poteri pubblici ed, in primo luogo, dal legislatore che, però, trova nella Costituzione rigida e garantita il suo limite.

⁴ Vd. G. Barone, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena, Il percorso della giurisprudenza*, Acireale-Roma, 2008, p. 33 e ss. L'Autore, con riferimento a questo aspetto, richiama la Costituzione italiana, la quale all'art. 29 dichiara che la famiglia costituisce una società *naturale* fondata sul matrimonio. Inoltre, l'art. 2 della stessa Carta, nell'affermare che "*la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo...*", pur non facendo alcun riferimento ai diritti *naturali*, ben si presta ad un'interpretazione che consente di asserire che la Repubblica riconosce la preesistenza ad essa dei diritti fondamentali dell'uomo e si impegna a difenderli. In fine, come constatato dallo stesso Autore, persino la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo all'art. 1, nell'affermare che "*tutti gli essere umani nascono liberi ed uguali in dignità e diritti*", vuole intendere che l'uomo, fin dalla sua nascita è titolare di diritti indipendentemente dalle leggi dei vari Stati.

⁵ Cfr. G. Barone, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena*, cit., p. 35.

Il carattere della “*inviolabilità*”⁶ — concetto che, secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza, equivale al concetto di *intangibilità*⁷, definita come “*l'impossibilità di interventi riduttivi dell'ampiezza del diritto*”⁸ — è da intendersi nel senso che tali diritti non possono essere violati dallo Stato (attraverso i suoi organi), né possono subire pregiudizio da leggi ordinarie, provvedimenti amministrativi o sentenze dei giudici, né possono essere violati da soggetti privati⁹; infatti, all'interno di ogni singolo ordinamento, la legge prevede degli strumenti di garanzia adeguati per proteggere i diritti in questione da eventuali violazioni¹⁰. Alcuni Autori, inoltre, riconoscono ai suddetti diritti una forza tale da definirli come “*norme dotate di forza super*

⁶ Vd. G. Barone in *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena*, cit., p. 25. L'Autore, con riferimento al tema in questione, mette in rilievo il fatto che il carattere dell'inviolabilità appartenga esclusivamente alla categoria dei diritti umani, dal momento che, a differenza degli altri diritti soggettivi, i quali se colpiti da un provvedimento amministrativo subirebbero la c.d. «degradazione del diritto ad interesse», per cui nell'eventualità che il titolare del diritto “degradato” presentasse ricorso contro il suddetto provvedimento amministrativo, la competenza a decidere nel merito spetterebbe al giudice degli interessi legittimi.

⁷ Vd. G. De Vergottini, *Diritto costituzionale*, II ediz., Padova, 2000, p. 303.

⁸ Vd. G. Barone in *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena*, cit., p. 25. In merito alla questione, l'Autore chiarisce come, in realtà, il carattere dell'intangibilità non coincida necessariamente con l'accezione di inviolabilità, a tutela di quest'ultima vige la Costituzione, la quale prevede delle garanzie particolari per i diritti di libertà ed anche le limitazioni alle quali gli stessi possono essere soggetti, indicando espressamente i casi e le situazioni in cui l'autorità amministrativa può intervenire sugli stessi.

⁹ Vd. G. De Vergottini, *Diritto costituzionale*, cit, p. 302 e ss. Con riferimento all'accezione dell'inviolabilità, l'Autore, al fine di giustificare ulteriormente la particolare forza che deve essere riconosciuta ai diritti fondamentali in quanto inviolabili, pone l'accento sull'esistenza di una distinzione tra i diritti fondamentali dotati di una loro intrinseca essenzialità, perché strettamente attinenti all'uomo e, come tali, palesemente inviolabili e gli altri diritti, come, ad esempio, alcuni diritti economici, tra i quali il diritto di iniziativa economica o lo stesso diritto di proprietà, che essendo condizionati dalla loro funzione sociale, sono inevitabilmente limitabili tutte le volte che prevalga la loro finalizzazione sociale.

¹⁰ Vd. G. U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2001, p. 628. L'Autore ha, infatti, messo in evidenza il fatto che le aggressioni ai diritti inviolabili possono essere poste in essere tanto dai soggetti privati quanto dagli organi che gestiscono il potere pubblico. L'importanza di quest'ultima affermazione non è da sottovalutare dal momento che, come ha evidenziato lo stesso Autore, lo Stato è il nemico principale dei diritti inviolabili. Per ulteriori approfondimenti circa il tema della protezione dei diritti fondamentali, si rimanda a N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, p. 81.

costituzionale”¹¹, nel senso che il loro contenuto essenziale viene tassativamente sottratto persino al potere di revisione costituzionale¹².

Tuttavia, il concetto di inviolabilità, così come precedentemente definito, non va inteso nel senso di ritenere tali diritti esenti da talune limitazioni, dato che la stessa Carta costituzionale prevede espressamente i limiti cui questi sono soggetti, affidando, negli altri casi (previsti dalla stessa), alla legge il compito di determinarne le limitazioni.

In secondo luogo, ai diritti fondamentali viene, di norma, riconosciuto il carattere “*dell’assolutezza*”, in forza del quale essi vengono fatti valere dal titolare nei confronti di tutti i soggetti dell’ordinamento, siano essi pubblici o privati, e per i quali sussiste l’obbligo al rispetto degli stessi¹³. Questa interpretazione, tuttavia, rischia di lasciare del tutto incompleto il significato di tale accezione, dal momento che il carattere dell’assolutezza, attribuito ai diritti umani, non può essere assimilato al medesimo concetto inteso come qualità appartenente ai diritti reali (ad es. diritto di proprietà, di usufrutto, etc.). Infatti, se così fosse, si determinerebbe un significativo ridimensionamento del valore e della forza dei diritti fondamentali, dato che a questi non verrebbe attribuita alcuna particolare forza, comportando, al contrario,

¹¹ In questo senso si è pronunciata anche la Corte costituzionale, la quale in un’importante decisione ha affermato che i principi supremi della Costituzione italiana “*non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali*” (Cort. cost. n. 1146/1988). Sul punto si rimanda a V. Onida, M. Pedrazza Gorlero (a cura di), *Compendio di diritto costituzionale*, Milano, 2009, p. 81-82.

¹² Vd. A. Meloncelli, *Manuale di diritto pubblico*, III ediz., Milano, 2005, p. 240.

¹³ Vd. F. P. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino, 1988, p. 210.

un'assimilazione delle qualità appartenenti ai diritti fondamentali con quelle dei diritti reali (che, a differenza dei primi, non godono di alcuna tutela costituzionale)¹⁴.

Pertanto, la corretta interpretazione del concetto di assolutezza, quando espressamente riferito ai diritti fondamentali, non può essere sganciata dalle qualità del soggetto che ne è il titolare. Così, il valore che realmente deve essere riconosciuto come assoluto ed inviolabile è l'uomo, il quale attraverso il suo legame inscindibile con i diritti fondamentali crea una sorta di entità unica, alla quale viene riconosciuta una protezione inattaccabile da qualsiasi potere autoritativo o da altri soggetti. In sintesi, dunque, *“la qualità dell'assolutezza comprende tanto il soggetto, che è titolare dei diritti fondamentali, quanto i diritti stessi, che proprio perché si riferiscono all'uomo possono essere vantati e affermati nei confronti di chiunque”*¹⁵.

Procedendo nell'elencazione delle principali qualità appartenenti alla categoria dei diritti fondamentali, non può sottacersi il carattere *“dell'imprescrittibilità”*, secondo cui tali diritti non possono estinguersi, anche nel caso in cui il titolare scelga di non esercitarli per un tempo prolungato: orbene, questa caratteristica, che differenzia in modo significativo i diritti fondamentali dagli altri¹⁶, non deve essere interpretata nel senso di ritenere tale categoria di diritti esente da regole per il suo esercizio ma, al

¹⁴ Vd. G. Barone, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena*, cit., p. 39 e ss.

¹⁵ Cfr. G. Barone, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena*, cit., p. 41.

¹⁶ Cfr. G. Barone, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena*, cit., p. 41. Quanto sopra affermato vale, soprattutto, per quei diritti che hanno ad oggetto delle obbligazioni, dal momento che, a differenza di questi ultimi, *“i diritti fondamentali permangono nella sfera giuridica dell'uomo indipendentemente dall'uso che questi ne faccia, ne altri soggetti possono usucapirli nel caso di prolungato mancato esercizio da parte del titolare”*.

contrario, i diritti pretensivi appartenenti alla categoria in questione possono ben essere subordinati a regole e termini circa il loro esercizio.

Da quanto sopra ne consegue che l'eventuale inosservanza delle regole da parte del titolare del diritto non determinerà la perdita della titolarità dello stesso ma, esclusivamente, la limitazione dell'utilizzo in quella circostanza¹⁷. In altre parole, il carattere dell'imprescrittibilità deve essere riferito esclusivamente alla titolarità del diritto stesso e non al suo esercizio¹⁸.

Altra caratteristica tipica dei diritti in esame è “*l'inalienabilità*”, per la quale i diritti fondamentali appartenenti all'individuo non possono essere trasferiti, neanche per volontà dello stesso titolare.

Questo aspetto presuppone, naturalmente, che il godimento dei diritti in questione possa aver luogo esclusivamente in maniera diretta, ovvero ad opera del titolare¹⁹.

Vi è, poi, il carattere “*dell'irrinunciabilità*”, per effetto del quale il titolare dei diritti in questione non può rinunciarvi, neanche volontariamente. Tuttavia, anche in questo ultimo caso, occorre fare delle precisazioni riguardo alla corretta interpretazione del soprarichiamato carattere.

¹⁷ Vd. G. Barone, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena*, cit., p. 41 e ss.

¹⁸ Come si vedrà in seguito questa particolare caratteristica riguarda anche un'altra proprietà dei diritti fondamentali, ossia quella dell'irrinunciabilità.

¹⁹ Vd. F. P. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, cit., p. 210. Il carattere dell'*inalienabilità*, infatti, come constatato dall'Autore, non ammette alcuna possibilità di interventi da parte di istituti come la rappresentanza legale o volontaria o qualunque altra forma di sostituzione

Il concetto, infatti, va inteso come principio valevole esclusivamente con riferimento alla titolarità dei diritti in questione e non al loro esercizio, dal momento che nulla vieta al titolare di un diritto fondamentale di rinunciare ad esercitarlo, senza che ciò comporti la perdita della titolarità dello stesso, né che ciò indichi la volontà del soggetto di rinunciarvi, in quanto la rinuncia rappresenta una forma di esercizio dello del diritto²⁰.

Un ulteriore caratteristica attribuita da alcuni Autori attribuiscono a tali diritti è quella dell'*immediatezza*, intesa nel senso che i diritti in esame non richiedono una normativa di dettaglio per la loro attuazione, ma sono pienamente efficaci se previsti in una qualunque disposizione²¹.

Altri Autori, ancora, con riferimento alla categoria di diritti in questione, parlano anche di una “*ambivalenza positiva e negativa*”²², per cui i diritti di libertà presuppongono la facoltà di far valere pretese a contenuto positivo (ossia “di fare”) o negativo (quindi, “di non fare”).

Infine, vi è il carattere dell'*universalità*, che indica l'appartenenza dei diritti fondamentali a tutti gli uomini, indipendentemente dalle diverse società in cui vivono e dalle diverse leggi che caratterizzano ciascuna di esse. L'accezione, che trae forza dalla definizione stessa dei diritti “*umani*” (così denominati perché appartenenti

²⁰ Vd. G. Barone, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena*, cit., p. 42 e ss.

²¹ Vd. F. P. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, cit., p. 210.

²² Cfr. A. Meloncelli, *Manuale di diritto pubblico*, cit, p. 240.

all'uomo in quanto tale) non rispecchia, in verità, una realtà oggettiva, il che può essere facilmente dimostrato richiamando alla mente le macroscopiche differenze esistenti, ancora oggi, proprio con riguardo al significato che si riconosce a tali diritti, il quale può variare in funzione non solo del tempo ma anche del luogo²³. Essi, infatti, possono subire una significativa sottovalutazione all'interno di alcuni ordinamenti giuridici e, per contro, essere considerati di primaria importanza all'interno di altri²⁴.

Pertanto, l'idea che i diritti umani siano universalmente riconosciuti altro non è se non una mera *aspirazione*²⁵, un obiettivo volto a garantire un miglioramento della qualità della vita di tutti gli individui a livello globale²⁶.

Alla luce delle considerazioni appena svolte è possibile sostenere, conclusivamente, che i diritti fondamentali appartengono ad un sistema di valori, attraverso il quale è possibile generare, a livello globale, un modello in cui possano sopravvivere le differenze culturali, sociali, politiche, etc., ma che sia incentrato, al contempo, su una

²³ Quanto detto trova conferma nella dottrina recente, la quale, con riferimento al passato, si è mostrata concorde circa l'impossibilità di un fondamento assoluto valevole per i diritti dell'uomo e sulla conseguente impossibilità di individuare diritti per loro natura fondamentali. Essi dovevano essere intesi come "*diritti storicamente relativi*", così come l'Autore Viola, in F. Viola, *Diritti dell'uomo, diritto naturale, etica contemporanea*, Torino, 1989, p. 157, li definisce in merito alla sua analisi circa il delicato rapporto tra universalità e storicità dei diritti. Come da egli stesso affermato, infatti, in essi è possibile riscontrare un carattere di persistente ambiguità e contraddittorietà, dal momento che "*...da una parte sono percepibili come assoluti, come esigenze imprescindibili, come valori irrinunciabili sotto ogni cielo ed in ogni tempo. Ma, dall'altra, non possiamo sottrarci alla constatazione che essi sono storicamente relativi*".

²⁴ Queste ultime considerazioni possono essere ulteriormente avvalorate dalle tesi che intendono dimostrare, attraverso dati storici ed attuali, che i diritti umani sono inscindibilmente legati alla diversità degli eterogenei contesti storici e culturali, potendo persino, con riferimento a diverse epoche storiche o diverse aree geografiche, venire in concorrenza o essere addirittura incompatibili gli uni con gli altri. Ciò consente di asserire che essi acquistano il loro significato in funzione dell'esperienza statutale di riferimento.

²⁵ V. Pastore B., *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Torino, 2003, p. 18-19.

²⁶ Vd. G. Barone, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena*, cit., p. 37.

comunanza di valori il cui tema essenziale sia rappresentato dal rispetto dell'essere umano.

Solo quando ciò avverrà si potrà davvero parlare di “*diritti universalmente riconosciuti*”²⁷.

²⁷ Emblematica è stata in tal senso l'affermazione di A. Cassese, in *I diritti umani oggi*, Bari, 2007, p. 64, ove egli sostiene che “*l'universalità è per ora un mito*”.

Paragrafo II. I diritti fondamentali nella Costituzione italiana. I caratteri generali. I diritti in rapporto ai doveri. Il principio solidaristico.

La Carta costituzionale italiana ha scelto l'accezione di "*diritti inviolabili*" per riferirsi alla nota categoria dei diritti fondamentali dell'individuo, riconoscendo loro una priorità nel sistema dei valori costituzionali che gli garantisca una sfera di intangibilità, la quale può essere fatta valere tanto nei confronti dei soggetti pubblici quanto nei confronti dei soggetti privati.

Il particolare valore che si riconosce a tali diritti risiede anche nel fatto che essi costituiscono gli elementi essenziali nella qualificazione della forma di Stato scelta dal costituente, dal momento che senza i diritti inviolabili, così come riconosciuti e definiti dalla Costituzione italiana, la natura stessa dello Stato italiano, ispirato al più alto valore del rispetto della dignità umana, muterebbe in modo assai profondo. E' per questa ragione, infatti, che il Costituente ha scelto di dotare questa categoria di diritti di una forza particolare, che si sostanzia nella capacità di non poter essere modificata neanche dal legislatore costituzionale, nel senso che "*la Costituzione è insuscettibile di emendamenti riduttivi ed essenziali negli articoli che si riferiscono a questi diritti*"²⁸.

²⁸ Cfr. P. Barile, E. Cheli, S. Grossi, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ediz., Padova, 2002, p. 337.

In altre parole, ai diritti fondamentali vengono riconosciuti uno status e delle garanzie (previste dalla Costituzione) estremamente rigide, al fine di garantire loro una sfera di intangibilità verso chiunque attraverso l'attribuzione di una valenza *erga omnes*²⁹.

I diritti di libertà, dunque, son regolati all'interno dell'ordinamento giuridico italiano da un'articolata e complessa disciplina³⁰, che si composta da regole e garanzie particolari vevoli esclusivamente per tale categoria di diritti costituzionali³¹. La Costituzione italiana, infatti, diversamente da altre costituzioni, stabilisce che la Repubblica è tenuta a riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo attraverso una norma generale (prevista all'art. 2 Cost.), che non specifica quali siano, in concreto, tali diritti, rimandando agli articoli successivi l'elencazione di molti di essi:

L'art. 2 Cost., infatti, prevede che il generico riferimento ai diritti inviolabili debba richiamare un carattere di «estensibilità della disciplina dei diritti di libertà» a nuove

²⁹ Vd. G. De Vergottini, *Diritto costituzionale*, II ediz., Padova, 2000, p. 302.

³⁰ Molti Autori noti, tra i quali G. De Vergottini, in *Diritto costituzionale*, cit., p. 303 e ss., hanno constatato che tale disciplina, le cui linee guida sono tracciate dal testo costituzionale, non prevede una sistematica definizione delle situazioni soggettive riguardanti i singoli ed i gruppi sociali; in altre parole, non si riscontra un ordine riguardo alle disposizioni che disciplinano la materia, dal momento che esse piuttosto che presentarsi organizzate in un'unica parte (la prima, ossia quella specificatamente dedicata ai “*Diritti e Doveri dei cittadini*”) della Carta costituzionale, appaiono collocate in maniera disordinata. Nel medesimo testo, infatti, è possibile rinvenirle anche nell'ambito dei “*Principi fondamentali*”, nonché nelle disposizioni della Parte Seconda, riguardante la pubblica amministrazione, la magistratura, la giurisdizione costituzionale. Inoltre, è possibile rilevare, sempre secondo l'Autore, la presenza di altri aspetti controversi sotto da questo punto di vista: tra i quali ad esempio, la presenza di disposizioni che prevedono la tutela di situazioni giuridiche riconducibili in alcuni casi “*all'uomo*” in generale (si pensi, ad esempio, ad alcuni articoli come l'art. 32, in tema di tutela della salute, in cui il diritto è attribuito a *tutti*, e quindi non solo ai *cittadini*), e ad altri “*al cittadino*” (ad esempio, l'art. 4 in tema di diritto al lavoro, l'art. 16 in tema di diritto di circolazione ed espatrio, l'art. 17- 18 in tema di diritto di riunione ed associazione, senza specificarne in concreto le differenze); la presenza di diritti ma anche di doveri (ad esempio, l'art. 4, il quale stabilisce al contempo il diritto al lavoro, ma anche il dovere di svolgere un'attività socialmente utile); la convivenza di *diritti* ed *obblighi* (ad esempio, l'art. 33, c. 4, ove si tratta dei diritti e degli obblighi delle scuole statali); l'uso promiscuo del termine “*libertà*” e del termine “*diritto*”(ad esempio, “*libertà personale*”, “*libertà della corrispondenza*”, ma anche “*diritto di riunirsi*” o “*diritto di associarsi*”); la menzione di *diritti* ma anche di *interessi legittimi* (art. 24 – 113).

³¹ Non a caso diversi Autori, tra i quali A. Corasanti, in *Note in tema di diritti fondamentali*, in *Dir. e soc.*, 1990, p. 189 e ss., con riferimento alle norme costituzionali che disciplinano i diritti inviolabili, hanno parlato di “*norma dotate di forza super costituzionale*”.

posizioni soggettive che lo sviluppo dei rapporti sociali e culturali riconosce come meritevoli di garanzia di livello costituzionale, a condizione che queste siano raccordabili ai diritti fondamentali espressamente sanciti nella Carta costituzionale³².

Dunque, punto di partenza della materia è, l'art. 2 della Costituzione, il quale, sancendo solennemente che: *“la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo”*³³, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua *personalità*”, dimostra come il fulcro della disciplina costituzionale sia l'uomo, cui vengono riconosciuti e garantiti quei diritti che la stessa Costituzione definisce come *“inviolabili”*, ossia inattaccabili innanzitutto da parte dello Stato, così sancendo in modo assoluto il principio per cui *“la persona umana gode di una supremazia rispetto allo Stato”*³⁴. La norma, in altre parole, *“trascrivendo nel linguaggio giuridico il principio personalista”*³⁵, pone al vertice dei valori riconosciuti dall'ordinamento giuridico la persona umana, intendendo in tal maniera *“valorizzare la persona umana come tale, o più precisamente la persona umana come diversa ed originaria rispetto allo Stato”*³⁶.

³² Vd. P. Caretti, U. De Siervo, *Istituzioni di diritto pubblico*, V ediz., Torino, 2001, p. 435 e ss.

³³ L'espressione utilizzata dalla norma ove dichiara che *“la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili...”* vuole far presumere la preesistenza di diritti inviolabili al diritto positivo, dal momento che essi non sono creati dal Costituente, ma riconosciuti e solo successivamente garantiti.

³⁴ Cfr. G. Barone, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena*, cit., p. 24.

³⁵ Vd. G. Falcon, *Lineamenti di diritto pubblico*, X ediz., Padova, 2006, p. 514.

³⁶ Cfr. G. Falcon, *Lineamenti di diritto pubblico*, cit., p. 514. Tale interpretazione, secondo lo stesso Autore, viene confortata dal disposto previsto all'art. 2 Cost, ove attraverso le parole: *“la Repubblica riconosce e garantisce ...”*, è possibile evincere il vero intento del costituente, il quale ha voluto mettere in chiaro la condizione di priorità della persona rispetto allo Stato e, contemporaneamente, la strumentalità dello Stato allo sviluppo della persona.

La formula mira a recepire un principio di altissimo livello morale che si riannoda alla più nobile tradizione del rispetto dell'essere umano, riconducibile alla “intera e complessiva sfera giuridica individuale”³⁷ (tralasciando, solo in un primo momento, l'aspetto riguardante la rilevanza delle formazioni sociali). Non a caso, la Costituzione si impegna a garantire, in modo unitario e completo, la sfera complessiva delle libertà individuali, dal momento che l'uomo, in quanto soggetto unitario, congiuntamente alla sua personalità, è inscindibilmente ancorato al suo bisogno di libertà quale aspirazione ed esigenza innata ed insopprimibile.

Per tale ragione diviene essenziale riconoscere un principio (c.d. personalista) che implichi l'esistenza di una sfera individuale «intoccabile» da parte dei pubblici poteri, sia pure per il perseguimento di fini di pubblico interesse o, più genericamente, di obiettivi ritenuti meritevoli di tutela dalla maggioranza sociale (con l'eccezione dei limiti espressamente previsti per essi dalla Costituzione). Così facendo, si garantisce un margine di inviolabilità al nucleo essenziale minimo dei diritti appartenenti alla persona umana che, in quanto tali, non possono essere adoperati esclusivamente quale mezzo per conseguire altri fini sociali, dal momento che la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana³⁸.

³⁷ Vd. G. De Vergottini, *Diritti costituzionale*, cit., p. 315.

³⁸ L. Mazzetti, *Manuale breve di diritto costituzionale*, Milano, 2008, p. 81.

La norma prevista all'art. 2 Cost., inoltre, come già accennato in precedenza, non si limita ad individuare la persona nella sua dimensione individuale, ma evidenzia anche il ruolo fondamentale giocato dalla dimensione sociale. La Costituzione, infatti, collocando al centro della norma l'uomo, ovvero la *persona*, non tralascia di far menzione delle formazioni sociali³⁹ — ossia “*le formazioni spontanee che nascono dal raggrupparsi dei singoli in seno allo Stato*”⁴⁰, quali la famiglia, le associazioni, i partiti, i sindacati e, più in generale, tutte le comunità intermedie — attraverso le quali la Costituzione affianca al principio personalista (in base al quale esiste una sfera della personalità fisica e morale di ogni uomo che non può essere lesa da alcuno) il “*principio pluralista*”, che tutela l'uomo nelle relazioni sociali (la c.d. tutela *homme situé*)⁴¹.

Le *formazioni* sociali così delineate, dunque, assolvono ad una duplice essenziale funzione: da una parte, la loro presenza condiziona il singolo, obbligandolo a rispettare i doveri di solidarietà politica, economica e sociale, menzionati dallo stesso art. 2

³⁹ Se si volesse ricercare una definizione specifica valevole per le formazioni sociali, si potrebbero richiamare gli Autori P. Barile, E. Cheli, S. Grossi, in *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 338, ove essi dichiarano che il concetto di *formazione sociale* deve essere riferito a tutte le formazioni che si formano spontaneamente nella comunità e che possono avere base territoriale o meno, possono avere obbiettivi economici o meno e possono essere a carattere volontario o a carattere economico.

⁴⁰ Cfr. P. Barile, E. Cheli, S. Grossi, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 337.

⁴¹ Vd. A. Barbera, C. Fusaro, *Corso di diritto pubblico*, cit., p. 125. Gli Autori hanno voluto chiarire come, in realtà, questa accezione del principio pluralista non costituisce che uno dei significati che la norma, prevista all'art. 2 Cost., vuole attribuirgli, da intendersi nel senso che lo Stato garantisce i diritti del singolo anche all'interno delle formazioni sociali: vi è, infatti, un altro più profondo significato inteso dalla norma, che attribuisce al suddetto principio lo scopo di garantire i diritti delle *comunità intermedie* verso lo Stato.

Cost.⁴², dall'altra parte, le stesse formazioni rappresentano un elemento essenziale per lo sviluppo della personalità dell'individuo⁴³, dal momento che esse costituiscono il necessario ambiente (caratterizzato dalla presenza di un fitto reticolo di rapporti sociali) in cui possono maturare le condizioni di sviluppo della sua personalità⁴⁴.

E' proprio in funzione di questo scopo che la Costituzione stabilisce che la Repubblica richiede quell'"*adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*" che l'appartenenza alla comunità comporta (art. 2 Cost.) e che rimanda al principio solidarista, il quale impone ai cittadini, non solo, di rispettare i diritti e le libertà altrui, ma anche, e soprattutto, di attuare e difendere i valori supremi del sistema, anche attraverso la partecipazione attiva alla vita politica, economica e sociale.

E' da tale principio che scaturiscono, quindi, una serie di doveri a vantaggio della comunità cui il singolo non può sottrarsi e che la Costituzione definisce come "*inderogabili*" ed "*irrinunciabili*", dal momento che l'individuo non può sottrarsi dal compito di dare ad essi soddisfazione, né lo Stato, d'altra parte, può cancellarli attraverso le sue leggi, esonerando, così, l'uomo dal loro adempimento.

⁴² Questa affermazione trova un fondamento nella Corte costituzionale, la quale, nella sentenza n. 77 del 1983 ha sostenuto che *le esigenze di solidarietà sociale prevalgono su ogni altra esigenza di carattere personalistico*.

⁴³ Vd. P. Barile, E. Cheli, S. Grossi, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 337- 338.

⁴⁴ Ciò spiega perché la Costituzione riconosca alle formazioni sociali un ruolo essenziale nella crescita dell'individuo, proteggendole da indebite interferenze da parte dei pubblici poteri e rendendole destinatarie degli stessi diritti dell'individuo; inoltre, al fine di scongiurare il pericolo di prevaricazioni attuate dalle formazioni sociali a danno dei singoli membri, lo Stato garantisce i diritti del singolo non solo verso se stesso ma anche all'interno delle formazioni sociali.

I doveri inderogabili, quindi, al pari dei diritti inviolabili, , “sono sottratti alle decisioni del legislatore ordinario e sono destinati a coesistere nell’ordinamento in un rapporto di reciproco bilanciamento, influenza e limitazione”⁴⁵. Infatti, dalla richiesta di adempimento dei doveri, basata sul principio di solidarietà — il quale impone la soddisfazione di esigenze, che fanno capo agli stessi membri della collettività e che, dunque, in nessun caso fanno capo allo Stato — consegue che diritti e doveri si bilanciano e si limitano, dato che la Repubblica (attraverso l’art. 2 Cost.) ha scelto di elevare a suo principio caratterizzante la solidarietà tra i componenti della società, per cui ognuno deve farsi carico di una parte dei bisogni degli altri, accettando una limitazione della propria sfera di diritti anche fondamentali⁴⁶.

Infine, occorre constatare come, per quanto la rilevanza dei doveri inderogabili risulti testimoniato dal nesso che l’art. 2 Cost. stabilisce tra il l’adempimento dei doveri e la soddisfazione delle esigenze di solidarietà, un altro dato evidente mostra come lo spazio che la Costituzione dedica ai doveri di solidarietà risulti fortemente limitata rispetto all’ampia e dettagliata elencazione dei diritti di libertà previsti dalla stessa. Allo stesso modo, non sembra possibile individuare se vi siano (ed in tal caso quali

⁴⁵ Cfr. G. Barone, *Diritti, doveri, solidarietà, con uno sguardo all’Europa*, in Riv. it. dir. pubbl. com., anno XIV, fasc. 6, Milano, 2004, p. 1244.

⁴⁶ Vd. G. Barone, *Diritti, doveri, solidarietà, con uno sguardo all’Europa*, in Riv. it. dir. pubbl. com., cit., p. 1244 e ss.

dovrebbero essere) gli strumenti posti a disposizione della Repubblica per assicurare il rispetto di tali doveri.

In merito a questo argomento, si potrebbero accogliere le teorie secondo le quali i doveri inderogabili dovrebbero essere fatti rientrare nel catalogo aperto dei diritti inviolabili previsto all'art. 2 Cost.: secondo queste tesi, i doveri, così come i diritti non espressamente previsti nella Costituzione ed emersi man mano attraverso lo sviluppo sociale e culturale della comunità, potrebbero essere considerati altrettanto importanti perché inviolabili e inderogabili e, dunque, meritevoli anch'essi della stessa tutela costituzionale espressamente prevista per la categoria dei diritti inviolabili.

In ogni caso, la conclusione che sembra più corretta è quella secondo la quale i doveri inderogabili, per quanto importanti e nonostante il rilievo che viene dato loro, non hanno la stessa rilevanza che si attribuisce ai diritti inviolabili.

Il tema inerente il principio solidarista, unitamente a quello dei doveri, rappresenta l'ultimo aspetto riguardante le linee guida della norma generale prevista all'art. 2 Cost., il quale partecipano a garantire un funzionamento effettivo del sistema costituzionale atto a garantire la tutela e i diritti in questione.

Paragrafo III. Segue. I diritti fondamentali nella Costituzione italiana.

L'interpretazione dell'articolo 2 come catalogo aperto. I nuovi diritti.

Diversamente da altre costituzioni le quali prevedono una concreta e specifica elencazione dei diritti fondamentali dell'uomo, alla quale si trova, immediatamente ricollegata, la previsione di precise conseguenze giuridiche valide per le eventuali violazioni, la Costituzione italiana impone alla Repubblica di riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo, senza, tuttavia, precisare quali essi siano in concreto⁴⁷ e, soprattutto, senza apparentemente individuare alcuna conseguenza giuridica di un'ipotetica violazione degli stessi⁴⁸.

Questo aspetto caratteristico è riconducibile all'interpretazione, ormai comunemente accolta, che si attribuisce alla norma in questione: essa deve, infatti, essere intesa come un "catalogo aperto di diritti", ossia come *“una formula in bianco che consente di importare nel sistema dei diritti tutelati dalla nostra Costituzione, tutti quegli interessi che l'evoluzione della coscienza sociale porta ad accreditare”*⁴⁹. In conformità a questa definizione, la norma prevista all'art. 2 Cost. viene ritenuta idonea a garantire la tutela costituzionale non soltanto per quei diritti espressamente previsti nel testo costituzionale ma anche per quelli non specificatamente riconosciuti da norme

⁴⁷ Infatti, l'art. 2 Cost., che costituisce la norma generale di riferimento riguardo alla disciplina dei diritti umani, si limita ad un riconoscimento generale degli stessi, rimandando, poi, agli articoli seguenti l'individuazione dei singoli diritti e delle garanzie previste per essi.

⁴⁸ Vd. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali, Lezioni*, parte generale, II ediz., Padova, 1990, p. 1.

⁴⁹ Cfr. R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2007, p. 470.

costituzionali, ritenuti dalla coscienza sociale come meritevoli di tutela costituzionale perché fortemente attinenti alla persona umana, alla sua dignità ed alle ragioni profonde della sua esistenza, in sintonia con esigenze e interessi validi con riferimento ad una determinata società in un dato momento storico⁵⁰.

In passato, questo aspetto caratterizzante della norma sancita all'art. 2 della Carta costituzionale italiana, ha indubbiamente generato molteplici problemi interpretativi ed accesi dibattiti⁵¹, i quali sembrano ormai essere risolti.

Uno dei primi e più significativi interventi che si sono mostrati palesemente a favore di un'interpretazione della norma intesa come “norma aperta” è stata quella di Barbera, il quale ha sostenuto che: “... oggi vi è un grande bisogno di rifuggire da schemi chiusi e norme eccessivamente e vanamente analitiche... attraverso la rivalutazione delle clausole generali e delle norme di principio... si tende a creare un diritto più aderente ad una realtà in rapida trasformazione”⁵².

Inoltre, a rafforzare queste convinzioni è intervenuta la stessa Corte costituzionale, la quale — dopo un primo momento in cui la stessa si era orientata a favore dell'esistenza di una “lista chiusa” dei diritti inviolabili nella Costituzione (per cui i diritti garantiti all'interno dell'ordinamento italiano dovevano essere esclusivamente

⁵⁰ Vd. G. Barone, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena*, cit., p. 45 e ss.

⁵¹ Si discusse a lungo, infatti, sul modo più corretto di interpretare la norma di riferimento: essa poteva essere considerata come una “norma di chiusura”, ossia riassuntiva di tutti i diritti fondamentali espressamente previsti nella Costituzione ovvero come “norma di apertura” ad altre libertà e ad altri valori personali non espressamente citati nel testo costituzionale.

⁵² Cfr. A. Barbera, *Commentario della Costituzione, Art. 2*, a cura di G. Branca, Bologna–Roma, 1979, p. 91- 92.

quelli espressamente indicati nella successive disposizioni costituzionali — ha manifestato un orientamento marcatamente estensivo con riferimento al tema in questione: essa, infatti, ha fatto rientrare, in più di un caso, alcuni diritti non scritti nel regime di tutela previsto testo costituzionale per i diritti umani, basandosi esclusivamente sulla norma prevista all'art. 2 Cost., senza altri collegamenti con altre norme del testo costituzionale⁵³. Ciò ha permesso alla Corte costituzionale di ritenere costituzionalmente protetti alcuni “nuovi diritti”, come il *diritto alla vita* (sent. 223/1996), il *diritto alla libertà sessuale* (sent. 561/1987), il *diritto all'identità personale* (sent. 13/1994) etc., desumibili dalla presenza di evidenti collegamenti con quanto previsto in Costituzione.

Infatti, l'accoglimento dell'interpretazione della norma prevista all'art. 2 come “aperta” è ammissibile solamente nella misura in cui, sia possibile, ricercare ed individuare dei collegamenti tra i c.d. “nuovi interessi” ed i diritti previsti espressamente nella stessa Costituzione. In tal maniera, dunque, diviene possibile creare un canale per ampliare l'ambito dei nuovi interessi da tutelare, sfruttando al massimo tutte le potenzialità interpretative offerte dalle singole norme costituzionali, cosa che sembra essere suggerita dallo stesso art. 2 Cost⁵⁴.

⁵³ Vd. . De Vergottini, *Diritto costituzionale*, cit., p. 302.

⁵⁴ Vd. C. Rossano, *Manuale di diritto pubblico*, Napoli, 2006, p. 16 e ss. Molti dei c.d. nuovi diritti, infatti, i quali potrebbero essere considerati nuovi rispetto al testo della Carta costituzionale, in realtà, non sono estranei al comune sentire o all'interno di altri contesto normativi.

Un esempio calzante, riguardo l'argomento in esame, è dato dal diritto alla vita, il quale, pur non essendo espressamente previsto all'interno del testo costituzionale, rientra indiscutibilmente nel sistema di garanzie previsto dall'art. 2 Cost.: l'appartenenza di esso alla categoria dei diritti fondamentali è deducibile, infatti, da tutte le norme costituzionali che tutelano l'integrità fisica e psichica della persona (artt. 13 e 32 Cost.) e che vietano la pena di morte (art. 27 Cost.).

Tra i nuovi diritti vi è anche il diritto all'aborto, ritenuto "*fondamentale*" — come si vedrà più approfonditamente nel corso della dissertazione — solo se messo in relazione con un altro diritto inviolabile che, all'interno della Carta costituzionale, riveste un ruolo di primaria importanza, ossia il diritto alla salute (art. 32 Cost.).

Alla luce delle considerazioni appena svolte è possibile comprendere il ruolo di fondamentale importanza attribuito all'art. 2 Cost., il quale si rivela idoneo a garantire una tutela costituzionale anche ai diritti non specificatamente riconosciuti da norme costituzionali.

Nonostante ciò, non si può negare che il suddetto modo di intendere la norma in questione possa, al contempo, aprire la strada ad alcune obiezioni.

Tra le critiche di maggior rilievo rivolte alla suddetta interpretazione della norma vi è quella che va a sostegno della tesi per cui l'accoglimento di un'interpretazione eccessivamente estensiva dell'art. 2 Cost. (la quale determinerebbe l'ampliamento

della categoria dei diritti inviolabili tutelati dalla Costituzione), pur con l'intento di allargare il novero dei diritti fondamentali, tenderebbe, piuttosto, ad accostarsi al risultato opposto, ossia quello di restringere l'ambito di godimento degli stessi; ciò, infatti, costringerebbe i diritti di libertà (espressamente previsti dalla Costituzione) a bilanciarsi con i nuovi interessi, tutti potenzialmente concorrenti, incrementando la possibilità di generare delle insanabili antinomie con altre norme costituzionali⁵⁵.

Inoltre, i diritti e le libertà costituzionali, essendo espressi sotto forma di principi, sono dotati di un elevato grado di genericità, essendo affermati in modo assoluto, ossia senza gerarchie o precedenze: proprio per tale ragione, i principi non collidono mai, non sono mai incompatibili in linea teorica, anche se i conflitti tra essi si verificano sistematicamente nell'applicazione concreta, aumentando in modo proporzionale all'aumento dei “*nuovi diritti*” di volta in volta individuati⁵⁶.

Infine, non si deve dimenticare che il riconoscimento di ogni nuovo diritto all'interno della categoria dei diritti fondamentali porterebbe automaticamente all'imposizione di un corrispondente obbligo a carico di qualcuno; ciò genererebbe immancabilmente una situazione viziata, dal momento che, in tal maniera, ci si discosterebbe dal giusto intento di creare un sistema normativo incentrato sulla piena tutela dei diritti dell'individuo che sia anche corrispondente alle necessità che l'evoluzione storica

⁵⁵ Vd. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni*, cit., p. 4-5.

⁵⁶ Vd. R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto pubblico*, Torino, 2007, p. 403.

delle società, inevitabilmente pone, per delineare un contesto caratterizzato dalla nascita di una illimitata serie di obblighi a carico dei consociati e dei pubblici poteri, rischiando anche, in tal maniera, di precludere l'intervento del legislatore nella disciplina dei nuovi interessi emergenti nella società. Tale rischio, in ogni caso, è fortemente limitato, come lo stesso Pace ha fatto notare; le ipotesi di "diritti" non previsti nella Costituzione, infatti, sono più limitate di quel che può sembrare in un primo momento, sia perché tali ipotesi, nella maggior parte dei casi, rientrano nelle fattispecie normative concernenti diritti espressamente riconosciuti nella stessa Costituzione, sia perché — come già precedentemente dimostrato — spesso un eventuale riconoscimento di altri e nuovi diritti potrebbe generare dei contrasti con le norme costituzionali.

Sulla base delle riflessioni appena esposte, è possibile asserire che oggi si ritiene accolta la teoria che intende la norma dell'art. 2 Cost. come norma aperta, la quale consente di ampliare il catalogo dei diritti di libertà contenuti nelle singole disposizioni costituzionali. Tale apertura, tuttavia, non deve essere intesa come elemento in grado di legittimare il libero ed automatico accesso alle garanzie costituzionali di ogni e qualunque interesse sociale, per quanto rilevante esso sia, dal momento che tale meccanismo, piuttosto che porsi come elemento integrativo del sistema di tutela

costituzionale, potrebbe, al contrario, indebolirne l'efficacia⁵⁷. E' evidente, infatti, che un accesso indiscriminato degli interessi alle garanzie costituzionali, oltre al rischio di introdurre elementi di contraddittorietà nel disegno costituzionale (visto che, come già accennato in precedenza, ad ogni nuovo diritto corrisponde una limitazioni di altre situazioni soggettive), farebbe venir meno l'identità specifica che, in tal disegno, hanno i diritti di libertà stessi⁵⁸.

⁵⁷ Vd. A. Pace, *La variegata struttura dei diritti costituzionali*, in *Convivenze nella libertà* (scritti in onore di G. Abbamonte, Napoli, 1999, p. 1075 e ss.

⁵⁸ Vd. P. Caretti, U. De Siervo, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 435.

Paragrafo IV. Lesioni e limitazioni dei diritti fondamentali.

Un ulteriore fondamentale aspetto relativo al tema dei diritti fondamentali riguarda le modalità attraverso le quali l'ordinamento disciplina le ipotesi in cui un qualsiasi diritto fondamentale, previsto dalla Costituzione, venga illegittimamente limitato o leso.

Com'è noto, le regole che disciplinano la materia in questione sono riconducibili alla disciplina del danno alla persona, la quale ha subito dei profondi cambiamenti nel corso degli ultimi trent'anni: infatti, i principi che, tutt'oggi, disciplinano la materia in questione rimandano alle norme previste dal codice civile, il quale stabilisce una responsabilità civile di chi abbia commesso un fatto illecito cagionando un danno a terzi; danno che può essere distinto, secondo il sistema del c.d. "doppio binario", in danno di natura *patrimoniale*, che si concretizza nella lesione di interessi economici, e danno *non patrimoniale*, che consiste nella lesione di interessi della persona non connotati da rilevanza economica⁵⁹.

Le norme che disciplinano il tema del risarcimento del danno sono previste agli art. 2043 e art. 2059 cod. civ., per cui se da un lato l'art. 2043 cod. civ., stabilendo che *"qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un fatto ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno"*, garantisce un effettivo

⁵⁹ Vd. A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, XVIII ediz., Milano, 2007, p. 829 e ss.

risarcimento del danno di carattere patrimoniale; dall'altro lato, è facilmente constatabile come l'art. 2059, il quale stabilisce, invece, che “*il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge*”, non assicura la medesima garanzia di risarcimento al danno non patrimoniale, il quale, in base a quanto stabilito dalla norma stessa, necessiterebbe di una espressa previsione di legge affinché venga garantita una qualche forma di risarcimento⁶⁰.

Tuttavia occorre considerare che le norme che disciplinano il tema del risarcimento del danno, previste agli art. 2043 e art. 2059 cod. civ., che rappresentano i pilastri portanti del sistema giuridico italiano in tema di risarcimento del danno, così interpretate — e ciò è molto evidente — possono risultare cedevoli una volta “*traslate*” all'interno del contesto dei diritti umani, ed impiegate al fine di disciplinare e dunque garantire loro una qualche forma di tutela in caso di lesione o limitazione degli stessi.

Una soluzione a questa palese “lacuna” o “insufficienza”, non è ravvisabile neanche spostandosi nell'ambito giuridico penalistico, all'interno del quale vige la norma, prevista all'art. 185 cod. pen., che, ancora una volta, limita la possibilità effettiva di un risarcimento del danno esclusivamente nel caso di fatti illeciti che costituiscano reato secondo le leggi vigenti, senza, per di più, far alcuna differenza tra danni di carattere

⁶⁰ Ciò andrebbe in contrasto con l'impostazione della nostra Costituzione, dal momento che, prevedendo essa un catalogo aperto dei diritti inviolabili, lascerebbe sguarniti di tutela tutti quei diritti non espressamente previsti nel testo costituzionale.

patrimoniale e non, restringendo drasticamente la tutela effettiva riconosciuta ai diritti di cui ci occupiamo, i quali vengono così garantiti solo se riconducibili ad ipotesi che costituiscono reato secondo le nostre leggi penali.

Queste prime considerazioni, chiariscono, rendendo più che evidente, la serietà del problema, resa ancor più complessa dal fatto che nella maggior parte dei casi, i danni in materia di diritti umani non sono di natura patrimoniale, e pertanto se, in caso di lesione di uno o più di tali diritti, si dovesse far riferimento esclusivamente alle norme sopra citate per l'eventuale risarcimento — secondo l'interpretazione che originariamente ad esse veniva data — i diritti in questione rimarrebbero indubbiamente sguarniti di una tutela effettiva, eccezion fatta per i casi in cui almeno parte dei danni causati possono essere risarciti, avendo un contenuto patrimoniale, ovvero, siano stati lesi attraverso un fatto lesivo che, secondo la normativa italiana, costituisca reato.

L'aspetto più problematico in tema di risarcimento attiene, dunque, alla sfera del danno non patrimoniale, dal momento che è proprio con riferimento ad esso che emergono le principali difficoltà.

Fino agli anni settanta, infatti, aveva prevalso il principio della “irrisarcibilità dei danni non patrimoniali” — ispirato alla tradizionale concezione del diritto privato come ordinamento posto esclusivamente a tutela degli interessi economici — per cui gli

interessi non economici erano ritenuti giuridicamente irrilevanti⁶¹. Secondo questa impostazione, il danno alla persona acquisiva rilevanza giuridica solo con riferimento a ciò che potesse essere economicamente valutabile, dal momento che il risarcimento veniva inteso come un'obbligazione riferibile esclusivamente al mondo delle cose suscettibili di una conversione in denaro. Per tale ragione, l'utilizzo che si poteva fare del sistema risarcitorio così strutturato era fortemente limitato⁶².

Questa concezione tipica del diritto privato, come già accennato, ha progressivamente subito dei significativi cambiamenti promossi da dottrina e giurisprudenza, al fine di cercare di dare un ordine concreto alla materia, in modo da stabilire delle linee guida che consentissero di fissare alcuni punti fermi riguardo al tema del danno non patrimoniale, senza mai riuscire in modo definitivo; ciò è provato, per altro, dai continui cambiamenti interpretativi, che ancora oggi non permettono di aver certezza nemmeno con riguardo alle tipologie di danno che appartengono alla categoria del danno non patrimoniale, se ancora di categorie si può parlare.

Tali cambiamenti sono stati ampiamente sostenuti dall'emergere di una nuova coscienza sociale, ispirata dall'esigenza di assicurare una maggiore e più intensa tutela

⁶¹ I soli danni non patrimoniali riconosciuti come rilevanti erano quelli derivanti da reato, dal momento che la norma penale tutela valori sociali di rilevanza pubblica, la cui violazione esige la completa riparazione del danno alla vittima, sia esso sia esso economico o non economico.

⁶² Questo sistema risarcitorio, infatti, poteva essere impiegato esclusivamente con riferimento alla sfera del lavoratore, ove veniva utilizzato al fine di garantire una tutela, in termini di risarcibilità, attraverso il riconoscimento di un risarcimento, ex art. 2043, per le spese medico-sanitarie a titolo di danno emergente, per assenza forzata dal posto di lavoro durante la degenza, oltre che per la limitazione della capacità lavorativa generica e di quella specifica come lucro cessante.

alla persona, a favore della quale furono riconosciuti degli ulteriori rilenti aspetti meritevoli di tutela — riguardanti anche ambiti distinti da quello lavorativo — non più caratterizzati da un contenuto di carattere economico: sono questi i presupposti ai quali dottrina e giurisprudenza fecero riferimento per delineare le c. d. “nuove figure di danno”, il cui scopo era quello di attribuire tutela e rilevanza risarcitoria ad aspetti della persona per i quali si avvertiva l’esigenza di un riconoscimento pieno da parte dell’ordinamento⁶³.

Questa svolta in materia di danno aveva introdotto dei profondi cambiamenti soprattutto con riferimento al tema dei diritti fondamentali; infatti, rompendo ogni linea di continuità con il precedente assetto normativo — il quale lasciava sguarniti di una tutela effettiva i diritti umani — aveva riconosciuto la risarcibilità dei danni personali, i quali si prestavano ad essere intesi come espressione di quel generale principio della tutela della persona umana, solennemente affermato agli artt. 2 e 3 Cost.

⁶³ Fino a quel momento, infatti, la tematica del danno non patrimoniale non poteva essere riferito ad un unico elemento definibile genericamente come “*qualsiasi danno da lesione di valori inerenti la persona*”, visto che alla categoria in questione erano ascrivibili alcune distinte figure o sottocategorie, a ciascuna delle quali era riconducibile un particolare aspetto del danno alla persona (di carattere non patrimoniale o non esclusivamente patrimoniale), e per le quali, di conseguenza sussistevano regole diverse per definire un giusto risarcimento.

Paragrafo V. Segue. Lesioni e limitazioni dei diritti fondamentali. Le diverse forme di danno alla persona.

Il percorso evolutivo sul tema del danno alla persona a carattere non patrimoniale è stato scandito da alcune tappe fondamentali: il primo momento ha riguardato il riconoscimento del *danno biologico*, da intendersi come “*la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito*”⁶⁴.

Si giunge a questa definizione dopo un lungo percorso giurisprudenziale e dottrinario necessario per la definizione del suo contenuto e della categoria di appartenenza⁶⁵. Nel volgere di pochi anni, infatti, sia la Corte di Cassazione che la Corte costituzionale, superando il loro originario orientamento negativo con riferimento alla figura del

⁶⁴ Tale accezione è quella formulata in via sperimentale, ai fini della tutela dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (art. 13 del d. lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, riproposta dall'art. 5, comma 3, legge n. 57 del 5 marzo 2001, n. 57. Come constatato dall'Autore Spera, in D. Spera, *La quantificazione del danno biologico e la legge 5 marzo 2001, n. 57*, in *Giudice di pace*, 2002., p. 159, dopo circa vent'anni, durante i quali il legislatore era rimasto completamente assente, avendo lasciato al c.d. “diritto vivente” il compito di regolamentare la disciplina e le modalità di liquidazione del danno biologico, nonché di quello patrimoniale e morale, era intervenuto con la legge n. 57 per disciplinare il risarcimento del danno biologico che, quindi, da “diritto vivente” è ormai diventato diritto positivo.

⁶⁵ Una delle prime sentenze che ha fatto espresso riferimento alla figura del danno biologico è stata quella del Tribunale di Genova del 25/05/1974, attraverso la quale sono state delineate le caratteristiche principali del danno biologico: *in primis*, “l'autonomia rispetto alle conseguenze patrimoniali della lesione” ed, in conseguenza, il principio per il quale “tale pregiudizio, essendo indipendente dalla capacità reddituale del danneggiato, prevede un risarcimento che si uguale ed uniforme per tutte le persone. Inoltre, per garantire a pieno l'applicabilità delle regole valevoli per il risarcimento, si è ricorso alla giustificazione giuridica prevista dall'art. 2043 c.c., dal momento che esso, stabilendo la risarcibilità di tutti i danni (indipendentemente dalla loro natura patrimoniale e non) che abbiano il carattere dell'ingiustizia, ha consentito il ricorso al risarcimento in tutti i casi in cui venga posto in essere un evento che, all'interno dell'ordinamento, sia in contrasto con la norma che tuteli il diritto alla salute (ossia l'art. 32 Cost.).

danno in questione, gli hanno riconosciuto, una volta per tutte, rilevanza giuridica e dignità risarcitoria.

In particolare, grazie alla sentenza della Corte costituzionale n. 184/86, il danno biologico è stato ufficialmente riconosciuto all'interno del nostro ordinamento giuridico; la Corte, infatti, avendo individuato un collegamento tra l'art. 2043 c.c. e l'art. 32 Cost. in virtù del quale le menomazioni ascrivibili al danno in questione dovevano essere risarcite autonomamente sulla base del riconoscimento del bene salute come diritto primario ed assoluto⁶⁶, tutelato ai sensi dell'art. 32 Cost. e pienamente operante anche nei rapporti interprivatistici⁶⁷.

Pertanto, in questa circostanza, la Corte costituzionale era giunta alla conclusione che *“il fatto illecito che lede il diritto alla salute del danneggiato, viola l'art. 32 della Costituzione ed integra così un'ipotesi di danno ingiusto, che in quanto tale deve essere risarcito”*, fermo restando che *“l'integrità psico-fisica è un autentico diritto fondamentale dell'individuo che non presuppone alcun particolare rapporto come*

⁶⁶ Vd. A. D'Adda, *I nuovi assetti del danno alla persona: dal danno biologico al danno alla esistenza*, in Resp. civ. e prev., 2002, p. 341 e ss. La sentenza ha consentito il coordinamento tra le regole di responsabilità civile e l'art. 32 Cost., posto a presidio del diritto alla salute, il quale consente di ritenere risarcibile il danno alla persona che si concreti in una patologia suscettibile di accertamento medico-legale.

⁶⁷ Vd. Corte di Cassazione, sentenza n. 3675 del 06/06/1981. E' emblematica, con riferimento al tema, la sentenza del Tribunale di Padova del 05/07/2000, la quale ha ad oggetto il caso di un cittadino austriaco che patisce una lesione in Italia a seguito di incidente stradale, e che, in via risarcitoria, chiede che gli venga riconosciuta anche la posta di danno derivante dalla lesione al bene salute. Il giudice padovano nega la riconduzione della tutela risarcitoria del danno biologico al novero dei diritti civili inviolabili dell'uomo, costituzionalmente protetti dall'art. 2 Cost., sulla base del fatto che il diritto alla salute *“rientra nell'ambito dei rapporti etico-sociali in funzione di prestazioni sociali da erogare ai cittadini, anche se vi è un esplicito riferimento al carattere assoluto del diritto tutelato. La conclusione a cui perviene la sentenza non appare per nulla condivisibile, in quanto “è proprio l'art. 32 Cost. a farsi carico di attribuire alla salute valenza di diritto fondamentale dell'individuo”*. Sul tema si rimanda a G. Campeis, A. De Pauli, *La copertura costituzionale del danno biologico è limitata al solo aspetto statico del danno alla salute*, in Nuova giur. civ., I, 2001, p. 663 e ss.

causa generatrice e dalla cui lesione⁶⁸ scaturisce il diritto al risarcimento dei danni⁶⁹.

Questo nuovo orientamento ha consentito di fissare il principio per cui il risarcimento del danno alla salute deve essere ricondotto alla norma prevista all'art. 2043 c.c.⁷⁰, intesa come "clausola aperta", in virtù della considerazione che l'aggettivo "ingiusto" in essa presente⁷¹ si riferisce anche ai danni a carattere non patrimoniale (come quello di cui all'art. 32 Cost.).

In conclusione, è stata ampiamente accolta la qualificazione giuridica della figura di danno biologico, intesa come ogni forma di menomazioni dell'integrità psico-fisica che incide direttamente sul *valore uomo* nella sua dimensione concreta e che non può identificarsi nella sola attitudine a produrre ricchezza⁷², trattandosi, in concreto, della

⁶⁸ L'unico imperativo necessario per il riconoscimento del risarcimento in caso di lesione all'integrità psico-fisica dell'individuo è l'accertamento medico-legale. Con riferimento a questo aspetto, determinante è stato il decalogo della SIMLA (Società italiana di Medicina legale e delle assicurazioni) approvato nel dicembre del 2001, i cui obbiettivi erano rappresentati dalla necessità di proporre una nozione condivisa del danno in questione, oltre che di stabilire criteri generali per la sua valutazione medico-legale ed, infine, di elaborare una nuova tabella indicativa delle percentuali di invalidità. Particolarmente rilevante è il primo punto del decalogo, il quale dà una nuova definizione del danno biologico, inteso come "*la menomazione permanente e/o temporanea all'integrità psico-fisica della persona, comprensiva degli aspetti personali dinamico-relazionali, passibile di accertamento e di valutazione medico-legale ed indipendente da ogni riferimento alla capacità di produrre reddito*". Questa definizione, infatti, secondo Comandè, in G. Comandè, *Il decalogo della SIMLA sul danno biologico* (Ferrara 2001). Il punto di vista del giurista, in *Danno e resp.*, n. 6, 2002, p. 682, "*è più assonante con la nozione di danno alla salute, comprensiva degli aspetti personali dinamico-relazionali, che con quella di danno biologico*".

⁶⁹ Cfr. M. Bessone, G. Roppo, *Giustificazione giuridica della risarcibilità del danno biologico*, in *Persona e danno*. Trattati a cura di P. Cendon, vol. I, Milano, 2004, p. 12.

⁷⁰ Uno dei primi interventi giurisprudenziali marcatamente favorevoli a sottrarre la categoria del danno biologico all'istituto della norma prevista all'art. 2059 c.c. è stato quello del Tribunale di Genova, il quale ha qualificato il danno biologico come "*danno extrapatrimoniale*" non rientrante, così, né nella categoria di danno patrimoniale né in quella di danno non patrimoniale, delineando, in tal maniera, una sorta di "terzo genere di danno" per il cui risarcimento si doveva far riferimento all'art. 2043 c.c. integrato dall'art. 32 Cost.

⁷¹ Come previsto dalla disposizione normativa, infatti "*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*".

⁷² Vd. Corte di Cassazione, sentenza n. 3675 del 06/06/1981.

“somma delle funzioni naturali (le quali hanno rilevanza biologica, sociale, culturale ed estetica) afferenti al soggetto”⁷³.

Pertanto, grazie alla progressiva valorizzazione della persona, ampiamente sostenuta dalla coscienza sociale, alla tradizionale bipartizione del danno in patrimoniale e non patrimoniale si è aggiunto un *tertium genus* di danno⁷⁴, il quale ha consentito di sottrarre, una volta per tutte, i pregiudizi di carattere non patrimoniale dai limiti dell’art. 2059 c.c.⁷⁵.

Altro fondamentale sotto-insieme della categoria del danno di natura non patrimoniale è rappresentato dalla c.d. figura di *danno morale soggettivo*, il quale attiene alle ipotesi di “sofferenza contingente con il turbamento transeunte dell’animo, con i patemi, i disagi, le ansie, il dolore, etc., determinati dall’illecito”.

Il concetto di danno morale fa riferimento all’insieme dei dolori morali ovvero all’ingiusto turbamento dello stato d’animo in conseguenza dell’offesa subita oppure,

⁷³ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 06/04/1986.. A tale sentenza hanno fatto seguito diversi interventi giurisprudenziali il cui scopo era quello di ricondurre alla categoria del danno biologico varie fattispecie di danno. Sull’argomento si rimanda a M. Bona, *Danni da morte iure successionis: La Cassazione valorizza il <<danno biologico terminale>> mentre la giurisprudenza di merito mantiene aperta la questione del <<danno da perdita di vita>>*, in Giur. it., 2004, p. 504 e ss.; G. De Falco, *Gli ermellini: danno biologico da stress. Il pregiudizio esiste ed è anche tangibile. La Corte accoglie le più recenti acquisizioni della scienza medica*, in Dir. e giust., n. 41, 2004, p. 28 e ss.; G.L. Righi, *Gli incerti confini del danno biologico nel risarcimento ai familiari della vittima*, in Resp. civ. e prev., 2003, p. 1370 e ss.; S. Marinello, *Sul danno biologico: è risarcibile quello da inabilità temporanea*, in Ragiusan, n. 235/236, sez. 4, p. 352 ess.

⁷⁴ Con riferimento all’argomento è intervenuto F.D. Busnelli, in F.D. Busnelli, *Il danno alla salute; un’esperienza italiana; un modello per l’Europa*, in Nuova giur. civ., I, 2000, p. 851, il quale ha sottolineato l’assoluta autonomia del *tertium genus* costituito dalla figura del danno biologico, a carattere areddituale, e perciò distinto sia dal danno patrimoniale che da quello non patrimoniale.

⁷⁵ Vd. A. Tomaselli, *Sul danno tanatologico: riflessioni e prospettive*, in Il diritto di famiglia e delle persone, Milano, 2008, p. 5.

ancora, al dolore fisico come condizione di sofferenza somatica non accompagnata da alterazioni di funzionalità organica.

I giudici tendono a prediligere il concetto di “*transeunte turbamento psicologico patito dal soggetto offeso*”, per il quale l’attribuzione di un ristoro in denaro viene abitualmente qualificata nei termini di *pretium doloris*. Attraverso la figura del danno in questione si mira a garantire un risarcimento per le sofferenze di carattere spirituale e psichico al fine di lasciare che il dolore di carattere più propriamente fisico venga ricondotto alla sfera del danno biologico⁷⁶, dal momento che, altrimenti, esso finirebbe per configurarsi alla stregua degli altri sintomi della lesione dell’integrità psicofisica⁷⁷.

Per completare il quadro in merito alle diverse figure di danno non patrimoniale non si può tralasciare quella riguardante il *danno esistenziale*, definibile in linea generale come la “*compromissione dell’attività realizzatrice della persona umana, la quale si viene a trovare nell’impossibilità di condurre il tipo di vita precedente al verificarsi dell’evento lesivo*”⁷⁸.

⁷⁶ Danno biologico e danno morale sono stati visti come categorie distinte fino al momento in cui è stata avanzata l’ipotesi a sostegno della “sussistenza di una lesione alla salute a fronte di qualunque tipo di sofferenza patita dal danneggiato” dato che qualunque turbamento emotivo può essere qualificato nei termini di violazione dell’integrità psico-fisica della vittima. Questa ipotesi viene comunque fortemente contestata da quanti hanno sempre sostenuto che tra le due figure sussiste una evidente differenza data dal fatto che mentre il danno biologico è un danno specifico, nel senso che esso rappresenta l’evento interno al fatto lesivo della salute, il danno morale deve, piuttosto, essere inteso come un danno-conseguenza che si verificano solo nel caso in cui la predetta menomazione si sia effettivamente verificata.

⁷⁷ Vd. P. Ziviz, *Il danno morale*, in *Persona e danno*. Trattati a cura di P. Cendon, cit. p. 267.

⁷⁸ Cfr. E. Pasquanelli, *Il danno esistenziale*, in *Persona e danno*. Trattati a cura di P. Cendon, cit., p. 256.

Il danno in questione rappresenta, senza dubbio, l'aspetto più problematico e controverso in tema di danno non patrimoniale, anche se in favore di esso si sono espressi, in passato, molti Autori noti, oltre che numerose pronunce giurisprudenziali.

Inizialmente, questa figura di danno aveva suscitato un grande interesse, essendo stato accolto dall'ambiente giuridico con grande entusiasmo⁷⁹; esso era stato posto in essere con lo scopo di garantire una qualche forma di tutela a vantaggio dei danni causati da circostanze pregiudizievoli ingiuste di natura "atipica", ossia con riferimento a tutte le ipotesi non riconducibili a pieno alle categorie di danno patrimoniale, danno morale o danno biologico.

In ogni caso, la figura del danno esistenziale ha iniziato a delinearsi intorno alla metà degli anni ottanta, quando dottrina e giurisprudenza iniziarono a prendere atto dei limiti che la figura del danno biologico presentava con riferimento ad altre ipotesi di danno inerenti alla persona⁸⁰.

Infatti, proprio al fine di dare risposta a tali nuove pressanti esigenze di tutela della persona, la giurisprudenza ha dato vita alla controversa figura del danno esistenziale, definibile come "ogni forma di perdita della qualità della vita, non coincidente né con

⁷⁹ Il merito della "scoperta" del danno esistenziale è attribuibile alla "scuola triestina, la quale si impegnò in un'opera di sistemazione delle pronunce giurisprudenziali relative ai profili dannosi non inquadrabili in nessuna delle categorie di danno riconosciute dall'ordinamento, i quali si concretizzano nelle "attività realizzatrici della persona umana" e, come tali, ritenute meritevoli di tutela.

⁸⁰ Per ripercorrere le principali tappe che hanno condotto al delinearsi della figura del danno esistenziale odierno si rimanda a M. Di Marzio, *Il danno esistenziale nella giurisprudenza di merito e di legittimità*, in *Il Merito*, n. 6, 2004, p. 2 e ss.

il mero patema d'animo né con il danno biologico, determinato dal fatto illecito compiuto da soggetti terzi”⁸¹.

Attraverso la nuova fattispecie di danno, dunque, dottrina e giurisprudenza hanno voluto attribuire una qualche forma di tutela ad alcuni aspetti della vita strettamente connessi alla persona verso i quali l'ordinamento giuridico aveva manifestato, fino a quel momento, un'assoluta indifferenza.

La figura del danno esistenziale ha attraversato un percorso evolutivo estremamente complesso essendo stato sempre oggetto di una molteplicità di dubbi ed incertezze in merito all'interpretazione più corretta da attribuirgli⁸²: un primo intervento si è avuto

⁸¹ A favore della tesi che sostiene la piena autonomia della figura del danno esistenziale rispetto al danno biologico e morale si sono espressi diversi Autori, tra i quali G. Cassano e F.G. Catullo in, *Danno esistenziale e danno morale: due diverse realtà o due interpretazioni di un'unica realtà?*, in Giur. it. 2003, p. 611 e ss.; R. Panetta, P. Marsicovetere, *Alle soglie del superamento della distinzione danno-evento/danno-conseguenza attraverso la sublimazione del danno biologico e del danno morale: La Cassazione si pronuncia (e rilancia) sul caso Seveso*, in Nuova giur. civ., I, 2003, p. 213 e ss.; A. Casamassima, *Il danno esistenziale nel labirinto delle norme costituzionali*, in Giust. civ., 2003, p. 2974 e ss.

⁸² Vd. G. Barone, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena*, cit., p. 117. Tra le diverse teorie che si sono espresse nel corso del tempo, l'Autore ha posto l'attenzione sulla tesi, per altro abbondantemente smentita, secondo la quale la figura del danno esistenziale avrebbe inglobato quella del danno biologico: essa si basava sul fatto che la compromissione delle attività realizzatrici della persona può essere generata, al contempo, da una lesione dell'integrità psico-fisica di una vittima ipotetica (ipotesi di *danno esistenziale biologico*) come da una violazione non comportante alcuna lesione dell'integrità psico-fisica della stessa (*danno esistenziale non biologico*). Tale affermazione sembra essere del tutto priva di un fondamento concreto, dal momento che, a differenza del danno biologico, per l'accertamento del quale è possibile e necessario il ricorso ad una perizia medico-legale che ne accerti la sussistenza, il danno esistenziale rimane sguarnito di un tale strumento di accertamento. Inoltre, vi è la tesi del tutto contraria, secondo la quale il danno esistenziale può e dovrebbe essere ricompreso nel danno biologico, dal momento che il suo contenuto, essendo per lo più identico a quello del danno morale (trattandosi, in ogni caso, in forme di sofferenza morale) sarebbe facilmente integrabile nella figura di danno biologico. Sul punto si rimanda anche a P. Ziviz, *Danno biologico e danno esistenziale: parallelismi e sovrapposizioni*, in Resp. civ. e prev. 2001, p.417. Inoltre, Pasquanelli in, *Il danno esistenziale*, cit., p. 189 ha messo in evidenza come spesso si sia anche parlato di un concetto molto incerto, soprattutto con riferimento all'aspetto della liquidazione del danno in questione dal momento che, trattandosi di una categoria di danno i cui confini sono fortemente incerti, esso può generare alcune difficoltà con riferimento alla definizione dell'eventuale risarcimento, potendo portare, talvolta se non di frequente, a casi in cui sia stato ottenuto un risarcimento a vantaggio di un soggetto che, nella realtà dei fatti, non ha subito alcun danno effettivo, ovvero, a casi di ingiustificata duplicazione o triplicazione del risarcimento per danni non patrimoniali. La serietà del problema è tale che ancora oggi sembrano non convincere le ipotesi secondo le quali sia necessario adottare un nuovo criterio di regolamentazione per il risarcimento che, tenendo conto della particolare natura del danno in questione e delle obiettive difficoltà nel suo accertamento, sia basato su presunzioni e fatti notori che possano essere ritenuti idonei a dimostrare la sussistenza di pregiudizi “tipizzati” della coscienza sociale. Sul punto lo

da parte della Corte costituzionale, la quale ha stabilito che il danno esistenziale doveva essere ricompreso all'interno del modello giurisprudenziale delle *situazioni giuridiche costituzionalmente tutelate*, dal momento che esso, determinando una compromissione delle attività realizzatrici della persona, generava una lesione dei diritti fondamentali dell'individuo (ad es. l'onore, la dignità, la libertà, la salute, etc.) comportante un peggioramento della sfera personale della vittima⁸³.

Questo nuovo orientamento — sostenuto dalla sempre più pressante necessità di garantire ai diritti fondamentali dell'uomo una tutela piena attraverso la garanzia effettiva di una risarcibilità concreta in caso di lesione degli stessi — si era prefigurato l'obiettivo di realizzare un nuovo sistema risarcitorio per il danno non patrimoniale, attraverso il quale garantire una tutela effettiva ai diritti inviolabili sanciti dalla Carta Costituzionale. Questo obiettivo è stato realizzato grazie all'intervento della giurisprudenza la quale, avendo dato una nuova interpretazione all'art. 2059 c.c., attraverso l'individuazione di un collegamento tra l'art. 2059 c.c. e la norma contenuta dall'art. 2 Cost., aveva garantito una risarcibilità del danno non patrimoniale non soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge, ma anche in tutti i casi in cui la lesione incidesse su valori della persona costituzionalmente garantiti.

stesso Autore, in G. Ponzanelli, *Una voce contraria alla risarcibilità del danno esistenziale*, in *Danno e resp.* n. 3, 2002, p. 339 e ss., è intervenuto ribadendo le obiezioni appena esposte. Tra gli altri interventi critici con riferimento alla risarcibilità del danno esistenziale vi è quello di P. Ziviz in, *La valutazione del danno esistenziale*, in *Giur. it.*, 2002, p. 440 e ss.

⁸³ Vd. Corte costituzionale, sentenza n. 184/1986.

In tal maniera è stato possibile riconoscere ai diritti inviolabili sanciti dalla Carta costituzionale un margine di tutela per il quale, in caso di violazione di uno o più di tali diritti⁸⁴, ove sussista l'impossibilità della *restituito in integrum*, possa comunque essere garantita una forma di tutela minima rappresentata, appunto, dal risarcimento del danno⁸⁵.

Questa fondamentale tappa del percorso di modernizzazione della disciplina del danno non patrimoniale ed, in particolare, dell'evoluzione della figura del danno esistenziale è stata raggiunta grazie alle sentenze c.d. gemelle n. 8827/03 e 8828/03 della Corte di Cassazione⁸⁶.

In tali circostanze, la Corte di Cassazione è intervenuta su due fattispecie diverse: la prima riguardante la domanda risarcitoria proposta dai genitori di un bambino che, per imperizia del personale sanitario, aveva subito dei danni irreversibili all'atto della nascita che lo avevano costretto ad un'esistenza vegetativa; l'altra, concerneva la domanda risarcitoria promossa dai congiunti di una persona deceduta a seguito di sinistro stradale. Con riferimento al primo caso, la Suprema Corte si era espressa respingendo il ricorso dei danneggiati, avendo riscontrato un pregiudizio derivante

⁸⁴ I casi di "violazione" in questione attengono a tutte le ipotesi in cui si verifichi una lesione o limitazione di quella categoria di diritti che la Costituzione italiana definisce come "inviolabili" e che, come già fatto notare precedentemente nel corso della mia dissertazione, non sono solo quelli espressamente previsti dal testo costituzionale, ma anche quelli che possono essere ricondotti all'art. 2 Cost.

⁸⁵ Vd. G. Barone, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena*, cit., p. 110- 111-112.

⁸⁶ Sul tema particolarmente rilevanti sono stati gli interventi di A. Scarpello in, *Danno esistenziale e sistema del danno alla persona: La Cassazione, la Consulta e l'art. 2059 c.c.*, in Nuova giur. civ. 2004, p. 260 e ss. ed M. Bona, *L'«ottava vita» dell'art. 2059 c.c., ma è tempo d'addio per le vecchie regole!*, in Giur. it., 2004, p. 1136 e ss.

dalla compromissione delle antecedenti condizioni di vita dei congiunti, meritevole di un risarcimento autonomo che doveva essere cumulato con la sofferenza interiore subita. Con riferimento al secondo caso, la Corte di Cassazione aveva riconosciuto il diritto ad un risarcimento a vantaggio dei ricorrenti per danno da perdita del rapporto con il congiunto, inteso come danno non patrimoniale causato dalla perdita, o meglio, dalla privazione di un valore non economico ma personale, determinato dalla perdita del godimento del congiunto e dalla definitiva preclusione delle reciproche relazioni interpersonali, secondo le modalità con le quali normalmente si esprimono nell'ambito del nucleo familiare.

Pertanto, la Corte ha riscontrato la violazione di un interesse giuridico distinto tanto dal bene salute, la cui tutela è garantita dall'art. 32 Cost., e per il quale è previsto un risarcimento del danno biologico, quanto dall'interesse all'integrità morale la cui tutela viene ricondotta all'art. 2 Cost. Essa ha messo a fuoco il turbamento dell'animo che provoca l'ingiusta sofferenza contingente per la quale è previsto un risarcimento del danno morale subbiiettivo.

La Corte di Cassazione, attraverso queste sentenze di straordinaria importanza, ha sancito, una volta per tutte, la riconducibilità degli interessi di carattere non patrimoniale ai diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione, affermando che *“si deve quindi ritenere ormai acquisito, da parte dell'ordinamento positivo, il riconoscimento*

*della lata estensione della nozione di danno non patrimoniale, da intendersi come danno da lesione di valori inerenti alla persona, e non più solo come danno morale soggettivo*⁸⁷.

Attraverso le considerazioni appena svolte è possibile prendere atto della macroscopica portata innovativa delle sentenze in oggetto: esse, infatti, hanno consentito il definito superamento del limite normativo fissato dal precedente impianto risarcitorio, il quale non prevedeva alcuna forma di risarcibilità per le lesioni dei diritti fondamentali dell'uomo⁸⁸. Ciò trova conferma nelle parole utilizzate dalla Corte, ove essa ha stabilito che il danno non patrimoniale deve essere inteso come *“qualsiasi lesione di valori inerenti la persona e non più il solo dolore, ossia la sofferenza contingente ed il turbamento d'animo transeunte”*, riconoscendo la rilevanza giuridica *“dell'ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona, dalla quale conseguono pregiudizi non suscettibili di valutazione economica”*⁸⁹.

Attraverso le sentenze in esame, in conclusione, la Corte di Cassazione ha creato un sistema risarcitorio basato su presupposti del tutto nuovi rispetto al passato, ossia in linea con i principi costituzionali che tutelano i diritti inviolabili dell'uomo, il quale

⁸⁷ Cfr. Corte di Cassazione, 31/05/2003, n. 8828.

⁸⁸ Vd. M. Di Marzio, *IL danno esistenziale e le sentenze gemelle*, in Nuova giur. civ., II, 2004, p. 635 e ss.

⁸⁹ Cfr. Corte di Cassazione, 31/05/2003, n. 8828.

prevede un risarcimento ogni qual volta venga leso un valore inerente la persona (riconducibile, quindi alla sfera dei diritti fondamentali dell'uomo)⁹⁰.

Ciò viene messo in atto attraverso l'introduzione di una nuova interpretazione dell'art. 2059 c.c. che — scalzando la precedente interpretazione fortemente restrittiva, la quale, ponendosi in relazione con l'art. 185 c.p., limitava il risarcimento del danno non patrimoniale alle sole ipotesi di fatto illecito integrante reato — ammette il risarcimento del danno non patrimoniale anche in casi diversi dall'ipotesi di reato, per cui l'assenza di reato non blocca più il risarcimento⁹¹.

⁹⁰ Vd. M.P. Suppa, *La svolta della Cassazione in tema di danno non patrimoniale: la nuova valenza dell'art. 2059 c.c.*, in *Giur. it.*, 2004, p. 36.

⁹¹ G. Rachiglio, *Il danno esistenziale*, Napoli, 2009, p. 27.

Paragrafo VI. Segue. Lesioni e limitazioni dei diritti fondamentali. Le nuove prospettive in tema di danno esistenziale, morale, biologico.

Alla luce di quanto sin ora detto risultano evidenti le difficoltà che — al di là della più o meno necessaria definizione dei diversi tipi di danno non patrimoniale — permangono in materia di risarcimento dei danni non patrimoniali, difficoltà che vanno per la maggior parte ricondotte alla norma prevista all'art. 2059 c.c.⁹².

Infatti, dottrina e giurisprudenza sembrano tendere, sempre più, verso una sorta di “*tipizzazione dei singoli casi di risarcibilità del danno non patrimoniale*”, che consenta al nostro ordinamento di usufruire di un'indicazione generale con la quale garantire il risarcimento per danni non patrimoniali.

Tuttavia, per quanto sembri chiaro l'intento dei nuovi orientamenti — i quali tendono a scavalcare un sistema normativo che non rispecchia più le esigenze odierne — permangono ancora dubbi in merito ai rischi che tale impostazione potrebbe comportare, tenuto conto della molteplicità di danni non patrimoniali non riconducibili ai “casi tipici” in tal modo elaborati, i quali rimarrebbero, così, del tutto sguarniti di una tutela.

⁹² I pareri in merito alla nuova interpretazione dell'art. 2059 introdotta con le sentenze gemelle della Corte di Cassazione sono stati vari e contrastanti. Tra riferimenti ritenuti di maggior rilievo è possibile citare: G. Facci, *Prime applicazioni del <<nuovo>> danno non patrimoniale*, in Resp. civ. e prev., 2004, p. 111 e ss.; A. Thiene, *L'inesorabile declino della regola restrittiva in tema di danni non patrimoniali*, in Le nuove leggi civili commentate, 2004, p. 13 e ss.; F. D. Busnelli, *Il danno alla persona al giro di boa*, in Danno e resp., n. 3, 2003, p. 237 e ss.; M. Bona, *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince*, in Rass. di dir. civ., 2003, p. 775 e ss.; P. Ziviz, *Brevi riflessioni sull'ingiustizia del danno non patrimoniale*, in Resp. civ. e prev., 2003, p. 1336 e ss.; E. Contino, *Un po' di ordine nell'ineffabile danno esistenziale*, in Giustizia civile, 2004, p. 234 e ss.; G. Ponzanelli, *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in Danno e resp., n. 1, 2004, p. 5 e ss.

In ogni caso, la possibilità che a breve vengano formulate delle casistiche vere e proprie è confortata dal fatto che alcuni esempi sono stati elaborati dalla Corte di Strasburgo.

E' proprio in questa direzione, infatti, o almeno in parte, che si è orientata la Corte di Cassazione con la sentenza a Sezioni Unite, n.26972 del 11 novembre 2008, attraverso la quale essa, rompendo ogni legame con le teorie giuridiche del passato, ha aperto un capitolo nuovo sul tema del risarcimento, stabilendo in termini perentori che *“il danno non patrimoniale, ex art. 2059 c.c., non può essere suddiviso in diverse poste risarcitorie, ma va considerato come unicum”*. La Corte, infatti, ha chiarito che l'art. 2059 c.c. deve essere integrato con gli elementi strutturali dell'art. 2043 c.c., per cui al di fuori delle ipotesi già codificate di lesioni non patrimoniali risarcibili — tra i quali rientrano i danni derivanti dalla *compromissioni di valori personali* (art. 2, L. 117/1999), dalla *privazione della libertà personale* nell'ambito di funzioni giudiziarie (art. 29, c. 9, L. 675/1996), etc.— *“in virtù del principio della tutela minima risarcitoria spettante ai diritti costituzionali inviolabili, la tutela è estesa ai casi di danno non patrimoniale prodotto dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione”*.

Secondo questa nuova lettura dei diritti costituzionali, le c.d. sottocategorie del danno esistenziale e del danno morale sono state ridimensionate, dal momento che *“il*

pregiudizio di tipo esistenziale è risarcibile solo entro il limite segnato dalla ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno. Se non si riscontra lesione di diritti costituzionalmente inviolabili della persona non è data tutela risarcitoria". In altre parole, perché si riscontri una lesione meritevole di tutela risarcitoria deve necessariamente verificarsi una "lesione di diritti inviolabili della persona".

Inoltre, la lettura che l'interprete deve seguire è quella dell'art. 2059 c.c. rapportata ai diritti costituzionali inviolabili, i quali non devono essere intesi come un *numerus clausus*, dal momento che l'intento non è quello di restringere la tutela ai diritti inviolabili della persona espressamente previsti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma di legare la normativa in questione al catalogo "aperto" dell'art. 2 Cost. Ciò, infatti, ha permesso di avviare un processo evolutivo sostenuto dalla possibilità di individuare, di volta in volta, nuovi indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi, che possono emergere nella realtà sociale, siano meritevoli di ricevere tutela costituzionale perché attinenti a posizioni inviolabili della persona umana.

Per effetto di questa interpretazione estensiva, la Corte di Cassazione ha stabilito che il “danno da lesione del diritto inviolabile della salute” (art. 32 Cost.), denominato danno biologico⁹³, deve essere ricondotto nell’ambito dell’art. 2059 c.c.⁹⁴

Infine, l’orientamento normativo, così delineato, ha previsto l’introduzione del “*filtro della gravità della lesione*”, dal momento che, come precisato dalla Corte, “*la gravità dell’offesa costituisce requisito ulteriore per l’ammissione al risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionalmente inviolabili. Il diritto deve essere oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio. La lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza*”⁹⁵. La Corte di Cassazione, con riferimento a questo aspetto, avendo preso atto del fatto che la norma si applica all’interno di un complesso contesto sociale, costituito da una pluralità di soggetti, sottolinea la necessità che da parte di tutti vi sia un minimo grado di tolleranza che la stessa convivenza impone; tale filtro, attuabile attraverso il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima e quello di tolleranza, fa sì che il risarcimento del danno non patrimoniale sia dovuto solo nel caso in cui si superi il grado ragionevole di tollerabilità.

⁹³ Con riferimento alla figura di danno biologico, trovano oggi adeguata collocazione anche la tutela riconosciuta ai soggetti che abbiano visto lesi i diritti inviolabili della famiglia (ad es. i danni da perdita o compromissione del rapporto parentale nel caso di morte o di procurata grave invalidità del congiunto).

⁹⁴ Si rammenta che, in precedenza, la tutela del danno biologico era apprestata grazie al collegamento tra l’art. 2043 c.c. e l’art. 32 Cost. (come previsto dalla Corte cost., nella sent. n. 184/1986) al fine di sottrarla al limite dell’art. 2059 c.c.

⁹⁵ Vd. Corte di Cassazione, SS.UU., 11 novembre 2008, n. 26972.

In tal maniera, la Cassazione a Sezioni Unite, dunque, ha determinato dei significativi cambiamenti: *in primis*, viene fatto riferimento alla casistica delle ipotesi già codificate di risarcimento del danno non patrimoniale in relazione alla compromissione di valori personali⁹⁶; viene mantenuto il *principio della tutela minima risarcitoria*, in forza del quale al di fuori delle ipotesi previste dalla legge, la tutela viene estesa ai casi di danno non patrimoniale qualora esso sia stato determinato da lesione di diritti inviolabili della persona previsti dalla Costituzione.

In conclusione, appare evidente come la scelta della Cassazione, che segna il “passaggio dal danno esistenziale come categoria all’ingiustizia costituzionalmente qualificata”, sia basata sull’intento di accogliere l’idea di un danno non patrimoniale risarcibile nei casi di violazione dei diritti costituzionalmente qualificati, in modo da eliminare le categorie concettuali che possono comportare duplicazioni di voci risarcitorie.

Questa nuova prospettiva, che indubbiamente risolve diverse contestazioni e problematiche di vario genere con riferimento al sensibile tema del risarcimento e della tutela dei diritti umani apparirebbe, però, sguarnita di una definizione che consenta di individuare quali siano, in concreto, i “diritti costituzionalmente

⁹⁶ Così, vengono individuate alcune ipotesi tipiche riconducibili alla figura di danno non patrimoniale: ad es. danni derivanti dalla privazione della libertà personale cagionati dall’esercizio dell’attività giudiziaria; l’impiego di modalità illecite nella raccolta di dati personali; l’adozione di atti discriminatori per motivi razziali, etnici e religiosi; il mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo.

qualificati” ai quali bisognerebbe far riferimento; ma ciò che può apparire come una lacuna normativa, in realtà deve essere inteso come la possibilità di ricorrere, di volta in volta, ad interpretazioni estensive, facendo ricorso alla clausola generale dell’art. 2 Cost.⁹⁷.

Questi i cambiamenti che sino ad oggi sono stati attuati, consentono di prendere atto del lungo percorso che è stato fatto e dei potenziali cambiamenti ulteriori che avverranno, costantemente orientati verso un progressivo miglioramento delle condizioni di vita della persona umana, che deve anche muovere dal sistema di tutela efficace dei suoi diritti.

⁹⁷ L’art. 2 Cost. consente, come ribadito più volte nel corso di questa dissertazione, di far fronte ad un realtà sociale che è soggetta a cambiamenti continui, soprattutto in materia di diritti umani.

Paragrafo VII. L'intangibilità del nucleo essenziale dei diritti fondamentali. La reazione alla lesione. Il risarcimento.

Come già accennato in precedenza, la Costituzione italiana qualifica i diritti fondamentali come “*inviolabili*”, riconoscendo agli stessi una sfera di intangibilità che li renda vevoli *erga omnes*.

Le caratteristiche dell'inviolabilità e dell'assolutezza non sottraggono, tuttavia, i diritti fondamentali ad una disciplina giuridica, né a determinate (necessarie) limitazioni.

Infatti, il carattere dell'assolutezza non sta a significare una “assenza di limiti”⁹⁸ né, d'altra parte, esso va inteso secondo la comune affermazione per cui “i diritti nascono per loro natura limitati”, dato che gli stessi si presentano in realtà nella forma, nell'ampiezza e con i limiti che la legge (o la Costituzione) stabilisce per loro.

In altre parole, la disciplina costituzionale ammette la possibilità di porre dei limiti ai diritti fondamentali, i quali possono essere anche molto gravi, ma che in nessun caso possono intaccare il nucleo fondamentale di questi diritti.

Pertanto, l'esercizio dei diritti fondamentali è sottoposto a dei limiti che, inevitabilmente, devono essere fissati per garantire una serena convivenza tra i diritti di libertà all'interno dell'ordinamento giuridico, precludendo ogni possibilità che uno di essi possa prevaricare gli altri comprimendoli illegittimamente.

⁹⁸ Vd. G. De Vergottini, *Diritti costituzionale*, cit., p. 303 e ss.

La predisposizione di questi limiti deve avvenire in modo da garantire il rispetto del carattere dell'intangibilità dei diritti di libertà: pertanto, diviene indispensabile evitare qualsiasi eccessiva o ingiustificata compressione dei contenuti essenziali dei diritti in questione, al fine di assicurare il rispetto degli stessi a tutti gli individui.

Tra le principali ragioni giustificatrici dell'esistenza del nucleo intangibile dei diritti fondamentali, come già visto nei paragrafi precedenti, vi è il fatto che tali diritti fondamentali non sono propri di qualunque Stato, ma i loro contenuti variano in funzione della diversa forma di Stato in cui vigono. Conseguentemente, l'eccessiva limitazione e/o soppressione di uno o più di tali diritti, prima ancora di porsi in contrasto con l'inviolabilità che li caratterizza, si porrebbe in contrasto con i principi e i valori dell'ordinamento giuridico a cui si riferiscono, modificando in modo profondo la fisionomia stessa dello Stato e della società ai quali i diritti fondamentali sono riconducibili⁹⁹.

Alla luce di queste considerazioni, si può giungere a ritenere che *“i diritti fondamentali e inviolabili rimangono sottratti a ogni potere soppressivo da parte degli organi detentori del potere non sulla base di divieti normativi, sia pur di rango costituzionale, ma in quanto il loro contenuto minimo si pone come elemento fondante*

⁹⁹ Vd. A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in Enc. giur. Treccani, XI, Roma, 1989, p. 13 e ss.

*dell'ordinamento e superiore ai poteri costituiti, che nascono in conseguenza del patto sociale che include il rispetto e la permanenza dei diritti inviolabili”*¹⁰⁰.

La disciplina dei diritti di libertà deve, dunque, raccordarsi con le scelte complessive proprie della forma di Stato: i limiti devono, dunque, essere fissati secondo procedure che rispettino le regole dell'ordinamento giuridico, assicurando, al contempo, ai diritti in questione il più ampio margine di tutela possibile.

In questo quadro, il ruolo che i limiti assolvono è strettamente legato alla società umana di riferimento: oggi, infatti, si ha modo di costatare come, rispetto al passato¹⁰¹, i pericoli più seri per il benessere sociale derivino non tanto dalle autorità pubbliche, quanto dai singoli individui, dal momento che l'esercizio dei diritti di ciascuno può mettere in serio pericolo i diritti inviolabili di altri individui, membri della comunità.

Quanto sopra giustificherebbe la necessità di prevedere dei meccanismi di tutela non soltanto nei confronti dello Stato — come avveniva in passato — ma anche rispetto agli individui stessi. Di conseguenza, le limitazioni ai diritti fondamentali acquisterebbero, secondo questa prospettiva, *“la funzione di garantire nella società condizioni permanenti idonee ad assicurare l'esercizio dei diritti stessi”*¹⁰², così delineando un sistema armonico in cui vige un principio di compatibilità tra la libertà individuale di

¹⁰⁰ Cfr. G. Barone, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena*, cit., p. 99.

¹⁰¹ In passato, infatti, il carattere dell'intangibilità dei diritti di libertà era da intendersi nel senso di consentire ai singoli individui una sfera di libertà che in nessun modo potesse essere violata dallo Stato.

¹⁰² Cfr. G. Barone, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena*, cit., p. 71.

ognuno e le molteplici sfere di libertà di ogni altro soggetto. E' per tale ragione che l'ordinamento costituzionale attribuisce al concetto di libertà individuale un carattere non assoluto ma "relativo", nel senso che *"la libertà di ognuno deve essere garantita e protetta senza provocare interferenze o offese alla libertà dei molteplici altri soggetti con cui l'individuo viene in relazione"*¹⁰³.

Alla luce delle ultime considerazioni fatte, è possibile sostenere che la corretta interpretazione da attribuire alla categoria dei diritti in esame, in base a quanto stabilito dal Costituente con riferimento allo *status* ed alle garanzie previsti per essi, è quella che attribuisce loro la "presunta massima ampiezza" (ossia la c.d. presunzione della massima espansione delle libertà)¹⁰⁴, la quale ammette la sottoposizione dei diritti fondamentali a determinati limiti solamente nel caso in cui ciò sia ritenuto necessario dal Costituente. A tal fine sono predisposti alcuni principi fondamentali, i quali costituiscono un articolato sistema di garanzie posto a tutela dei diritti inviolabili ed il cui scopo è quello di garantire la predisposizione dei limiti apponibili ai diritti fondamentali.

Tali principi – che rappresentano il fondamentale elemento di garanzia previsto per i diritti in oggetto – consistono in un sistema di regole stabilito espressamente dalla Carta costituzionale, la quale stabilisce una *riserva di legge* diretta a vincolare

¹⁰³ Cfr. G. De Vergottini, *Diritto costituzionale*, cit., p. 304.

¹⁰⁴ Cfr. P. Barile, E. Cheli, S. Grossi, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit, p. 308.

rigorosamente il potere legislativo a quanto direttamente previsto dal testo costituzionale.

In sostanza, la Costituzione non fa seguire all'elencazione dei singoli diritti un mero rinvio alla legge per la definizione dei limiti apponibili al loro esercizio, dal momento che è essa stessa a stabilire espressamente quali siano i limiti ai quali i diritti inviolabili elencati nel testo costituzionale sono sottoposti¹⁰⁵.

All'interno di questo quadro, la riserva di legge, posta a garanzia dei diritti inviolabili (e dei limiti ad essi opponibili), affida al legislatore un compito limitato alla mera interpretazione delle limitazioni dei diritti inviolabili, già indicati dalla Costituzione stessa. Infatti, i limiti previsti in via generale dalla Costituzione possono essere attuati da provvedimenti delle Autorità amministrative o dalle Autorità giudiziarie — alle quali viene riconosciuta la facoltà di intervenire con provvedimento motivato al fine di disporre limitazioni ai diritti fondamentali, nel rispetto delle garanzie previste dalla legge — a condizione che ciò sia previsto nel testo costituzionale.

Al fine di completare il quadro generale relativo alla disciplina costituzionale prevista per la predisposizione dei limiti apponibili ai diritti inviolabili, occorre far riferimento

¹⁰⁵ I limiti espressamente previsti dalla Costituzione possono essere *generali*, ossia potenzialmente riferibili a tutti i diritti di libertà (fissati, abitualmente, per affrontare uno stato di necessità, per cui, talvolta, essi possono consistere in una temporanea sospensione dell'esercizio dei diritti stessi, ai quali i limiti si riferiscono); ovvero *particolari*, ossia previsti con specifico riferimento ai singoli diritti, che sono imposti, di norma, al fine di contemperare l'esercizio dei medesimi con la tutela di alcuni interessi generali (sicurezza pubblica, sanità, igiene, buon costume, etc).

ai limiti ed al sistema di garanzie previsti per i “diritti che non hanno alcun fondamento normativo”, ossia i c.d. “*nuovi diritti*” o “*diritti di nuova generazione*”.

Come già accennato nei paragrafi precedenti, infatti, esiste una macroscopica differenza tra i diritti di prima generazione — ossia i diritti che sono espressamente previsti nella Costituzione italiana — ed i nuovi diritti — ossia quelli che la giurisprudenza, in un determinato momento storico, può riconoscere come meritevoli di tutela costituzionale per aver riscontrato l’esistenza di forti connessioni con i valori tutelati dalla Costituzione.

Tale differenza dipende dal fatto che mentre i primi fanno diretto riferimento alla Costituzione per ciò che attiene alla disciplina giuridica e, in conseguenza, ai meccanismi di tutela ed alla fissazione dei limiti a cui possono essere sottoposti, i secondi, invece, essendo una diretta creazione della giurisprudenza per ciò che attiene ai loro contenuti, si rivelano carenti di una garanzia formale a livello costituzionale, dal che ne consegue che anche la definizione dei limiti è riconducibile all’attività giurisprudenziale¹⁰⁶.

La disciplina costituzionale in materia di diritti inviolabili, tuttavia, non si limita a predisporre delle regole per la determinazione dei limiti a cui possono (o, in alcuni casi, devono) essere sottoposti i diritti fondamentali dell’individuo, ma predispone

¹⁰⁶ Vd. G. Barone, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena*, cit., p. 84 e ss.

anche dei sistemi di controllo e di garanzia sulla legittimità dei limiti. Innanzitutto, vi è il principio che sancisce la *tutela giurisdizionale*, prevista espressamente dal comma 1 dell'art. 24 Cost. (secondo cui “*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi*”) ed attraverso la quale viene garantita la più ampia possibilità di ricorrere al giudice per ogni violazione dei propri diritti, sia essa perpetrata dagli apparati pubblici che da altri soggetti privati¹⁰⁷.

Ulteriore limite è dato dalla Corte costituzionale, cui viene riconosciuta la facoltà di valutare e decidere in merito alla compatibilità delle limitazioni stabilite da provvedimenti legislativi con la disciplina costituzionale. Tra i principali strumenti riconducibili al sistema dei controlli previsti per l'accertamento della legittimità dei limiti opponibili ai diritti inviolabili vi è la c.d. tecnica del bilanciamento, alla quale la Corte può ricorrere quando si creino dei contrasti tra diritti inviolabili.

Tali contrasti, infatti, possono verificarsi di frequente, dal momento che, nonostante la dettagliata ed articolata disciplina costituzionale prevista in materia di limiti dei diritti inviolabili, la convivenza degli stessi con i nuovi diritti può favorire il moltiplicarsi di contrasti o incompatibilità tra le suddette categorie.

¹⁰⁷ Il diritto alla difesa rappresenta un elemento di completamento indispensabile per la disciplina costituzionale dei diritti di libertà, che in assenza di essa risulterebbero svuotate di ogni significato giuridico, come il gli Autori Pitruzzella e Bin sostengono in, *Diritto pubblico*, cit., p. 454. Inoltre, dal momento che il ricorso al giudice ed il processo rappresentano una ulteriore garanzia per la tutela dei diritti inviolabili, è fondamentale che essi siano organizzati secondo regole garantiste: tra esse, infatti, vi è la *naturalità* e la *precostituzione del giudice*, *l'imparzialità* e *l'indipendenza dei giudici*, il principio del *contraddittorio*, il principio per cui “...contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale... è sempre ammesso il ricorso in Cassazione per violazione di legge” ed il principio di *presunzione di innocenza* sino a condanna definitiva.

Proprio per questo, talvolta, diviene indispensabile ricorrere al meccanismo del *bilanciamento degli interessi*.

In sostanza, la tecnica del bilanciamento stabilisce un ordine di rilevanza tra più interessi concorrenti, in modo tale che, una volta messo in atto il bilanciamento, uno dei diritti (bilanciati) risulterà prevalente rispetto all'altro (diritto configgente), il quale subirà una limitazione¹⁰⁸, a condizione che essa non sia tale da annullare il diritto stesso né violare il suo contenuto essenziale.

Tale tecnica viene, pertanto, impiegata in generale da tutte le Corti costituzionali per stabilire un criterio di ordine ed un ragionevole equilibrio nei reciproci rapporti tra i diritti ed in relazione all'organizzazione ed ai mezzi economici di cui dispone lo Stato per la loro soddisfazione e protezione.

La tecnica del bilanciamento, tuttavia, oltre ad essere utilizzata per i contrasti tra diritti espressamente previsti nella Costituzione ed i nuovi diritti, può essere impiegata anche al fine di ricercare un corretto equilibrio tra diritti e valori espressamente previsti dalla Costituzione e che, dunque, non si trovano necessariamente in una posizione di contrasto.

¹⁰⁸ Tale tecnica si basa sull'elaborazione di una valutazione che tenga conto di diversi elementi, tra i quali: la *legittimità del fine*, ossia dell'interesse che si intende tutelare attraverso la legge; la *congruità del mezzo rispetto al fine*, ossia la capacità dell'intervento (che costituisce un limite all'esercizio di un altro diritto) che si intende attuare per soddisfare l'interesse che si vuole proteggere ed in fine, il giudizio di proporzionalità, ossia il "costo" (che si esprime in termini di compressione dell'altro interesse coinvolto nel bilanciamento) della tutela accordata ad un interesse.

Inoltre, il bilanciamento può riguardare un contrasto tra un diritto ed un dovere, caso questo che avviene, di norma, quando l'adempimento di tale dovere sia necessario per la soddisfazione del diritto di un individuo¹⁰⁹, per cui *“tramite il bilanciamento di un diritto con un dovere, si realizza, in ultima analisi, il bilanciamento del diritto di un individuo con il diritto di un altro, che trova la sua soddisfazione in conseguenza dell'adempimento del dovere”*¹¹⁰.

Infine, se è possibile ritenere, in base alle considerazioni fatte fino ad ora, che la Costituzione italiana abbia inteso affidare al legislatore statale la competenza di emanare atti limitativi dei diritti fondamentali (sottoponendoli, però, in primo luogo, al controllo della Corte costituzionale), occorre ancora evidenziare come negli ultimi decenni si siano affermati, all'interno del contesto normativo e giurisprudenziale sopranazionale, molteplici strumenti di tutela.

In materia di tutela dei diritti fondamentali, dunque, un ruolo centrale deve essere indubbiamente riconosciuto alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la quale costituisce un altro invalicabile sistema di controllo; la CEDU, infatti, prevede un particolare sistema di controllo giurisdizionale, costituito dalla Corte di Giustizia di Strasburgo, la quale, secondo quanto stabilito

¹⁰⁹ Vd. G. Barone, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena*, cit., p. 89.

¹¹⁰ Cfr. G. Barone, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena*, cit., p. 89.

dalla Convenzione stessa, esercita un controllo diretto ed efficace sulla tutela dei diritti di libertà, garantita all'interno degli Stati firmatari.

L'effettività del sistema di tutela dei diritti imperniato sulla CEDU è ulteriormente garantito dall'art. 34 del Protocollo n.11 della stessa, il quale prevede la possibilità che i singoli cittadini degli Stati contraenti presentino ricorsi individuali diretti alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Tale sistema di garanzia, secondo quanto stabilito dall'art. 46 del medesimo Protocollo, vincola gli stessi Stati a conformarsi alle decisioni della Corte nelle controversie delle quali sono parte: ciò significa che lo Stato firmatario, al fine di conformarsi alla CEDU, può giungere sino a dover modificare il proprio ordinamento ed anche la Carta costituzionale che ne costituisce il fondamento¹¹¹.

In questa prospettiva, occorre considerare il fatto che l'ordinamento italiano ha da sempre riconosciuto la prioritaria importanza da riconoscere alla CEDU: non a caso, infatti, le disposizioni della Convenzione, volte alla massima valorizzazione dei diritti e delle libertà fondamentali degli uomini, trovano immediata applicazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano.

Allo stesso modo, i limiti fissati dalla Convenzione per i diritti umani divengono, a tutti gli effetti, limiti che la Costituzione italiana è tenuta a riconoscere come vevoli

¹¹¹ Vd. L. Mazzetti, *Manuale breve di diritto costituzionale*, Milano, 2009, p. 446 e ss.

all'interno dello Stato italiano anche se, nel caso in cui la Corte di Strasburgo rilevi una violazione dei diritti fondamentali, alla stessa non viene riconosciuta la facoltà di annullare l'atto lesivo del diritto fondamentale, ma può condannare lo Stato al risarcimento del danno¹¹².

L'importanza che la Corte costituzionale riconosce alla CEDU – ed all'organo giurisdizionale da essa istituito, la Corte di Strasburgo – per ciò che attiene ai controlli posti in essere dalla stessa per la garanzia di una tutela effettiva a vantaggio dei diritti umani, può essere testimoniato da quanto dichiarato dalla stessa Corte costituzionale in alcuni recenti sentenze, ove essa ha sostenuto che *“la CEDU presenta, rispetto agli trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa”*¹¹³.

Questo articolato sistema di controlli mira a garantire una sfera assoluta di intangibilità dei diritti fondamentali dell'uomo, al fine di assicurare ai titolari degli stessi il pieno godimento, che, come osservato precedentemente, può essere sottoposto a dei limiti legittimi i quali, in ogni caso, non possono intaccare il contenuto dei diritti inviolabili.

Pertanto, in tali ultime circostanze, ossia nel caso in cui il contenuto dei diritti inviolabili venisse illegittimamente limitato o leso, l'ordinamento giuridico interviene

¹¹² Vd. G. Barone, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena*, cit., p. 77.

¹¹³ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 348/2007.

con lo scopo di generare una reazione tale da permettere che ad una lesione o limitazione di uno qualsiasi dei diritti inviolabili segua una vera e propria “*restituito in integrum*”, la quale permette la rimozione del limite illegittimo apposto al diritto e, contemporaneamente, la cancellazione effettiva della violazione del diritto sottoposto illegittimamente a limitazione.

Tuttavia, non sempre la soluzione sopra enunciata risulta praticabile: il nostro ordinamento giuridico, infatti, quando non può realizzarsi la *restitutio in integrum*, mira a garantire un risarcimento del danno che, essendo comunque insoddisfacente (non potendo cancellare gli effetti negativi del danno subito) viene ormai comunemente accettato come forma di “*tutela minima*”, che costituisce talvolta l’unica forma di tutela attuabile quando si rivela impossibile la cancellazione della lesione di un diritto fondamentale.

Paragrafo VIII. I diritti fondamentali a livello sovranazionale.

Il sistema odierno in tema di tutela dei diritti umani fa parte di un processo che è stato avviato all'interno delle Costituzioni nazionali; è noto, infatti, che le prime Dichiarazioni dei diritti umani risalgono al settecento.

L'Europa, sin dall'immediato dopoguerra, ha avvertito l'esigenza politica e giuridica di formulare una serie di principi in tema di diritti dell'uomo e libertà fondamentali, che acquisissero una rilevanza sovranazionale e che avessero, in altre parole, la forza di imporsi sugli stessi Stati contraenti, al di là delle specifiche normative interne.

Oggi, i diritti dell'uomo sono riconosciuti e promossi su un duplice fondamento normativo: da un lato, le garanzie costituzionali e, dall'altro, la tutela internazionale, la quale gode, a sua volta, di un duplice livello di garanzie pattizie, sia universali (Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo) che regionali (Convenzione europea dei diritti dell'uomo).

Una tappa fondamentale di questo processo di riconoscimento e diffusione dei diritti dell'uomo a livello globale fu raggiunta a Roma il 4 novembre del 1950, allorché fu firmata la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, entrata in vigore nel 1953, che viene universalmente riconosciuta come il più ragguardevole risultato nel campo della protezione internazionale dei diritti umani.

La CEDU, nata in seno al Consiglio d'Europa, si presenta come diretta discendente della "Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo" del 1948: infatti, se da un lato alla Dichiarazione universale si deve il merito di aver riconosciuto i diritti dell'uomo come *principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato moderno*¹¹⁴, dall'altro lato, la CEDU ha reso possibile adottare le prime misure effettive atte ad assicurare la garanzia collettiva dei principali diritti precedentemente enunciati nella Dichiarazione universale¹¹⁵.

La CEDU, dunque, contribuisce, in modo significativo, alla formazione di un vero e proprio "*diritto costituzionale europeo*" in tema di diritti fondamentali e, tende, sempre più, ad assumere il ruolo di quadro istituzionale comune ai differenti ordinamenti giuridici europei¹¹⁶.

Dal contenuto delle norme previste nella Convenzione – le quali, sia con riguardo alla loro formazione che con riguardo all'oggetto, sono sostanzialmente simili alle norme di contenuto equivalente che si ritrovano in quasi tutte le Carte costituzionali – è semplice individuare il vero intento di essa, il quale viene anche ad essere enunciato

¹¹⁴ Attraverso la Dichiarazione universale è stato possibile far proprio il principio (ispirato agli insegnamenti del cristianesimo e dell'umanesimo al contempo) per cui "*è nell'essere umano che si deve individuare il vero depositario di diritti fondamentali che lo Stato è tenuto a rispettare*". La Dichiarazione, dunque, è riuscita nello scopo di creare un equilibrio tra diritti dell'uomo e diritti del cittadino (i primi riconosciuti come universali, i secondi, invece, riconosciuti come particolari di ogni comunità statale). In altre parole, essa ha inteso porre i diritti dell'uomo alla base di qualsiasi altra affermazione di diritti, dal momento che "*gli uomini (indipendentemente dalla loro nazionalità) nascono liberi ed uguali per ciò che attiene ai loro diritti*".

¹¹⁵ La CEDU, a differenza della Dichiarazione universale, che rimane sprovvista di valore giuridico, non trattandosi di un trattato o accordo internazionale che sia, dunque, vincolante per gli Stati firmatari, può rappresentare un vero ed effettivo strumento di protezione per i diritti umani di carattere giudiziario e giurisdizionale.

¹¹⁶ Gli Stati europei mirano ad instaurare un ordine pubblico comunitario delle libere democrazie al fine di salvaguardare il loro patrimonio comune di tradizioni politiche, di ideali, di libertà e di preminenza del diritto.

solennemente dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo: *"...nel concludere la Convenzione, gli Stati contraenti non hanno voluto concedersi diritti ed obblighi reciproci utili al perseguimento dei loro interessi nazionali rispettivi, bensì realizzare gli obbiettivi ed ideali del Consiglio d'Europa, quali li enuncia lo Statuto, ed istaurare un ordine pubblico comunitario delle libere democrazie d'Europa al fine di salvaguardare il loro patrimonio comune di tradizioni politiche, di ideali di libertà e di preminenza del diritto"*.

In ogni caso, il vero elemento di specialità della CEDU si evince dalla presenza della *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, vero motore propulsivo, oltre che elemento di specialità, del sistema generato dalla CEDU, la quale si presenta come "organo giurisdizionale" a tutti gli effetti, con ampi poteri di accertamento dei fatti e di interpretazione del diritto applicabile, nonché con il potere di emettere pronunce giudiziarie, che sono, pertanto, giuridicamente vincolanti¹¹⁷. Ma è il meccanismo di ricorso previsto dalla stessa a rappresentare la vera innovazione nell'ordinamento internazionale, il quale si basa su due principi: quello per cui *all'individuo, oltre che allo Stato, deve essere riconosciuto un vero e proprio diritto d'azione a livello sopranazionale al fine di tutelare diritti ed interessi sia collettivi* (in questo caso, degli

¹¹⁷ Il carattere di originalità della Corte risiede proprio nel fatto che essa si distingue nettamente da organi di controllo non giurisdizionali, quali, ad esempio, il Comitato dell'ONU sui diritti umani, il Comitato dell'ONU sulla tortura o il Comitato europeo per la prevenzione alla tortura, che sono privi di poteri di accertamento vincolante (le loro decisioni non sono formalmente obbligatorie) e che possono assolvere ad altre funzioni, come quelle del controllo preventivo.

Stati) *che individuali* (ossia, appartenenti ai singoli, cittadini o meno, dello Stato in cui risiedono)¹¹⁸ e quello secondo cui *non vi può essere ingerenza negli affari interni di uno Stato*¹¹⁹, nel senso che la CEDU e la Corte devono rispettare le caratteristiche di fondo e di procedura del diritto nazionale, sì da consentire agli Stati membri di mantenere un certo potere discrezionale nella scelta delle misure destinate a garantire adeguatamente i diritti e le libertà.

Nella sostanza, il sistema di protezione europeo dei diritti dell'uomo, creato per mezzo della CEDU, non prevede come scopo quello di sostituirsi ai differenti sistemi nazionali: il sistema di garanzia collettiva da essa istituito ha, piuttosto, “*carattere sussidiario*”, ossia poggia sul principio di sussidiarietà.

In sostanza, la CEDU affida, in primo luogo, a ciascuno degli Stati il compito di assicurare il godimento dei diritti e delle libertà da essa garantiti e solo in un secondo momento, ovvero nel caso in cui gli strumenti di tutela nazionali si dovessero rivelare non idonei o adeguati allo scopo da assolvere, diviene possibile ricorrere ai meccanismi previsti dalla CEDU.

¹¹⁸ Questo dato rappresenta uno degli aspetti più innovativi con riferimento all'ordinamento internazionale, dal momento che, rispetto al passato (ossia quando era addirittura inconcepibile che un individuo, privo di qualunque soggettività internazionale e, quindi, senza alcuna legittimazione ad agire sul piano dei rapporti tra Stati, potesse chiamare in causa dinanzi ad un tribunale internazionale uno Stato o anche il proprio, accusandolo di aver violato un diritto fondamentale che gli spettava), il nuovo sistema delineato dalla CEDU consente all'individuo non solo di poter attivare il procedimento giudiziario internazionale (e dunque, presentare ricorso dinanzi alla Corte europea), ma anche di partecipare al procedimento, senza alcun requisito di cittadinanza di uno qualsiasi degli Stati membri della Convenzione, dato che la protezione prevista dalla stessa Convenzione europea non è accordata limitatamente ai cittadini dei vari Stati che l'hanno ratificata, ma a tutti gli individui i cui diritti siano calpestati da uno di quegli Stati.

¹¹⁹ Vd. M. De Salvia, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Procedura e contenuti*, Napoli, 1999, p. 29.

La CEDU costituisce, quindi, uno degli strumenti più efficaci di protezione dei diritti degli esseri umani; non a caso, il catalogo dei diritti in essa contenuto si presenta particolarmente ricco¹²⁰ e corredato dalla previsione delle limitazioni stabilite dalla Carta stessa per i diritti in questione, le quali prevedono le modalità attraverso le quali i medesimi possono legittimamente essere compressi al fine di evitare che ognuno di essi possa prevalere, in modo arbitrario, sugli altri. In altre parole, la CEDU, facendo proprio il sistema delle limitazioni, mira a creare una sorta di criterio attraverso il quale gestire situazioni di contrasto tra diritti egualmente legittimi e degni della medesima protezione.

Così la Convenzione, facendo proprio l'assunto per cui *“la libertà di ciascun individuo termina laddove comincia la libertà di altri individui”*, adotta un principio generale finalizzato alla ricerca dell'equilibrio tra eventuali opposti interessi, attribuendo allo Stato democratico, garante delle libertà di tutti, il compito di adottare misure che limitino la libertà individuale. In questo modo si è cercata una giusta convivenza tra i diritti umani elencati nella Convenzione, ammettendo che, in certe circostanze, i diritti

¹²⁰ Tra i principali diritti vi figurano il *diritto alla vita*, il *diritto alla libertà personale*, il *diritto a non essere sottoposto a trattamenti disumani e degradanti*, il *diritto al lavoro*, il diritto a non essere sottoposto a lavoro forzato o obbligatorio, il *diritto ad un giusto processo*, il *diritto alla riservatezza*, il *diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione*, etc.

e le libertà in questione devono essere soggetti a limitazioni, a volte anche molto ampie¹²¹.

All'interno di questa “*modernissima macchina*”, destinata al riconoscimento ed alla tutela dei diritti dell'uomo ad ampio raggio, vi è anche lo Stato italiano (essendo anch'esso Stato contraente), il cui ordinamento giuridico viene fortemente influenzato; negli ultimi anni la Corte di Cassazione ha ritenuto che le disposizioni della CEDU debbano essere di immediata applicazione nel contesto normativo dell'ordinamento italiano. Il giudice italiano, infatti, deve assicurare una corretta applicazione delle norme alla luce di un'interpretazione volta alla massima valorizzazione dei diritti e delle libertà fondamentali da essa riconosciuti e tutelati, mentre la Corte costituzionale ha sostenuto l'insuscettibilità di abrogazione o modificazione delle norme della CEDU da parte di disposizioni di legge ordinaria ad esse successive, in forza di una resistenza atipica delle stesse nell'ambito della gerarchia delle fonti.

Tuttavia, si deve notare come la giurisprudenza della Corte costituzionale non abbia “costituzionalizzato” le norme della CEDU e, quindi, non abbia riconosciuto alle stesse, opportunamente integrate con l'interpretazione giudiziaria della Corte europea

¹²¹ Il quadro delle limitazioni viene completato dal ruolo attribuito ai singoli Stati democratici, i quali sono tenuti ad adottare misure che limitano, in talune circostanze, la libertà individuale. Le limitazioni, però, per essere conformi alla CEDU, devono rispettare certi requisiti di forma e di sostanza: innanzitutto devono rispettare il requisito della *legalità*, per cui l'ingerenza deve essere “prevista dalla legge”; vi è, poi, in requisito della *finalità*, che riguarda lo scopo della limitazione che si intende porre in essere e che deve giustificare l'ingerenza; ed infine vi è il requisito della *necessità*, dal momento che l'ingerenza nell'esercizio di un diritto deve corrispondere a stringenti esigenze di natura pubblica o collettiva.

dei diritti dell'uomo, un primato sulla normativa interna, paragonabile a quello che hanno le norme costituzionali.

Viene così a delinearsi un nuovo spazio, caratterizzato da un'alta intensità di tutela dei diritti fondamentali, che individua quale pilastro portante la Convenzione, la quale deve il successo ad una molteplicità di fattori, tra cui: a) il fatto di poter annoverare, tra i suoi membri, Stati accumulati da un alto livello di civiltà; b) l'attuazione, a livello comunitario e nazionale, delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri in materia di diritti umani; c) il fatto che essa possiede, accanto ad un tradizionale meccanismo di controllo circa l'adempimento degli obblighi scaturenti dalla Convenzione – basato sui rapporti presentati dagli Stati membri – un più innovativo sistema di ricorsi, tanto statali quanto individuali, dinanzi ad organi internazionali, che garantisce un più efficiente ed efficace controllo dell'adempimento degli obblighi che scaturiscono direttamente dalla Convenzione¹²².

Tale ultimo aspetto, come già detto in precedenza, rappresenta l'elemento più innovativo e interessante del sistema previsto dalla CEDU ma, al contempo, dimostra come la tutela dei diritti da essa prevista sia ancora, se non altro, incompleta, essendo idonea a tutelare esclusivamente diritti a contenuto negativo (infatti, almeno sino ad

¹²² Vd. U. Draetta, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, parte istituzionale, V ediz., Milano, 2009, p. 262 e ss.

oggi, il giudice della Corte non dispone di alcun mezzo attraverso il quale garantire i diritti positivi e, più esattamente, i diritti sociali).

Più di recente, in tema di tutela dei diritti umani a livello comunitario, ci si è mossi per migliorare ulteriormente questo macrosistema, attraverso l'elaborazione della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, approvata in seno al Consiglio di Nizza nel dicembre del 2000, il cui obiettivo prioritario è quello di “rafforzare la tutela dei diritti fondamentali” e, in particolare, di riferire questi ultimi all'Unione europea e non solo agli Stati membri¹²³.

Quanto detto è ulteriormente confermato dal Preambolo della Carta in cui, infatti, è stabilito che “*i popoli europei, nel creare tra loro un'unione sempre più stretta, hanno deciso di condividere un futuro di pace fondato su valori comuni, costituiti dai principi universali ed indivisibili di dignità umana, di libertà, d'uguaglianza e di solidarietà*”, anche attraverso la citazione, in un unico testo, dei diritti civili, politici, economici, sociali e culturali finora enunciati in fonti diverse, internazionali, europee o nazionali¹²⁴.

Al di là del tentativo che si è fatto con la Carta, essa non si è rivelata, almeno per il momento, pienamente efficace e ciò dipende da diversi fattori, tra i quali, innanzitutto,

¹²³ Tale ultimo elemento trova conferma nell'art. 50 della Carta stessa, nel quale si legge che “*le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione*”.

¹²⁴ Nella Carta non vi è più una suddivisione degli articoli secondo le tradizionali classificazioni, le quali individuavano diverse categorie di diritti (per cui vi era la classe dei diritti civili e politici, la classe dei diritti economici e sociali ed, infine, la classe dei diritti di nuova generazione), dal momento che i diritti elencati nella stessa erano suddivisi secondo i valori fondamentali cui sono prevalentemente ispirati: dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia.

il fatto che essa riafferma diritti che già godono di uno status giuridico nell'ordinamento dell'Unione e quello comunitario¹²⁵; inoltre, tra le sue disposizioni, sono stati codificati alcuni diritti che non possono essere definiti propriamente fondamentali, o quanto meno non sono avvertiti come tali in tutti gli Stati membri.

Infine, la scelta di conferire, originariamente, alla Carta un'elevata valenza simbolica e politica, ma nessun effetto giuridico vincolante¹²⁶, aveva fortemente limitato gli effetti producibili in seno all'Unione europea.

In realtà, di recente tale limite è stato superato grazie all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (che ha apportato ampie modifiche al Trattato sull'Unione europea e al Trattato che istituisce la Comunità europea), firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore l'1 dicembre 2009, il quale, avendo richiamato espressamente la *Carta dei diritti fondamentali* in una sua norma, ha sancito che ad essa debba essere riconosciuto lo stesso valore giuridico dei trattati, pur avendola esclusa del testo del Trattato modificativo del Trattato sull'Unione europea¹²⁷.

In ogni caso, affinché la Carta possa assumere un significato proprio, dovrebbe rappresentare non soltanto la “summa” dei diritti civili riconosciuti ed affermati presso

¹²⁵ La Carta, in altre parole, contiene o diritti che sono già contemplati nel Trattato istitutivo della Comunità europea oppure principi generali del relativo ordinamento al cui rispetto l'Unione europea è tenuta in base all'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, il quale afferma: “*l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali...*”.

¹²⁶ La Carta, fino a poco tempo fa, non poteva essere riconosciuta come un accordo internazionale; pertanto, essa non poteva imporre obblighi giuridici vincolanti a carico dell'Unione e degli Stati membri.

¹²⁷ Vd. G. Strozzi, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale. Dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona*, Torino, 2009, p. 54 e ss.

gli Stati membri dell'UE ma andare oltre, identificando spazi e contenuti di novità rispetto al dato giuridico già esistente.

In conclusione, ad oggi è possibile asserire che la CEDU ed il suo innovativo sistema di ricorsi (il cui fulcro è rappresentato dalla Corte europea) è ed è rimasto il principale e più efficace strumento per assicurare il rispetto dei diritti umani da parte dei 46 membri del Consiglio d'Europa¹²⁸.

¹²⁸ Una prova di ciò può essere data dal constatare l'aumento vertiginoso dei ricorsi rivolti alla Corte, che si trova letteralmente sommersa dai ricorsi individuali. A tali problemi si sta cercando di trovare una soluzione attraverso l'introduzione del Protocollo n. 14, il quale è in parte finalizzato a semplificare le procedure ed a ridurre il numero di ricorsi da esaminare nel merito.

CAPITOLO II

IL DIRITTO ALLA SALUTE

Paragrafo I. Il Diritto alla Salute nella Costituzione italiana.

Oggi, la Costituzione italiana riconosce al diritto alla salute un ruolo ed una valenza primaria; esso costituisce oggetto di specifica tutela da parte dell'ordinamento giuridico che riconosce una garanzia piena al suo valore.

Il diritto alla salute, infatti, è l'unico tra i diritti inviolabili espressamente previsti dalla Costituzione ad essere definito come «*diritto fondamentale dell'individuo*»¹²⁹ (art. 32 Cost.), dal momento che esso rappresenta il presupposto per il godimento di tutti gli altri diritti inviolabili che la Costituzione stessa prevede.

Il diritto alla salute, come enunciato al primo comma dell'art. 32 della Costituzione italiana, è riconosciuto, al contempo, come *diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività*,.

*L'importanza primaria*¹³⁰ riconosciuta al diritto in questione trova conferma non soltanto nel tenore testuale della norma costituzionale (che sancisce solennemente il

¹²⁹Non è un caso che la Costituzione abbia previsto per il diritto alla salute l'esclusività dell'accezione di «*fondamentale*», non riscontrabile, infatti, con riferimento a nessun altro diritto tutelato dalla stessa.

¹³⁰Così si è espressa la Corte costituzionale con riferimento alla norma sancita all'art. 32 Cost., nella sentenza n. 142/1982. Vi sono altre sentenze della Corte costituzionale ove si fa espresso riferimento all'importanza primaria del diritto alla salute, definito dalla stessa come «*diritto primario e assoluto*»: tra esse le sentenze nn. 88/1979, 184/1986, 479 e 559 del 1987, 992/1988. Inoltre, particolarmente interessante è la sentenza della Corte costituzionale n. 5172 del 06/10/1979, ove essa chiarisce, punto per punto, i principali profili costituzionali riconducibili al diritto alla salute. Come constatato dall'Autore M. Luciani in, *Il diritto costituzionale alla salute*, in Dir. e soc. 1980, p. 769 e ss, tra tali principi vi è quello che riconosce il diritto alla salute come «*diritto fondamentale, garantito dalla Costituzione come tale (e cioè come situazione soggettiva individuale), oltre che come valore oggettivo immanente all'ordinamento*».

diritto alla salute), ma anche dai lavori preparatori della Carta costituzionale, che hanno portato alla formulazione definitiva della norma in questione: infatti, il riferimento alla «*fondamentalità*»¹³¹ del diritto alla salute non era previsto nel progetto originario presentato all'Assemblea costituente per la discussione, dal momento che esso è introdotto proprio al fine di rafforzare ed elevare la garanzia data dalla Costituzione alla salute.

In ogni caso, la semplice formulazione della norma in questione è, in realtà, il risultato di un lunghissimo e complesso processo di trasformazione che ha seguito il tortuoso percorso di maturazione dell'esperienza costituzionale in Italia e che è stata anche inevitabilmente condizionata dall'evoluzione storica delle diverse forme di Stato.

Infatti, dall'Assemblea Costituente ad oggi, la norma costituzionale in materia di salute ha subito dei profondi ed indispensabili cambiamenti che hanno favorito il delinearsi di un nuovo significato e l'ampliamento dell'ambito di intervento della norma stessa.

Dopo un primo periodo, che alcuni noti Autori hanno definito “*di sonno letargico*”, la norma ha conosciuto una nuova stagione che ha segnato l'avvio ad una piena e definitiva attivazione della stessa in diverse e disparate direzioni¹³².

¹³¹ M. Luciani, *Salute. Diritto alla salute* - Dir. cost., in Enc. giur. Treccani, Roma, 1989, p. 3.

¹³² Già in seno al dibattito in Assemblea Costituente erano state stabilite alcune indicazioni generali per definire meglio i contenuti e gli ambiti di applicazione della norma, tra le quali vi era: l'invito a collegare la norma al principio di uguaglianza sostanziale, l'osservazione che il diritto alla salute è il primo requisito essenziale per la libertà dell'individuo, la critica verso gli sprechi eccessivi del sistema previdenziale. Tali principi, per così dire

Durante il primo periodo del diritto alla salute, l'utilizzo della norma in questione (in precedenza prevista all'art. 26 Cost.) era circoscritto all'ambito dell'ordinamento previdenziale¹³³, per cui lo scopo prioritario della disposizione si riduceva all'assolvimento del problema assicurativo in tema di lavoro, dal momento che la disposizione era stata interamente attratta nell'orbita dell'art. 38 (in materia di lavoro, appunto). In tal maniera, la funzione attribuita al diritto alla salute, restando circoscritta alla mera previsione dei mezzi idonei a consentire la copertura di rischi inevitabili in ambito lavorativo (malattie ed infortunio sul lavoro), riduceva in modo arbitrario il rapporto salute-sicurezza.

Secondo questa impostazione, il diritto alla salute era considerato alla stregua di “*mero diritto sociale*”¹³⁴, che all'epoca era espressione di esigenze del tutto estranee ai principi a cui erano ispirati i diritti fondamentali dell'uomo; per questa ragione, infatti, si era giunti, persino, a contestare l'eventuale inserimento del diritto in questione nel «catalogo» dei diritti fondamentali dell'uomo accanto ai diritti di libertà civile.

“dimenticati” durante il primo periodo dall'entrata in vigore della Costituzione italiana, sono stati, poi, ripresi durante questo nuovo periodo, segnato da una profonda crisi della filosofia assicurativo-corporativa che ha avuto grande responsabilità nell'arresto della crescita in senso espansivo della norma.

¹³³ Vd. L. Montruschi, *Articolo 32*, in Commentario della Costituzione, Rapporti etico-sociali, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1976, p.146.

¹³⁴ Cfr. C. Smuraglia, *Salute*. Tutela della salute – Dir. lav., in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1989, p.1. Va precisato che il riferimento ai “diritti sociali”, in questo caso, deve essere ricondotto al modo di intendere questa categoria di diritti dell'uomo dello Stato liberale, ossia quando ad essi veniva attribuito un valore subordinato, o meglio, un ruolo minoritario a quello degli altri diritti di libertà. Essi, infatti, venivano intesi come doveri per lo Stato, piuttosto che come diritti dell'individuo, dal momento che, a differenza degli altri diritti di libertà che “potevano vantare” la capacità di essere *self-executing*, ossia immediatamente azionabili, essi necessitavano dell'intervento dello Stato per il loro concreto esercizio.

A partire degli anni 60 si aprì una nuova stagione di cambiamenti, promossa e sostenuta dal movimento sindacale, il quale partecipò in modo significativo a mettere in crisi i tradizionali equilibri di forza che avevano caratterizzato il mondo del lavoro fino a quel momento¹³⁵.

Ciò facilitò il delinearsi delle condizioni che portarono all'entrata in vigore dello "Statuto dei diritti dei lavoratori" (con legge n. 300 del 20/05/1970), il quale favorì la diffusione di una maggiore presa di coscienza circa la necessità di modificare in modo radicale il ruolo e la valenza del diritto alla salute e, conseguentemente, il sistema sanitario che su di esso si basava.

In ogni caso, il momento di vera maturazione della norma in esame, si ebbe, nel 1973, quando la Cassazione, con la sentenza n. 796/1973, riconobbe il diritto alla salute come *"un vero e proprio diritto soggettivo"*, il quale pone *"un limite invalicabile alla discrezionalità amministrativa"*¹³⁶.

La sentenza della Cassazione si ispirò alla natura assoluta del bene in oggetto, considerando il diritto alla salute come *"un diritto primario ed assoluto della persona umana"* che ha *"ben altra fonte che il diritto di pubblico impiego"*¹³⁷. Si andò, così, abbandonando quella percezione della norma, intesa come idonea a disciplinare tutti

¹³⁵ Iniziò, infatti, ad avvertirsi un generale rifiuto verso l'organizzazione del lavoro inteso come postulato estraneo alla dinamica e alla logica del conflitto industriale; cosa che portò ben presto alla messa sotto accusa della figura del medico e del tecnico per aver servito gli interessi padronali ed al rifiuto degli organi pubblici di controllo da parte del movimento operaio che ricorse all'ausilio di nuove strutture sanitarie orientate in senso democratico.

¹³⁶ Vd. Cass., sez. un., 21/03/1973, n. 796.

¹³⁷ Cfr. L. Montruschi, *Articolo 32*, in *Commentario della Costituzione*, cit., p. 160.

quei rapporti che implicavano l'utilizzo della forza-lavoro, non potendo non tener conto dei limiti e dei vincoli imposti per la tutela della persona, e dei potenziali pericoli per la sua integrità fisica in quell'ambito¹³⁸. In altre parole, l'individuo e il “suo” diritto alla salute iniziarono ad essere considerati in modo separato rispetto alla capacità di lavoro (generica o specifica) e alle condizioni economiche e sociali dell'individuo stesso¹³⁹.

Venne, così, progressivamente a delinearsi un progetto molto ambizioso, il cui scopo era quello di assicurare la tutela della salute a tutti i cittadini, secondo i principi di uniformità ed uguaglianza, senza distinzioni di categorie o condizioni personali e sociali¹⁴⁰.

La suddetta sentenza della Cassazione diede, dunque, un contributo significativo, dal momento che consentì di aprire nuovi ed inesplorati orizzonti circa la norma in esame¹⁴¹.

Sostenuto da queste significative premesse, iniziò, di conseguenza, a delinearsi un vero e proprio dibattito politico-giuridico intorno alla necessità di una riforma sanitaria che,

¹³⁸ Vd. M. Bessone, E. Roppo, *Garanzia costituzionale del diritto alla salute e orientamenti della giurisprudenza di merito*, in Giur. Mer., 1975, IV, p. 4 e ss.

¹³⁹ Infatti, finché l'uomo continuò ad essere considerato esclusivamente nella sua qualità di “produttore di ricchezze” o “dispensatore di forza-lavoro” valutabile economicamente, non fu possibile procedere ad un sistema di protezione dell'integrità fisica quale bene giuridico autonomo attraverso la concreta valorizzazione del diritto alla salute.

¹⁴⁰ L. Montuschi, *Articolo 32*, in Commentario della Costituzione, cit., p.158.

¹⁴¹ La sentenza della Cassazione costituì la premessa per il nuovo indirizzo, che prendeva corpo circa la valutazione del danno nell'ipotesi di lesione della c.d. “validità biologica” della persona fisica (la quale si basa proprio sull'assunto che attribuisce alla salute la valenza di un bene giuridico della persona primario e autonomo).

abbandonata la prospettiva assicurativa, procedesse all'individuazione di nuovi referenti oggettivi (sindacati, Regioni, etc.) finalizzati all'intervento nei settori di prevenzione, cura e riabilitazione del malato o del minorato.

Dal dibattito si passò, poi, alla Riforma sanitaria vera e propria, messa in atto con la legge n. 833 del 28/12/1973, i cui obbiettivi principali erano rappresentati dalla concreta attuazione del principio della *solidarietà sociale*, dal *principio di pari dignità*, e dalla *regola dell'uguaglianza sostanziale*.

Con la Riforma, fu istituito il “Servizio Sanitario Nazionale”¹⁴², grazie al quale divenne possibile estendere l'obbligo dello Stato di assicurare le prestazioni sanitarie e farmaceutiche a tutta la popolazione, e non più esclusivamente agli indigenti (come il sistema sanitario prevedeva in precedenza). Si passò, così, da un sistema di previdenza sociale (nel quale i cittadini ricevevano assistenza solo attraverso il versamento di contributi agli enti mutualistici di appartenenza) ad uno di sicurezza sociale, garantito dallo stesso Servizio Sanitario Nazionale¹⁴³.

¹⁴² Il Servizio Sanitario Nazionale, originariamente, era caratterizzato dall'utilizzo dei nuovi referenti (sindacati, Regioni, etc.), la cui rilevanza era stata riconosciuta per merito della Riforma Sanitaria. La struttura organizzativa si basava su due livelli: uno centrale ed uno regionale. Questo aspetto è significativo dal momento che consentì un'ulteriore innovazione, data dall'abbandono delle tradizionali strutture accentrate e dall'acquisizione della nuova politica del decentramento che, attribuendo un maggiore ruolo alle Regioni, facilitò gli interventi necessari e una maggiore efficienza in ambito amministrativo.

¹⁴³ Occorre precisare che, per quanto questa riforma sia caratterizzata da una portata innovativa rilevante, il Servizio Sanitario Nazionale (che rappresenta il principale risultato della riforma stessa), si rivelò, nel volgere di pochi anni, troppo costoso ed inefficiente; pertanto, fu necessario avviare una nuova riforma finalizzata a creare un'organizzazione basata su criteri di efficienza, razionalità ed economicità, al fine di assicurare a tutti i cittadini il libero accesso alle cure e la gratuità del servizio, secondo i criteri stabiliti dalla normativa in materia. Rilevante, in questa prospettiva, è stato il D. Lgs. 502/1992 (poi modificato dal D. Lgs. 229/1999), il quale pose l'accento sull'importanza di valorizzare il ruolo degli enti territoriali nelle fasi di programmazione dei piani

Questi significativi cambiamenti sono riconducibili al passaggio dallo Stato totalitario allo Stato sociale, dal momento che è proprio alla luce dell'esperienza degli Stati totalitari, che hanno caratterizzato la prima metà del 900, che si spiega la svolta che la disciplina dei diritti di libertà conobbe nell'Europa del secondo dopoguerra.

L'avvento dello Stato sociale¹⁴⁴ ha consentito, infatti, di ripristinare la sovranità del popolo che fino a quel momento gli era stata negata, ricollocando i diritti dell'uomo al centro del sistema costituzionale¹⁴⁵, ed introducendo una nuova interpretazione dei diritti di libertà, non più solo orientati verso l'individuo in quanto tale, bensì, verso l'individuo in quanto parte della società e delle sue varie articolazioni¹⁴⁶.

Tali novità hanno reso possibile individuare una nuova concezione positiva, ossia partecipativa dei diritti, intesi, pertanto, non più solo come libertà individuali, che postulano un comportamento negativo, ossia di non ingerenza da parte dei pubblici

sanitari e sulla necessaria trasformazione delle unità sanitarie locali in Aziende dotate di autonomia imprenditoriale.

¹⁴⁴ Come constatato dall'Autore L. Principato in, *Diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in Giur. cost., 2001, p. 874, la dinamica dei diritti sociali, nel passaggio dallo stato di diritto liberale-borghese al c.d. stato sociale di diritto, si basa su due assunti di fondo: a) lo stato di diritto si caratterizza per una contrapposizione tra uguaglianza e libertà, cui corrisponde la dicotomia diritti sociali – diritti di libertà; b) la struttura di ogni diritto sociale è tale da escludere la possibilità di azionare qualsiasi pretesa, nonostante se ne ravvisi un fondamento costituzionale, laddove difetti la *interpositio legislatoris*.

¹⁴⁵ Nello Stato totalitario, infatti, lo Stato trova in sé la propria legittimazione; è lo Stato e non più il popolo il vero sovrano ed è all'interno di questo sistema è il diritto dello Stato a rappresentare la fonte dei diritti di libertà e, al contempo, dei loro limiti.

¹⁴⁶ Come constatato dall'Autore M. Luciani in, *A proposito del diritto alla salute*, in Dir. e soc., 1979, p. 407 e ss., prima di allora vi erano pareri fortemente discordanti in merito alla qualificazione dei diritti sociali; secondo alcuni, infatti, i diritti sociali erano esclusivamente quelli che presupponevano, per il loro esercizio "la partecipazione al benessere sociale", altri, invece, riservavano quell'attributo ai soli diritti la cui soddisfazione sia improponibile al di fuori di una collaborazione della società. Vd. M. Mazziotti di Celso, *Diritti sociali*, in Enc. Dir., XII, Milano, 1964, p. 804.

poteri, bensì, che consenta di considerarli, piuttosto, come elementi fondamentali per la crescita sociale, economica e politica dei singoli¹⁴⁷.

Si tratta di una prospettiva nuova — indubbiamente sconosciuta alla tradizione del costituzionalismo ottocentesco, della quale non si rinnega l'impostazione individualistica dei diritti di libertà — che attribuisce ai diritti umani un'ulteriore valenza, reinterprelandoli non più in un'ottica esclusivamente garantista, di tutela di un spazio intangibile da parte dei poteri pubblici (la c.d. *libertà negativa* o *libertà dallo Stato*)¹⁴⁸ ma anche positiva, ossia che preveda un'effettiva partecipazione di tutti alla vita politica e sociale (la c.d. *libertà positiva* o *libertà nello Stato*). Ciò ha consentito di individuare un punto di congiunzione tra libertà negative e libertà positive, che rappresenta una condizione necessaria perché la sfera delle libertà e dell'autorità non restino nettamente distinte¹⁴⁹.

I cambiamenti che si verificarono con l'avvento dello Stato sociale — sostenuti dal crescente interesse della dottrina per i diritti fondamentali di libertà — avevano fatto sì che il contenuto e la valenza del diritto alla salute fossero integralmente stravolti per essere riletti ed interpretati sotto una nuova veste, la quale riconosceva il bene della *salute* come primario ed inviolabile diritto dell'uomo.

¹⁴⁷ Vd. G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1981, p. 755 e ss.

¹⁴⁸ Il modello a cui ci si riferisce è quello delineato dallo Statuto albertino, che è espressione di una concezione essenzialmente individualistica dei diritti di libertà, il cui elemento caratterizzante è rappresentato dalla garanzia della legge a difesa delle sfere di autonomia individuale (la libertà dallo Stato).

¹⁴⁹ Vd. T. Martinez, *Diritto costituzionale*, XI ediz., 2010, p. 586 e ss.

In tal maniera, viene messa definitivamente in crisi la visione ottocentesca di matrice illuministico-liberale dei diritti di libertà, intesi, sino ad allora, quali “diritti pubblici soggettivi” che nascono contro lo Stato a tutela della società politica, e che rimangono, pertanto, estranei alla società civile¹⁵⁰.

Il risultato cui si giunge attraverso questo lungo ed elaborato processo è una Carta costituzionale italiana che dedica ampio spazio al riconoscimento dei diritti della persona umana¹⁵¹, tra i quali vi è il diritto alla salute, al quale la stessa riconosce un’importanza primaria, rappresentando “*il perno attorno al quale ruotano, a distanza più o meno ravvicinata, tutti gli altri diritti sociali*”¹⁵², ossia un presupposto indispensabile per il godimento di tutti i diritti costituzionali.

¹⁵⁰ G. Lombardi, *Diritti di libertà e diritti sociali*, in Pol. dir., 1999, p. 7 e ss.

¹⁵¹ Questi diritti vengono definiti dalla stessa come “diritti inviolabili”, in quanto elementi fondamentali e indispensabili a caratterizzare in senso democratico l’ordinamento statuale voluto dal costituente.

¹⁵² Vd. A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in Enc. giur. Treccani, XI, Roma, 1989, p. 25-26.

Paragrafo II. I molteplici contenuti del diritto alla salute: Profili oppositivi e pretensivi.

Attraverso il percorso evolutivo precedentemente esposto si giunge alla definizione moderna del diritto alla salute, inteso come “*lo stato di benessere fisico, mentale e sociale, oggetto di specifica tutela da parte dell’ordinamento*”¹⁵³.

Esso, dunque, che la Costituzione italiana riconosce come il diritto fondamentale ed inviolabile per antonomasia¹⁵⁴, costituisce una condizione esistenziale estremamente complessa¹⁵⁵, essendo caratterizzato da una doppia natura: se da un lato, infatti, tale diritto partecipa della natura dei diritti di stampo liberale, i quali rifiutano l’intervento dello Stato per la loro realizzazione (art. 32, comma 2 Cost.)¹⁵⁶, dall’altro lato, esso

¹⁵³ Cfr. AA. VV., *La Costituzione explicata*, VI ediz., Napoli, 2006, p. 80.

¹⁵⁴ Come già accennato in precedenza, la Costituzione italiana non si limita a far rientrare il diritto alla salute tra i diritti riconosciuti dalla Repubblica come inviolabili (art. 2 Cost.), ma attribuisce alla salute l’accezione di “*fondamentale*” (art. 32 Cost.), proprio al fine di far risaltare la sua essenzialità. Come constatato dall’Autore Barone, in *Diritti inviolabili della persona di nuova e vecchia generazione di fronte al potere autoritativo dell’amministrazione. Limiti al principio della degradazione di diritti a interessi*, in Studi per Giovanni Montemagno, Milano, 2006, p. 337 e ss., infatti, questa accezione non è, infatti, riscontrabile con riferimento ad altri diritti inviolabili previsti dalla Costituzione. Inoltre, il particolare valore riconosciuto dalla Costituzione dal diritto alla salute è tale da far sì che, qualora sussistano provvedimenti amministrativi che possano comprimere il diritto in questione, esso ugualmente non subisce degradazioni.

¹⁵⁵ Vd. L. Principato, *La immediata precettività dei diritti sociali ed il contenuto minimo del diritto fondamentale della salute*, in Giur. cost., 1998, p. 3858. L’Autore ha evidenziato, in particolare come la stessa lettura della Costituzione appaia “*chiaramente oscura*”, nel fornire una garanzia ad un fondamentale diritto dell’individuo e, al contempo, ad un interesse della collettività. Ciò, infatti, a consentito alla dottrina di sostenere il tutto ed il contrario di tutto in merito al diritto alla salute: in alcuni casi, infatti, essa è stata collocata nell’ambito dei meri interessi legittimi; talvolta nel novero dei diritti soggettivi perfetti; non è mancato, inoltre, chi riconoscendo nel diritto alla salute semplicemente un diritto sociale, ha ricostruito la situazione giuridica secondo lo schema del diritto pubblico soggettivo, ovvero di una pretesa a prestazioni positive dallo Stato, subordinata alla predisposizione legislativa delle strutture necessarie alla fruizione del relativo servizio. La Stessa lettura della Costituzione, secondo la quale la salute è un diritto fondamentale non sembra avere, secondo l’Autore, un preciso rilievo giuridico, dal momento che tale accezione indica una pretesa giuridicamente rilevante, senza chiarire quale sia la struttura (diritto soggettivo, interesse legittimo), la quale resta comunque da verificare.

¹⁵⁶ Secondo questa prima accezione, il diritto alla salute appartiene alla categoria dei c.d. diritti di stampo liberale, ossia di quei diritti la cui tutela è intesa come garanzia di uno spazio intangibile da parte dei pubblici poteri, postulando un comportamento di non ingerenza da parte dello Stato.

aderisce alla natura dei diritti pretensivi, cioè di quei diritti sociali che si possono realizzare solo o prevalentemente attraverso l'intervento dello Stato.

Secondo la prima accezione, il diritto alla salute si sostanzia nella figura del diritto all'integrità psico-fisica dell'individuo, che consiste nel riconoscimento della titolarità di un bene naturale e personale (la salute, appunto) la cui soddisfazione piena e non mediata deve essere garantita¹⁵⁷ attraverso il mantenimento di una sfera di intangibilità a vantaggio dell'interesse tutelato (ossia, l'integrità psico-fisica dell'individuo), che tanto i poteri pubblici quanto ciascun individuo sono tenuti a rispettare, essendo obbligati a non tenere comportamenti di pericolo e di danno¹⁵⁸.

Il diritto alla salute, da questo punto di vista, si presenta come un diritto soggettivo a contenuto prescrittivo e, come tale, immediatamente applicabile (o “*self-executing*”)¹⁵⁹, la cui particolare struttura giuridica fa sì che la sua azionabilità sia autonoma, ossia dipenda esclusivamente dal comportamento del titolare del diritto stesso, il quale ha la possibilità di azionarlo direttamente dinanzi all'autorità giudiziaria, anche in mancanza di intervento del legislatore o della pubblica amministrazione.

¹⁵⁷ Vd. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, VI ediz., Milano, 2004, p. 284.

¹⁵⁸ Si individua, nella sostanza, una situazione giuridica di vantaggio che deve essere tutelata in via assoluta, dal momento che essa può essere fatta valere sia verso lo Stato ed i poteri pubblici in genere, che verso le autorità private (ad es. imprese, etc.) e che non necessita dell'intervento del legislatore come condizione di tutela.

¹⁵⁹ Cfr. A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in Enc. Giur. Treccani, cit, p. 26.

Un'applicazione particolarmente significativa del diritto all'integrità psico-fisica è quella relativa al diritto al risarcimento del *danno biologico*¹⁶⁰, al quale, come già ampiamente esposto nel corso della dissertazione, viene riconosciuta garanzia costituzionale piena, intendendo il danno subito come lesione del bene salute (a prescindere dalle conseguenze indirette che la lesione abbia prodotto sulla capacità di produzione di reddito del danneggiato)¹⁶¹.

Questo primo aspetto, tuttavia, non esaurisce la materia del diritto in questione, al quale è possibile ricondurre anche una seconda accezione, data dal “*diritto alle prestazioni sanitarie*”, ovvero il diritto ad essere curati¹⁶².

A differenza di quanto precedentemente affermato con riferimento alla prima accezione del diritto in questione (diritto alla propria integrità psico-fisica), quindi, il diritto alla salute, partecipando alla natura dei diritti sociali, si configura anche come un tipico diritto a prestazione, che postula un comportamento positivo, ossia, partecipativo dello Stato (necessitando del suo intervento per la sua piena attuazione).

¹⁶⁰ La Corte di Cassazione è intervenuta, infatti, riconoscendo il principio dell'autonoma risarcibilità del danno alla salute (come danno all'integrità psico-fisica). In questo senso, vd. Cass. sentenze nn. 2258 e 3675 del 1981; 2396/1983; 2422, 6134 e 6135 del 1984; 1130 e 3112 del 1985; 3367/1988; 2150/1989; 645, 2761 e 7101 del 1990; 1328/1991.

¹⁶¹ Vd. M. Luciani, *Salute. Diritto alla salute*, in Enc. giur. Treccani, cit., p 5 ss.

¹⁶² Vd. B. Caravita, *La disciplina costituzionale della salute*, in Dir. e soc., 1984, p. 23. La caratteristica di programma attribuita alla norma è confermata dalle interrelazioni che sono riscontrabili nel primo comma dell'art. 32: la dichiarazione della salute come <<fondamentale diritto dell'individuo>> e come <<interesse della collettività>> significa necessariamente che nell'azione dei pubblici poteri si intrecciano situazioni soggettive, individuali, collettive, interessi pubblici, per i quali necessita il ricorso al meccanismo del bilanciamento che spetta al legislatore, il quale è tenuto a rispettare il compito minimo di garantire cure gratuite agli indigenti. L'Autore, inoltre, mette in evidenza come sia parzialmente diverso il significato e la funzione dell'ultimo inciso dell'art. 32, comma 1, secondo cui “*la Repubblica garantisce cure gratuite agli indigenti*”, cui non sembra possa attribuirsi un mero valore programmatico, nel senso da lui indicato di finalità attribuite al legislatore.

In altre parole, perché si possa godere di questo diritto (inteso come diritto alle prestazioni sanitarie) è necessario l'intervento dei pubblici poteri, i quali si impegnano a renderlo effettivo, intervenendo sia direttamente, attraverso apposite strutture assistenziali, che indirettamente, mediante la predisposizione degli strumenti idonei a consentire anche a soggetti privati lo svolgimento della stessa funzione¹⁶³.

La giurisprudenza è intervenuta a sottolineare l'importanza primaria del "diritto a ricevere cure mediche"¹⁶⁴, sostenendo l'essenzialità di tale diritto, quantomeno quando i trattamenti sanitari risultino obiettivamente indispensabili rispetto alle esigenze dell'organizzazione pubblica della sanità¹⁶⁵. Si tratta, infatti di un diritto che, ove mancasse, svuoterebbe il significato del diritto fondamentale alla salute.

Il diritto alle prestazioni sanitarie (che si realizza attraverso l'azione dei poteri pubblici), tuttavia, incontra non pochi limiti: essi sono riconducibili, innanzitutto, al rapporto tra il diritto stesso e gli altri diritti o valori sociali che con esso possono entrare in relazione ovvero in potenziale conflitto.

¹⁶³ Vd. P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., p. 397.

¹⁶⁴ Vd. M. Luciani, *Salute. Diritto alla salute*, in Enc. giur. Treccani, cit., p. 8 e ss. Pur non sottovalutando l'importanza del diritto alle cure mediche (o diritto a trattamenti sanitari), è stato ugualmente sostenuto che tale diritto possa essere inteso come un diritto strumentale rispetto a quello alla salute, essendo implicito in tre disposizioni contenute nell'art. 32 della Costituzione: in primo luogo, il diritto a ricevere trattamenti sanitari è desumibile dal diritto alla salute stesso, il quale, presupponendo una condizione di assenza di malattia, che giustifica le attività terapeutiche volte a prevenire e curare le malattie; in secondo luogo, la Costituzione statuisce all'art. 32, 2° comma, un diritto degli indigenti a ricevere cure gratuite, ossia il diritto a ricevere determinate prestazioni positive il cui godimento è, però, condizionato dalla presenza di strutture sanitarie pubbliche o finanziate dallo Stato; infine, l'art. 32, 2° comma, stabilisce che nessuno può essere obbligato a sottoporsi a trattamenti sanitari, salvo quelli determinati in base alla legge, riconoscendo, così, al singolo la libertà di sottoporsi a trattamenti sanitari o meno.

¹⁶⁵ Vd. Corte cost., sent. n. 992/1988.

Uno dei principali problemi è rappresentato dall'allocazione delle risorse finanziarie: muovendo dalla premessa secondo cui il diritto ad essere curato è un diritto a prestazione, è possibile desumere che *“la soddisfazione di tale diritto è possibile solo con gradualità, nei limiti della disponibilità di bilancio e all'interno di un ragionevole bilanciamento con le esigenze finanziarie”*.¹⁶⁶ In merito alla questione, è intervenuta anche la Corte costituzionale al fine di chiarire l'importanza delle problematiche connesse alla scarsità delle risorse economiche disponibili per garantire l'effettiva tutela del bene della salute all'intera collettività. Il diritto alla salute, infatti, andrà immancabilmente a scontrarsi con problematiche di tipo organizzativo e di finanza pubblica, dal momento che lo Stato si troverà costretto a graduare le prestazioni sulla base della sua disponibilità finanziaria e sulla base degli obiettivi che lo stesso deve perseguire con riferimento alle necessità della collettività. Ciò dipende dal fatto che *“il Welfare non è solo questione di diritti, ma anche di politica economica”*¹⁶⁷. Da ciò ne consegue che *“il presupposto di fatto delle disponibilità finanziarie finisca per giocare un ruolo fondamentale nell'affermazione del diritto alle prestazioni sanitarie: in questo contesto, è allora probabile che l'enucleazione di un nucleo minimo del diritto alla salute individui una sorta di precedenza nell'allocazione delle risorse che*

¹⁶⁶ Cfr. M. Luciani, *Salute. Diritto alla salute*, in Enc. giur. Treccani, cit., p. 9.

¹⁶⁷ Cfr. R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, cit., p.502.

*può rendere incostituzionali leggi di attuazione che non lo soddisfino adeguatamente*¹⁶⁸.

In altre parole, la piena attuazione della norma in questione, come la stessa Corte costituzionale ha dichiarato, inevitabilmente e sistematicamente, coinvolge meccanismi del sistema del bilanciamento, il quale non può non tener conto dei limiti oggettivi che il legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone. Tuttavia, ciò non deve, in nessun caso, comportare una compressione eccessiva del bene della sanità pubblica: la Corte costituzionale ha chiarito che le prestazioni sanitarie sono graduabili in ragione della disponibilità finanziarie dello Stato, ma non sino al punto di negare le cure necessarie alla sopravvivenza della collettività¹⁶⁹.

Lo Stato, infatti, nel tenere conto dei limiti oggettivi che incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone, non può tralasciare «il nucleo irriducibile del diritto alla salute» protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana¹⁷⁰.

Alla luce di quanto detto sin ora, dovrebbero risultare più evidenti le difficoltà che, inevitabilmente, si incontrano nel ricercare una definizione completa del diritto alla salute: parte della dottrina tende a considerarlo come un *diritto soggettivo perfetto*,

¹⁶⁸ Vd. P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., p. 397.

¹⁶⁹ Vd. R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, cit., p. 469.

¹⁷⁰ Vd. Corte cost., sentenze nn. 185/1988; 309/1999; 509/2000.

anche se, in effetti, “questa è un’affermazione che non riesce a spiegare perché mai il diritto alla salute sia tale solo con riguardo a determinati fini ed in determinati ambiti (ad es. nei rapporti tra privati o ai fini del risarcimento), mentre in altri contesti non riesce a trovare sempre integrale protezione. Così, anche a voler ammettere che quello alla salute sia davvero un diritto soggettivo perfetto, nel senso tradizionale del termine, non può negarsi che esso presenti dei profili di atipicità”¹⁷¹, dal momento che “la certezza della sua attualità risulta apparentemente inconciliabile con l’incertezza della sua piena soddisfazione”¹⁷². In sostanza, la norma in questione presenta un forte elemento di specialità, che consiste nella sua predisposizione ad includere due diversi ambiti di tutela: il primo, che consente di individuarlo come una *norme prescrittiva*, la quale presuppone una piena ed immediata operatività, nel senso che essa è — in caso di lesione o limitazione illegittima posta in essere da previsioni le cui fonti siano subordinate — immediatamente azionabile nei confronti di terzi; il secondo, con riferimento al quale il diritto in questione risulta appartenere alla categoria delle c.d. “*norme programmatiche*” o “diritti di prestazione”, i quali stabiliscono un diritto dei cittadini di ricevere determinate prestazioni da parte degli apparati pubblici, e che,

¹⁷¹ Vd. M. Rossetti, *Il danno alla salute. Biologico-Patrimoniale-Morale-Profilo processuali- Tabelle per la liquidazione*, Padova, 2009, p. 104.

¹⁷² Cfr., C. M. D’Arrigo, *Diritto alla salute*, in Enc. del dir., Milano, 2001, p. 1009. Su tale argomento è intervenuto, inoltre, Principato in *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive*, in Giur. cost., 1999, n. 4, p.2508, il quale definisce la salute come “*fascio di diritti*”.

dunque, vengono considerate come “norme ad efficacia differita”¹⁷³, dal momento che necessitano, di regola, di venir attuate attraverso un’ulteriore regolamentazione di dettaglio.

In conclusione, il carattere dicotomico del diritto alla salute, che rappresenta la sua peculiare caratteristica¹⁷⁴, permette di considerarlo come “*quella fattispecie di libertà... cui corrisponda un generale dovere di astensione...*”, ma “*che avrebbe anche, necessariamente, un contenuto positivo identificabile nell’obbligo dello Stato di apprestare mezzi e condizioni che ne rendano possibile a tutti il godimento allo stesso modo e nella medesima misura*”¹⁷⁵.

¹⁷³ Vd. P. F. Grossi, *I diritti di libertà a uso di lezioni*, cit., p. 202-203.

¹⁷⁴ Questo dato, in passato, ha sicuramente generato forti controversie e critiche, per lo meno tra i costituzionalisti che sono tendenzialmente portati a considerare le due categorie di norme come appartenenti ad universi distinti e separati. La critica che viene portata maggiormente avanti in questo contesto, attiene alla rinuncia, che si dovrebbe fare, di una visione unitaria ed uniforme della struttura dei molteplici diritti di libertà, dovendo ammettere che alcuni di essi avrebbero una dimensione multiforme rispetto ad altri che presentano, piuttosto, una consistenza dimezzata. Senza contare l’inconveniente più grave, dato dal fatto che questo sistema parrebbe capace di determinare l’offuscamento dei tratti fisionomici tipici alle due categorie dei diritti di libertà e di quelli a prestazione sino a smarrirne l’esatta nozione. In ogni caso, queste obiezioni sembrano essere ormai superate.

¹⁷⁵ Vd. P.F. Grossi, *I diritti di libertà a uso di lezioni*, cit., p. 206.

Paragrafo III. Il diritto alla salute come diritto individuale e come interesse della collettività.

Il principio generale espresso all'art. 32 Cost., secondo il quale la Repubblica riconosce il diritto alla salute “come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività”, rappresenta una norma impeccabile attraverso la quale il costituente ha stabilito che la salute non può essere considerata solo alla stregua di un bene individuale da proteggere, rappresentando, al contempo, un bene collettivo di eminente rilevanza sociale.

Pertanto, il diritto alla salute, come già esposto precedentemente, se da un lato presuppone la titolarità di un bene naturale e personale (la salute), nei cui confronti gli altri consociati sono obbligati a non tenere comportamenti di pericolo o di danno (tutela dell'integrità psico-fisica dell'individuo); dall'altro lato, esso si presenta come il diritto ad essere curato, per il quale sussiste la necessità dell'intervento dei pubblici poteri i quali sono tenuti a porre in essere le condizioni necessarie per il pieno godimento del diritto in questione, attraverso la predisposizione di strutture sanitarie idonee ad offrire prestazioni curative.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, quindi, diviene fondamentale l'intervento di tutti i soggetti pubblici che compongono la Repubblica (Stato, Regioni, Province, Comuni), i quali sono tenuti ad impegnarsi per rendere effettivo il diritto attraverso la

predisposizione di strutture apposite, il cui scopo primario è dato, dunque, dall'obbligo di garantire le condizioni minime di salute e benessere psico-fisico dell'individuo, indipendentemente dalle sue condizioni economiche.

Sotto questo profilo, significativa è stata la riforma sanitaria, introdotta con la legge n. 833/1978, che ha istituito il Servizio Sanitario Nazionale, il quale rappresenta uno dei provvedimenti di maggiore importanza per garantire la tutela del diritto alla salute alla collettività; grazie ad esso, infatti, è stato possibile dare piena attuazione all'art. 32 Cost., il quale sancisce il diritto alla salute di tutti gli individui¹⁷⁶.

Il Servizio Sanitario Nazionale rappresenta, dunque, un sistema pubblico di carattere universalistico che garantisce l'assistenza sanitaria a tutta la popolazione attraverso l'erogazione di servizi e attività assistenziali svolte dai servizi sanitari regionali, dagli enti, dalle istituzioni di rilievo nazionale e dallo Stato, il cui scopo primario è quello di creare un efficiente ed uniforme sistema sanitario a salvaguardia dell'intera popolazione¹⁷⁷.

Infine, per completare l'analisi dei principali contenuti del diritto alla salute occorre far riferimento all'ambito del diritto del lavoro, dal momento che il diritto in questione ha, da sempre, avuto particolare rilevanza in quel contesto. Tra le ragioni per cui una

¹⁷⁶ Con riferimento al Servizio Sanitario Nazionale, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 992/1988, avendo riconosciuto il diritto alla salute come "*diritto primario e fondamentale che... impone piena ed esaustiva tutela*", aveva voluto intenderlo anche come un diritto a prestazione da parte del Servizio Sanitario Nazionale.

¹⁷⁷ Tra le principali innovazioni introdotte dal Servizio Sanitario Nazionale, infatti, vi è l'estensione dell'obbligo dello Stato di assicurare le prestazioni sanitarie e farmaceutiche non solo agli indigenti, ma anche a tutta la popolazione, indipendentemente dalle condizioni economiche di ciascuno.

rigorosa tutela della salute deve essere apprestata, in particolar modo, a favore dei lavoratori vi è il fatto che il lavoro costituisce una esigenza vitale dell'uomo, rappresentando il fondamento essenziale della Repubblica (art. 1 Cost.), oltre che un dovere sociale (art. 4, co. 2° Cost.).

Per molto tempo, tuttavia, la questione del riconoscimento di una tutela effettiva del diritto alla salute dei lavoratori è stata vista in termini prevalentemente riparatori o assistenziali, anche se la giurisprudenza è andata progressivamente orientandosi verso un'impostazione radicalmente diversa: essa, infatti, avendo via via abbandonato l'impostazione precedente che, nell'inevitabile conflitto tra la tutela della salute di chi lavora e l'interesse di chi organizza l'attività produttiva, faceva prevalere quest'ultimo, considerando il sacrificio della salute come un male inevitabile, connesso con le esigenze della produzione e dello sviluppo economico.

La nuova impostazione, invece, si basa su una lettura sistematica e complessiva della Carta costituzionale italiana, la quale, nel riconoscere all'art. 41 la libertà di iniziativa economica privata, stabilisce, al secondo comma, che essa non può svolgersi *“in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”*.

Ciò ha consentito di affermare, una volta per tutte, che le esigenze produttive non possono, in nessun caso, costituire un limite al diritto alla salute, dal momento che

esso deve potersi esplicare in tutta la sua compiutezza fino al sacrificio delle esigenze della produzione.

Attraverso tale mutamento di prospettiva al lavoratore è stato, dunque, riconosciuto “*un diritto personale ed assoluto con le correlative garanzie di tutela, nel senso duplice di conservazione della sua integrità fisica e di mantenimento della stessa capacità lavorativa*”¹⁷⁸.

Alla luce di queste considerazioni, è possibile svolgere un'analisi concreta in merito ai provvedimenti con cui l'ordinamento ha apprestato e continua ad apprestare tutela al diritto alla salute del lavoratore: partendo, infatti dalla clausola generale contenuta all'art. 2087 c.c., la quale aveva posto a carico dell'imprenditore un generale obbligo di sicurezza¹⁷⁹, si giunge alla Costituzione italiana, la quale si è spinta ben oltre, consacrando, all'art. 35, un principio generale di tutela del lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni. Altri provvedimenti di particolare rilevanza sono rappresentati dal d.P.R. 27/04/1955, n. 547 sulle “*Norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro*”, ed il d.P.R. 19/03/1956, n. 303, sulle “*Norme generali per l'igiene sul lavoro*”, i quali sono ormai modificati ed integrati dalla legge sulla riforma sanitaria n. 833/1978.

¹⁷⁸ Cfr. C. Smuraglia, *Salute, Tutela della salute*, in Enc. giur. Treccani, cit., p. 2.

¹⁷⁹ La pronuncia della Cassazione, sez. un., n. 796 del 21/03/1973, la quale identificò nella salute non già la materia di un semplice interesse legittimo, ma l'oggetto di un vero e proprio diritto soggettivo, da considerare come fondamentale e come corrispondente ad un diritto primario ed assoluto della persona, aveva contribuito a modificare la portata della norma prevista all'art. 2087 c.c., dal momento che la tutela della salute dei lavoratori veniva, così, ad assumere un nuovo valore, tanto con riferimento ai rapporti pubblicistici, quanto con riferimento a quelli di natura privatistica.

Inoltre, tra i provvedimenti di maggiore importanza in materia di tutela alla salute dei lavoratori, vi è la legge n. 300 del 20 maggio 1970, recante “*Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell’attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme di collocamento*”. Lo Statuto dei lavoratori, così denominato, costituisce una delle norme principali del diritto del lavoro italiano; la sua introduzione favorì, infatti, dopo decenni di lotte per accogliere i principi della Costituzione repubblicana anche nei luoghi di lavoro, l’istituzione di un ampio sistema di garanzie e di tutele per i lavoratori, avendo apportato delle importanti e notevoli modifiche sia sul piano delle condizioni di lavoro, che su quello dei rapporti tra i datori di lavoro, i lavoratori e le loro rappresentanze sindacali. In particolare, con riferimento al diritto alla salute dei lavoratori, lo Statuto, avendo preso atto della mancanza di una norma generale di tutela delle condizioni di lavoro, ha introdotto, con l’art. 9, il riconoscimento del diritto del lavoratore alla tutela della sua salute e della sua integrità psico-fisica.

Nel 1979 la Corte costituzionale ha affermato che l’art. 32 Cost. tutela la salute non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell’individuo e ne ha dedotto che, trattandosi di “un diritto primario ed assoluto pienamente operante anche nei rapporti tra privati”, in presenza di fatti lesivi di tale diritto, il risarcimento del danno da corrispondere alla vittima “*non può essere limitato*

*alle conseguenze della violazione incidenti sull'attitudine a produrre reddito, ma deve comprendere anche gli effetti della lesione al diritto, considerato come posizione soggettiva autonoma, indipendentemente da qualsiasi altra circostanza o conseguenza*¹⁸⁰.

Infine, con la sentenza n. 87 del 15 febbraio 1991, la Corte costituzionale aveva richiamato l'importanza dell'intervento pubblico per la riparazione del danno alla salute patito dal lavoratore per eventi connessi alla propria attività lavorativa, dal momento che l'esclusione di tale intervento non sarebbe in sintonia con la garanzia della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività¹⁸¹.

¹⁸⁰ Cfr. Corte cost., sentenza n. 88 del 26 luglio 1979, in *Foro it.*, 1979, I, 2542.

¹⁸¹ Vd. M. Santilli, A. Giusti, *Salute. Tutela della salute – dir. civ.*, in Enc. giur. Treccani, XI, 1989, p.

Paragrafo IV. Segue. Il diritto alla salute come interesse individuale e come interesse della collettività. I trattamenti sanitari obbligatori.

La Costituzione italiana, dunque, oltre ad attribuire al diritto alla salute un duplice contenuto, che la stessa riconosce tanto al singolo individuo quanto alla collettività stabilisce il fondamentale principio per cui *“nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”* (art. 32, comma 2, Cost.)

Attraverso tale disposizione, la Costituzione stabilisce un diritto al *“rifiuto di cure”*, in forza del quale nessuno può essere obbligato a sottoporsi a trattamenti sanitari che, per qualunque ragione (di carattere religioso, politico, economico), siano contrari al pensiero o alle credenze del titolare del diritto in questione¹⁸².

Tuttavia, questo aspetto del diritto alla salute pone il problema di ricercare un giusto equilibrio tra il diritto alla salute, inteso come diritto del singolo, ed il medesimo diritto, inteso come interesse della collettività¹⁸³. Infatti, il costituente ha individuato nell'interesse della collettività l'unico *limite al godimento del diritto alla salute e alla libertà di disporre del proprio corpo in capo ai titolari dello stesso*.

¹⁸² I trattamenti sanitari sono, infatti, di regola, volontari (così come è libera la scelta del medico e del luogo di cura) per cui non esiste un generico obbligo di curarsi.

¹⁸³ Vd. F. Modugno, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in Dir. e soc., 1982, p. 303 e ss. e S. P. Panunzio, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in Dir. e soc., 1979, p. 168 e ss.

Tale limite si sostanzia nell'obbligo, per tutti i soggetti, di sottoporsi, nel caso in cui la sanità pubblica sia a rischio, a determinati trattamenti sanitari ai fini della prevenzione, i quali devono essere previsti dalla legge¹⁸⁴ ed adeguatamente motivati da cause che possano mettere a rischio la salute della collettività.

Pertanto, *“l'obbligo di assoggettarsi ad un trattamento sanitario obbligatorio o addirittura coattivo, è ammesso solo se necessario per la tutela della salute della collettività; non è consentito imporre un trattamento sanitario per tutelare la sola salute individuale del soggetto, senza alcun vantaggio per l'interesse collettivo”*¹⁸⁵.

I trattamenti sanitari obbligatori sono attuabili, dunque, solo nel caso in cui vi sia la necessità di garantire la tutela della salute pubblica e non già della salute individuale, per la quale prevale la scelta del singolo individuo, dovendo sempre il medico informare il paziente delle conseguenze dei trattamenti sanitari che gli propone e che non può eseguire senza il suo consenso¹⁸⁶.

Il riconoscimento della legittimità dei trattamenti sanitari obbligatori costituisce, quindi, un'eccezione rispetto alla regola generale, la quale stabilisce che *“nessuno può essere obbligato a un trattamento sanitario”* (art. 32, comma 2 Cost.).

¹⁸⁴ La Costituzione italiana, all'art. 32, 2° comma, è talmente chiara sull'argomento, da lasciare pochissimo margine di spazio all'interpretazione, infatti, in essa è stabilito che: *“nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario, se non per disposizione di legge.”*

¹⁸⁵ Cfr. AA. VV., *La Costituzione spiegata*, cit., p. 81.

¹⁸⁶ Questo aspetto è riconducibile ad alcune più recenti tendenze legislative e giurisprudenziali che hanno arricchito il significato del diritto alla salute di un ulteriore elemento, rappresentato dal *diritto al consenso informato*; esso si riferisce a trattamenti sanitari che sono, di norma, volontari, per cui ove violato, esso è causa di responsabilità del medico, indipendentemente dall'esito del trattamento sanitario.

In tal maniera, il costituente attribuisce all'individuo la facoltà di decidere se sottoporsi o meno ad una determinata terapia, salvo il caso in cui all'interesse alla salute del singolo si sovrapponga l'interesse alla salute della collettività, dal momento che la Costituzione ammette la legittimità dei trattamenti sanitari obbligatori o coattivi, se stabiliti “*per disposizione di legge*” (art. 32, comma 2 Cost.)¹⁸⁷ e solo a determinate condizioni. Innanzitutto, infatti, i trattamenti devono essere finalizzato esclusivamente alla protezione dell'interesse della collettività alla salute generale, non potendo essere rivolti al perseguimento di generici interessi di carattere pubblico. Inoltre, tali trattamenti non possono violare i limiti imposti dal «rispetto della persona umana» (art. 32, comma 3 Cost.), dato che qualsiasi trattamento sanitario, anche se posto a tutela di un diritto fondamentale e collettivo, in nessun caso può degenerare in violenza fisica sulle persone sottoposte a trattamento sanitario né comunque ledere i diritti fondamentali dell'individuo (art. 2 Cost.). In realtà, quest'ultima condizione non sembra cogliere a pieno lo stretto legame esistente tra l'art. 32 e gli artt. 2 e 3, 2° co., attraverso il quale è desumibile la libertà dell'individuo di autodeterminarsi, la libertà di fissare le modalità ed il disegno del proprio essere «persona»¹⁸⁸, per cui, sotto questo profilo, il “rispetto della persona umana” coincide anche con “*il rispetto della*

¹⁸⁷ i trattamenti devono essere previsti dalla legge, o da questa consentiti, dal momento che perché possano imporsi trattamenti sanitari obbligatorio occorre che sia rispettato il principio della riserva di legge (la quale deve essere assoluta, avendo posto un limite ad una libertà fondamentale dell'individuo)

¹⁸⁸ Vd. M. Luciani, *Salute. Diritto alla salute*, in Enc. giur. Treccani, cit., p. 10.

*libertà di scelta del singolo, che solo può fissare le modalità ed il disegno del proprio essere persona*¹⁸⁹.

Inoltre, ad arricchire il contenuto ed il significato di questo aspetto, è intervenuta la legge n. 833 del 1978 che ha sancito la regola generale secondo la quale: *“i trattamenti sanitari obbligatori devono essere disposti nel rispetto della dignità della persona e del rispetto dei diritti civili e politici, compreso, per quanto possibile, il diritto alla libera scelta da parte del paziente del medico e del luogo di cura, e devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato*¹⁹⁰.

In conclusione, è possibile affermare che *la disciplina in materia di trattamenti sanitari può essere intesa come applicazione del diritto di disporre del proprio corpo* (il diritto di libertà, previsto all’art. 13 della Costituzione)¹⁹¹, cosa che consente di intendere i “trattamenti sanitari” alla luce della necessità di garantire la libertà dell’individuo ad esercitare il proprio diritto alla salute, in tutte le sue sfaccettature, sottoponendola a determinati limiti rappresentati dai trattamenti sanitari obbligatori, ritenuti costituzionalmente legittimi se necessari per assicurare la tutela della salute pubblica.

¹⁸⁹ Cfr. M. Luciani, *Salute. Diritto alla salute*, in Enc. giur. Treccani, cit., p. 10.

¹⁹⁰ Vd. legge n. 833 del 23/12/1978, in materia di istituzione del Servizio Sanitario Nazionale.

¹⁹¹ Cfr. M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in Studi in onore di M. Mazziotti di Celso, I, Padova, 1995, p. 27.

Infine, un fondamentale contributo sull'argomento si è avuto da parte della Corte costituzionale, la quale è intervenuta con la sentenza n. 445/1990 affermando che *“Il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è garantito ad ogni persona come un diritto costituzionalmente condizionato all’attuazione legislativa attraverso il bilanciamento dell’interesse tutelato da questo diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti.”*¹⁹²In altre parole, *“al pari di ogni altro diritto tutelato come valore costituzionale primario, il diritto alla salute può essere assoggettato a limiti soltanto a seguito del bilanciamento con altri interessi costituzionali di pari rango”*¹⁹³.

¹⁹² Cfr. Corte cost., sent. n. 445/1990.

¹⁹³ Cfr. A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in Enc. Giur. Treccani, cit., p. 26. Il rinvio al legislatore, previsto al 2° comma dell’art. 32, mira, appunto, a giustificare interventi legislativi volti a temperare la libertà in questione al fine di tutelare altri diritti fondamentali, prevedendo trattamenti obbligatori solamente nel caso in cui questi fossero necessari per prevenire o evitare pericoli o danni gravi alla salute pubblica.

Paragrafo V. Il diritto alla salute come diritto di rifiutare le cure mediche. Il problema del fine vita e del testamento biologico.

Uno dei più rilevanti aspetti connessi al diritto alla salute (art. 32 Cost.) ed, in particolare, al diritto di rifiutare le cure mediche, attiene alla questione inerente al testamento biologico ed alle problematiche di fine vita e del, le quali rimandano al principio sancito dalla Costituzione italiana all'art. 32 Cost., per cui *“nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario...”*, salvo il caso in cui non sia la legge ad imporre trattamenti sanitari obbligatori o addirittura coattivi se necessari per garantire la tutela della salute della collettività.

Il diritto a rifiutare le cure mediche può, infatti, estendersi fino a ricomprendere il *“diritto di morire”*¹⁹⁴, inteso nel senso di esercitare la facoltà di rifiutare cure, senza le quali l'individuo giungerebbe alla morte. In questo caso, infatti, ci si mantiene in una sfera di piena legalità e legittimità, dal momento che l'ordinamento giuridico italiano non prevede alcun provvedimento o organo che contrasti con l'eventuale decisione di un soggetto di *“lasciarsi morire”*, dato che tale decisione equivale all'esercizio del *“diritto di seguire il percorso naturale della vita”*, da intendere come *“un diritto assoluto dell'uomo, che né i poteri pubblici né i poteri privati possono limitare, di*

¹⁹⁴ Vd. G. Barone, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena*, cit, p. 56 e ss.

*abbandonare la vita rinunciando a contrastare le conseguenze di un processo patologico*¹⁹⁵.

Questo diritto, tuttavia, deve essere distinto dal caso in cui un soggetto scelga di suicidarsi, portando a compimento un progetto di morte o dal caso in cui un soggetto, seppur in condizioni gravi di salute che lo abbiano condotto alla fase terminale della sua vita, chieda ad altri di aiutarlo a morire (eutanasia).

Date queste premesse, è possibile sostenere che la «scelta di fine vita» sia, senza dubbio, un argomento estremamente sensibile cui, fino a non molto tempo fa, non è stata prestata adeguata attenzione.

È solo grazie al recente caso di Eluana Englaro che si è iniziato ad avvertire l'esigenza di predisporre una disciplina *ad hoc*, diretta a colmare la grave lacuna giuridica¹⁹⁶.

Il caso Englaro riguarda lo stato vegetativo permanente in cui si è venuta a trovare la ragazza a seguito di un incidente stradale. Da quel momento, la vita della ragazza — rimasta priva di qualsiasi forma di coscienza ed incapace di esprimere la propria volontà — è stata protratta artificialmente, per oltre 16 anni, grazie all'applicazione di un sondino nasogastrico che le forniva alimentazione ed idratazione.

¹⁹⁵ Cfr. G. Barone, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena*, cit., p. 57.

¹⁹⁶ Le fattispecie penali di omicidio doloso attenuato da motivi di particolare valore morale (artt. 575 e 62. n. 1, c.p.); di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.); di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) risultano, ormai, come del tutto inadeguate.

Il padre, al contempo tutore della paziente, presentò ricorso alla Corte di Cassazione — dopo un primo procedimento, giunto fino in Cassazione, la quale, nel marzo del 2006, respinse le richieste della famiglia per un vizio procedurale (ossia, mancata notifica alla controparte) — al fine di ottenere l’autorizzazione per sospendere i trattamenti di alimentazione forzata praticati sulla figlia.

La vicenda giudiziaria si è conclusa con la decisione della Corte d’Appello di Milano, attraverso la quale essa ha dato l’autorizzazione per la sospensione dell’alimentazione e idratazione artificiale¹⁹⁷.

La questione, presentata dal ricorrente alla Corte d’appello di Milano, aveva come oggetto la richiesta di riconoscimento (come principio di diritto) del “divieto di accanimento terapeutico”, ossia il divieto di far subire ad alcuno trattamenti invasivi della persona, ancorché finalizzati al prolungamento *artificiale* della vita. Nello stato in cui si trovava Eluana, infatti, le azioni compiute al fine di mantenere il suo corpo in vita costituivano, secondo il ricorrente, una violazione, ossia un’invasione della sfera individuale della persona, la quale era, in tal maniera, costretta a sopravvivere senza che tutto ciò avesse una concreta utilità e beneficio per la paziente, dal momento che il suo stato di salute precludeva ogni possibilità di recupero della coscienza¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Corte d’Appello di Milano, sez. I, decreto del 09/07/2008.

¹⁹⁸ Infatti, lo stato vegetativo permanente (SVP) — a differenza di qualunque altra condizione di eclissi della coscienza e volontà, come il coma, che sono ritenute, almeno in potenza, clinicamente reversibili — non lascia spazio ad alcuna prospettiva di recupero, trattandosi, nella sostanza, di morte celebrale.

Inoltre, la questione era ulteriormente aggravata dal fatto che Eluana non era in grado di manifestare la sua volontà e dunque di avvalersi a pieno del suo “diritto di rifiutare le cure” ed il “diritto di morire” attraverso il principio di autodeterminazione, il quale rappresentando uno dei principali elementi costitutivi dell’individualità di tutti gli uomini, è facilmente esercitabile per i soggetti coscienti e capaci di intendere e volere, ma non lo altrettanto per i soggetti che versano in stato di incapacità e che, quindi, non possono manifestare la propria volontà.

La Corte d’Appello di Milano, con riferimento a tali questioni, nello stabilire che: *“deve autorizzarsi il tutore di una persona interdetta, giacente da circa sedici anni in stato vegetativo persistente, a disporre l’interruzione del trattamento vitale, realizzato mediante alimentazione e idratazione con sondino nasogastrico, ferma la somministrazione di sedativi, tanto corrispondendo alla volontà ipotetica del paziente, desunta, almeno in via presuntiva, da sue precedenti affermazioni, nonché dalla sua personalità e dal suo stile di vita, alla stregua della concorde prospettazione di tutore e curatore e delle dichiarazioni dei testimoni”*¹⁹⁹, ha scelto — scartando le teorie che, facendo leva sul *best interest* del paziente, intendevano prescindere totalmente dalla sua volontà, rendendo la vita della persona in stato vegetativo permanente oggetto di un atto di disposizione altrui — di far prevalere la volontà della persona malata e,

¹⁹⁹Corte d’Appello di Milano, sez. I, 09/07/2008.

quindi, il suo diritto di chiedere, attraverso il tutore, l'interruzione dell'alimentazione forzata.

Sono due i principi enucleati dalla Corte di Cassazione e fatti propri dalla Corte d'appello di Milano sui quali era basata la decisione ormai celebre sul caso Englaro: il primo, per il quale il giudice può autorizzare il tutore — in contraddittorio con il curatore speciale — di una persona interdetta, giacente in stato vegetativo permanente, ad interrompere i trattamenti sanitari che la tengono artificialmente in vita *“quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pur flebile, recupero della coscienza e di ritorno di una percezione del mondo esterno”*; il secondo, per il quale nel caso in cui il consenso alla prosecuzione o alla interruzione del trattamento sanitario non può essere manifestato dal paziente, la volontà dello stesso deve essere desunta da *“elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo*

*di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona*²⁰⁰.

Questa decisione — abbandonando una volta per tutte la tesi secondo la quale “*poiché la conservazione della vita è un bene in sé, qualsiasi trattamento volto a tale scopo non potrebbe considerarsi accanimento*” — si era basata sul principio di indisponibilità ed irrinunciabilità del diritto alla vita, il quale a differenza degli altri diritti costituzionali e fondamentali, si pone a tutela di un bene, la vita, che rappresenta un indispensabile presupposto per il godimento di qualunque libertà dell'uomo e che, pertanto, non può ammettere che la persona alieni ad altri la decisione sulla propria sopravvivenza (o che il diritto si estingua con la rinuncia).

In altre parole, l'indisponibilità e l'irrinunciabilità del diritto alla vita è garantita proprio al fine di evitare che soggetti diversi da quello che deve vivere, il quale potrebbe versare in stato di debolezza e minorità, si arroghino arbitrariamente il diritto di interrompere la vita altrui o, come nel caso in questione, di prostrarla artificialmente²⁰¹.

²⁰⁰ Sul punto si rimanda a R. Caponi, A. Proto Pisani, *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in Foro it., I, 2009, 984.

²⁰¹ Gli aspetti dell'indisponibilità e dell'irrinunciabilità del diritto alla vita, infatti, non permettono all'uomo di poter rinunciare validamente alla titolarità del diritto stesso, non precludendo, tuttavia, la possibilità che l'individuo, titolare, legittimamente, del proprio diritto possa, in concreto, in una o più occasioni, “...*rinunciare al suo esercizio, ovvero prestare acquiescenza o dare il proprio consenso ad atti di altri soggetti*”, dal momento che quello che può apparire come mancato esercizio del diritto, rappresenta, in realtà, una forma di esercizio del diritto stesso, seppur in senso negativo. In altre parole, le qualità di *irrinunciabilità* e *indisponibilità* dei diritti inviolabili in genere, vanno riferite alla titolarità dei diritti stessi, mentre il concreto esercizio dei diritti in questione può subire limitazioni dovute alle scelte compiute dallo stesso titolare del diritto. Vd. G. Barone, *Diritti fondamentali. Diritto ad una vita serena*, cit., p. 43- 44.

Inoltre, la Cassazione basa il diritto del malato al rifiuto delle cure su una particolare interpretazione dell'art. 32 Cost., secondo la quale il diritto alla salute, deve essere riconosciuto come “*diritto personalissimo*”²⁰², dal momento che esiste, con riferimento ad esso, una sfera di discrezionalità soggettiva che permette all'individuo di esercitare il proprio diritto (alla salute) — dal quale sono desumibili il “*diritto al rifiuto di cure*”, il “*diritto al consenso informato*”, il “*diritto di morire*” — secondo il “suo risvolto negativo”, il quale può consistere nel “diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, comprendendo la scelta di lasciarsi morire”.

Infine, è stata del tutto ignorata la tesi secondo la quale i trattamenti cui era sottoposta Eluana, essendo finalizzati esclusivamente alla mera somministrazione di sostanze nutritive, non potevano costituire vera e propria “terapia”, non rientrando tra le cure vietate per dissenso del malato, come stabilito dall'art. 32, comma 2, della Carta Costituzionale. Infatti, non vi è dubbio che l'introduzione di un sondino nasogastrico nel corpo del paziente sia, già di per sé, una forma di “trattamento sanitario”, indipendentemente dalla sostanza iniettata — sia essa medica o meno — attraverso di esso, ed in ogni caso, in linea di principio, chiunque può rifiutare cibo, bevande, e farmaci, dal momento che la Costituzione italiana stabilisce, all'art. 13 Cost., il divieto

²⁰² Cfr. E. Calò, *Il testamento biologico. Tra diritto e anomia*, 2008, p. 257.

di qualsiasi restrizione della libertà personale, se non legalmente o legittimamente imposta²⁰³.

In altre parole, in tale circostanza, il prolungamento artificiale della vita equivarrebbe, indubbiamente, ad una forma di accanimento terapeutico ed andrebbe contro il precetto costituzionale, contrastando con l'art. 13 Cost., posto a tutela della libertà personale, dal momento che indipendentemente dalla sostanza che si intenderebbe continuare a iniettare al paziente, il solo fatto dell'applicazione, contro l'accertata volontà dello stesso, di un corpo estraneo finalizzato all'inoculazione di una sostanza qualsiasi (nutritiva o medicinale), costituirebbe, di per sé, una forma di illecito atto di coartazione, invasivo della sfera di libertà dell'infermo²⁰⁴.

In conclusione, la decisione definitiva riguardo la richiesta di interrompere l'alimentazione forzata di Eluana, fondata sul rispetto della volontà della persona malata — desumibile in questo caso, dalle testimonianze risalenti all'epoca in cui la ragazza era in vita e pienamente cosciente, ed applicabile attraverso la figura del tutore²⁰⁵ — fece prevalere il *best interest* della tutela della “*human dignity*”, ossia, la «dignità di morire», che il nostro ordinamento tutela attraverso il “principio di solidarietà”, enunciato all'art. 2 Cost., dal momento che “...*in frangenti come quello in*

²⁰³ Vd. E. Calò, *Il testamento biologico. Tra diritto e anomia*, 2008, p. 247 e ss.

²⁰⁴ Vd. Corte d'Appello di Milano, sez. I, decreto del 9 luglio 2008, in *Foro it.*, 2009, III, 987.

²⁰⁵ Il tutore, infatti, non deve decidere né “al posto”, né “per” l'interessato, bensì “con” esso, ricostruendo la sua volontà desumendola dal suo stile di vita (mantenuto prima della perdita di coscienza) e dalle sue convinzioni e dai valori etici, religiosi, culturali.

*cui si trova Eluana, non è lo spegnersi, bensì il protrarsi della vita ad essere artificiale, ad essere il mero prodotto dell'azione di un uomo nella sfera individuale di un'altra persona la quale, solo per tale via, viene, letteralmente, costretta a vivere*²⁰⁶.

La questione ha aperto le porte all'attualissimo tema del *testamento biologico*²⁰⁷ (o *living will*, termine, questo, talvolta impropriamente tradotto nel senso di “volontà del vivente”), che consiste, in concreto, nell'esercizio della facoltà dell'individuo di esercitare, attraverso direttive “anticipate”, il proprio diritto a non essere obbligato a sottoporsi a determinati trattamenti sanitari volti al prolungamento artificiale della vita, qualora, in futuro, si trovasse impossibilitato a manifestare la propria volontà in tal senso. In tal maniera si ammetterebbe la possibilità di lasciare, per il futuro, un'indicazione circa la propria volontà nel caso in cui un soggetto si trovasse in condizioni di salute tali da renderlo incapace di manifestare la propria volontà; in altre parole, l'individuo può, qualora si trovi in condizioni di lucidità mentale, decidere se, qualora, nel futuro, si venisse a trovare in particolari situazioni di salute precaria, intende o meno acconsentire a determinate cure proposte per malattie o lesioni

²⁰⁶ Corte d'Appello di Milano, sez. I, 09/07/2008, punto 1. Sul punto si rimanda a D. Maltese, *Il falso problema della nutrizione artificiale*, in Foro it., I, 2009, 987. E' chiaro, quindi, che l'interpretazione che, in questo caso, prevale è che i trattamenti sanitari devono essere finalizzati ad un beneficio per il malato, altrimenti si incorre nell'accanimento terapeutico. E' appena il caso di chiarire che, con riferimento al caso di Eluana, deve essere altresì smentita la tesi secondo la quale la somministrazione di sostanze nutritive non può essere considerata una terapia, e dunque, non deve rientrare tra le cure per dissenso del malato; Infatti, posto che l'introduzione di un sondino nasogastrico nel corpo del paziente, è già di per sé, una forma di “trattamento sanitario”, indipendentemente dalla sostanza iniettata attraverso di esso, ed in ogni caso, in linea di principio, chiunque può rifiutare cibo, bevande, e farmaci, dal momento che la Costituzione italiana stabilisce all'art. 13 Cost., il divieto di qualsiasi restrizione della libertà personale, se non legalmente o legittimamente imposta.

²⁰⁷ In Italia, è la Cassazione, con la sent. 21748/2007, ad aprire ufficialmente le porte al *testamento biologico*.

traumatiche cerebrali irreversibili o invalidanti, che costringano a trattamenti permanenti con macchine o sistemi artificiali che impediscono una normale vita di relazione.

Il concetto del “*testamento biologico*”, diviene, dunque, essenziale dal momento garantirebbe un diritto, ormai costituzionalmente riconosciuto, quale il “diritto di morire”, permettendo agli individui di manifestare *pro futuro*, in forma espressa o attraverso i propri convincimenti, il proprio stile di vita ed i valori di riferimento, l’inaccettabilità per sé di un corpo destinato, grazie a terapie mediche, a sopravvivere alla mente; ciò dovrebbe avvenire attraverso la figura del rappresentante legale, al quale verrebbe riconosciuta la facoltà di stabilire l’eventuale disattivazione di quel trattamento.

III Capitolo

L'ABORTO

Paragrafo I. L'aborto come diritto fondamentale.

L'aborto (o interruzione volontaria della gravidanza), da intendersi come *“una pratica volta ad interrompere la gravidanza direttamente ed intenzionalmente, attraverso la soppressione del feto”*²⁰⁸ da sempre è stata oggetto di dibattiti e studi a più livelli, coinvolgendo problematiche e temi di carattere giuridico, filosofico, morale, politico e sociale.

L'aborto costituisce, dunque, un fenomeno estremamente complesso da disciplinare sul piano giuridico, dato che esso coinvolge inevitabilmente due interessi potenzialmente confliggenti, rappresentati dal diritto alla vita e alla salute della gestante e dal diritto alla vita del nascituro. Esso, infatti, presuppone un atto (che consiste nella scelta di abortire, appartenente necessariamente alla gestante) che va ad interferire con la sfera privata di un altro individuo, ossia il nascituro.

La Costituzione italiana, pur non prevedendo una norma che disciplini espressamente l'aborto, individua lo stesso come un diritto riconducibile al bene della salute, riconosciuto dalla Costituzione come diritto fondamentale (art. 32 Cost.). Il diritto all'aborto, infatti, appartiene alla categoria dei diritti c.d. “di nuova generazione” che,

²⁰⁸ Cfr. B. Bruni, I. Morostegan, *Sanità e diritti della persona. Aborto, procreazione assistita, eutanasia. L'imbarazzo del giurista*, Torino, 2000, p. 3.

pur non essendo espressamente previsti dalla Carta costituzione, sono riconosciuti dalla coscienza sociale come fondamentali in un determinato momento storico e, pertanto, meritevoli di appartenere alla categoria dei diritti fondamentali sanciti dall'art. 2 Cost. Tale impostazione deriva, innanzitutto, dall'interpretazione dell'art. 2 Cost., ormai ampiamente condivisa da dottrina e giurisprudenza, secondo la quale — come ampiamente analizzato in precedenza — essa deve essere intesa come “norma aperta”, ossia come una norma volta a sancire l'esistenza dei diritti inviolabili dell'uomo, senza precisare quali essi siano in concreto. Questa interpretazione della norma consente di riconoscere una garanzia costituzionale agli eventuali nuovi interessi che possono emergere in ogni società, in un determinato periodo storico; essi, infatti, rappresentano delle “*situazioni soggettive inerenti alla persona umana, alla sua dignità ed alle ragioni profonde della sua esistenza*”²⁰⁹ che il costituente italiano non ha elencato ritenendoli, probabilmente, implicitamente affermati dalla Costituzione, ovvero, valutandoli come costituenti il presupposto stesso di altri diritti, per cui si ritengono meritevoli di tutela costituzionale. In altre parole, sembra essere ormai ampiamente accolta la tesi che sostiene l'ammissibilità del riconoscimento dei “nuovi diritti” come diritti inviolabili dell'uomo, pur se non previsti esplicitamente nella Costituzione, solamente nell'ipotesi in cui, con riferimento ad essi, siano

²⁰⁹ Cfr. G. Barone, *Diritti fondamentali. Diritto ad una vita serena*, cit., p. 53.

riscontrabili dei collegamenti con i principi indicati dalla Costituzione, che permettano di ancorare tali nuovi diritti alle norme costituzionali (cosa che sembra essere suggerita dalla stessa norma prevista all'art. 2 Cost.).

Grazie all'art. 2 Cost., dunque, il diritto all'aborto può essere considerato come un diritto fondamentale di nuova generazione solo se messo in relazione con il diritto alla salute, ossia nel momento in cui lo stesso può essere inteso come diritto posto a tutela della salute della gestante²¹⁰; in tali circostanze — come ogni diritto appartenente alla categoria dei diritti di nuova generazione — il diritto all'aborto acquista la qualifica di diritto inviolabile a tutti gli effetti, divenendo meritevole di tutela sia nei confronti dei soggetti pubblici che nei confronti dei soggetti privati, disponendo di strumenti di garanzia adeguati al suo rango che, in caso di violazione, possono assicurarne il pieno godimento.

Tale interpretazione del diritto all'aborto viene ormai abbondantemente confortata dalla giurisprudenza recente²¹¹, la quale, avendo riscontrato un rapporto di connessione e di omogeneità tra il “nuovo diritto” in oggetto e la norma costituzionale di straordinaria importanza che sancisce il diritto alla salute (art. 32 Cost.)²¹², ha

²¹⁰ Vd. G. Barone, *Diritti fondamentali. Diritto ad una vita serena*, cit., p. 65.

²¹¹ Vd. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni*, cit., p. 5. Dottrina e giurisprudenza hanno, da sempre, operato al fine di ricercare degli orientamenti interpretativi in materia, che fossero in linea con i principi costituzionali relativi al diritto alla vita e alla salute dell'individuo.

²¹² Vd. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni*, cit., p. 5. Secondo alcuni Autori sembra possibile sostenere che mentre il diritto alla vita della persona vivente è deducibile da tutte le norme costituzionali che tutelano l'integrità fisica e psichica dell'individuo (art. 13, ultimo comma; art. 32 Cost.) e che vietano la pena di morte (art. 27, ultimo comma Cost.), il diritto alla vita del nascituro non appare affermato con

riconosciuto il diritto della gestante all'aborto quale diritto ricompreso e protetto da diversi principi costituzionali riconducibili oltre che all'art. 32 agli artt. 2, 25, 30 Cost²¹³.

In conclusione, oggi non vi sono più dubbi in merito al riconoscimento del diritto fondamentale all'aborto da parte della nostra Carta costituzionale, anche se il dibattito in merito alla legittimità delle pratiche abortive è ancora accesissimo, nonostante dottrina e giurisprudenza abbiano ormai individuato le linee guida in materia, attraverso interventi legislativi e giurisprudenziali che si sono espressi sull'argomento in questione.

pari decisione e nitidezza di configurazione in quanto esso risulta condizionato sia positivamente (come oggetto di tutela indiretta) che negativamente (come causa legittima di aborto) dalla tutela costituzionale della salute della madre e del diritto di costei a vivere e sopravvivere (ex artt. 23- 27 e 32 Cost.).

²¹³ Vd. Tribunale di Monza, 26/01/2006, in Foro it. 2006, I, 1202. La stessa tesi è stata sostenuta, inoltre, dalla Corte di Cassazione, sez. III, sent. 27/9-20/10/2005 n. 20320, in *Guida al Diritto*, 2005, fasc. 11, p. 54, nella quale essa ha parlato del diritto all'aborto come possibilità per la madre di esercitare il diritto ad una procreazione cosciente e responsabile attraverso l'interruzione della gravidanza.

Paragrafo II. La disciplina dell'aborto in Italia.

L'aborto, al quale oggi si riconosce un valore assoluto (perché appartenente alla categoria dei diritti inviolabili) ha, in realtà, percorso un lungo tragitto per acquistare le caratteristiche che oggi gli vengono attribuite, trattandosi di un fenomeno che ha caratterizzato le società umane fin dalle loro origini²¹⁴.

In Italia aveva da sempre prevalso una tendenza favorevole alla punibilità dell'atto abortivo; tra la metà degli anni cinquanta e gli inizi degli anni sessanta, infatti, l'aborto in Italia, come in molti altri Paesi europei e non, iniziò ad essere avvertito come una vera e propria piaga sociale. Il forte clima di intolleranza e rigidità ormai ampiamente diffuso e favorito dal sistema normativo dell'epoca — il quale prevedeva delle pene estremamente severe per chi ricorresse alle pratiche abortive — non aveva favorito un ridimensionamento del fenomeno ma, anzi, ne aveva accentuato i risvolti drammatici²¹⁵, mettendo in luce la gravità del problema costituito dal “*sommerso mondo degli aborti clandestini*”²¹⁶.

²¹⁴ Non deve stupire, infatti, che uno dei periodi di maggiore tolleranza del fenomeno ha riguardato proprio l'epoca storica degli antichi greci e romani. I Greci (i quali giustificavano il regolare ricorso alle pratiche abortive come strumento di controllo demografico), in particolare, manifestarono la massima tollerabilità riguardo alla pratica in questione, avendo fatto propria la concezione del nascituro come “*mulieres portio vel viscerum*”, secondo la quale, il nascituro essendo considerato gestante, la gestante aveva la facoltà di disporre liberamente del nascituro, essendo esso “parte del suo corpo”. Tuttavia, dall'epoca degli antichi greci in poi, si diffuse tra i popoli una progressiva chiusura riguardo al fenomeno dell'aborto. Ciò era dipeso, almeno in parte, dalla diffusione di nuove ideologie le quali concepivano il nascituro come vita autonoma rispetto alla madre. Tutto ciò portò ad un vero e proprio mutamento di tendenza rispetto alle teorie del passato che condussero, progressivamente, ad intendere l'atto abortivo come qualcosa di assolutamente deprecabile, non soltanto sotto il profilo morale, ma anche normativo perché incurante del principio che sancisce l'indisponibilità della vita. Da quel momento, infatti, l'aborto iniziò ad essere considerato alla stregua del delitto di omicidio.

²¹⁵ Con riferimento a quel periodo, infatti, le stime rivelavano che il numero degli aborti procurati in Italia ammontava a circa un milione l'anno, anche se il dato più impressionante era quello che accertava la presenza,

La drammatica situazione dipendeva, dunque, dall'inadeguatezza della legislazione vigente: il delitto di aborto procurato, infatti — originariamente compreso nel codice penale del 1889 (detto codice Zanardelli), tra i delitti contro la persona²¹⁷ — era incluso nel titolo X (posto tra il titolo dei “delitti contro la persona” e il titolo dei “delitti contro la famiglia”) del codice penale Rocco del 1930, che lo stesso Rocco scelse di intitolare “*dei delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe*”.

La scelta di inserire nel codice Rocco il delitto di aborto nel titolo «*delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe*» era orientata all'obiettivo di riconoscere, una volta per tutte, dell'interesse primario alla tutela della maternità e all'incremento demografico della nazione²¹⁸, anche se, in tal maniera, essa si poneva palesemente a favore degli interessi del nascituro, lasciando sguarnito di una tutela effettiva il diritto alla vita e alla salute della madre.

nel nostro Paese, di un netto divario tra i casi accertati di aborto ed il numero approssimativamente reale (in media cinquanta gravidanze artificialmente interrotte su cento concepimenti effettivi).

²¹⁶ Cfr. G. Scirè, *L'aborto in Italia. Storia di una legge*, Milano, 2008, p. 3. Come evidenziato dall'Autore, queste pratiche abortive venivano, di norma praticate dalle c.d. *mammame*, in condizioni igieniche e tramite l'utilizzo di strumenti del tutto inadeguati che mettevano le donne, che si rivolgevano ad esse per interrompere una gravidanza indesiderata, in precarie condizioni di salute o che, addirittura, potevano mettere la loro vita a rischio.

²¹⁷ E' forse appena il caso di sottolineare che il codice Zanardelli faceva una distinzione tra l'ipotesi di aborto procurato dalla gestante (punito dall'art. 381 c.p., il quale prevedeva una detenzione da uno a quattro anni), che veniva considerato meno grave, e l'aborto procurato da terzi con il consenso della gestante (punito dall'art. 382 c.p., che prevedeva una detenzione da due anni e mezzo a cinque anni).

²¹⁸ Il codice Rocco prevedeva, quindi, una serie di norme (dall'art. 545 all'art. 550), ove erano indicate le fattispecie penali in tema di aborto per le quali era prevista una pena che variava da caso a caso: si distingueva, infatti, il caso in cui la donna fosse stata consenziente alla pratica abortiva, il caso in cui la donna non era consenziente, il caso in cui la donna si procurasse autonomamente l'aborto, l'istigazione all'aborto e perfino le aggravanti (nel caso di lesione della salute o morte della donna) e le attenuanti (qualora il delitto fosse stato compiuto per salvare l'onore proprio o quello di un prossimo congiunto).

Negli anni settanta la giurisprudenza, manifestando una prima presa di coscienza della grave lesione al diritto alla vita e alla salute della donna – che si perpetrava attraverso la normativa penale in tema di aborto – era intervenuta introducendo la scriminante dello «*stato di necessità*» in base al quale si ammetteva, come causa di giustificazione per il ricorso alle pratiche abortive, l'eventualità che si riscontrasse un pericolo di danno grave, attuale e inevitabile per la salute e la vita della donna. Attraverso l'*escamotage* dello “stato di necessità” (volto ad introdurre un'eccezione all'illecito penale) si riuscì a smorzare la severità del sistema normativo del codice Rocco, che permise di riconoscere un minimo margine di tutela alla salute della madre.

Nel complesso, dunque, questo severo assetto normativo — il quale prevedeva delle pesantissime pene — continuò a costituire una grave violazione del diritto alla salute previsto dalla Carta costituzionale, almeno fino agli anni settanta, divenendo una vera e propria minaccia per la vita e la salute delle donne. Infatti, il sistema sanzionatorio previsto per chi esercitava le pratiche abortive, piuttosto che porre una soluzione concreta al fenomeno dell'aborto, sembrava quasi favorire il clima più adatto per la sua massima diffusione²¹⁹. Ciò trova conferma nel fatto che, fino al mantenimento in

²¹⁹Ciò per una molteplicità di ragioni: innanzitutto, l'eccessiva rigidità della disciplina legislativa in materia, la quale, continuava a vietare l'uso dei metodi anticoncezionali (in un contesto in cui quasi tutti gli Stati ne ammettevano l'utilizzo, anche se limitatamente alle donne sposate) che avrebbe potuto limitare, in modo significativo, la necessità di ricorrere all'aborto attraverso la semplice riduzione del numero delle gravidanze non desiderate. Inoltre, bisogna considerare che la normativa, per quanto severa, si rivelava di frequente inefficace, se non ardua da applicare; infatti, i tribunali all'epoca avevano adottato la prassi di intervenire solamente nei casi in cui l'aborto era seguito da morte della donna incinta, ossia nella assoluta minoranza dei casi.

vigore della sanzione penale, la piaga dell'aborto era giunta ad inasprirsi ai massimi livelli, raggiungendo picchi e dimensioni drammatiche.

Un fondamentale momento del processo di regolamentazione della disciplina sull'aborto in Italia si ebbe con la sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 18 febbraio 1975, la quale rappresenta la prima vera risposta alle pronunce della giurisprudenza di merito, che avevano già evidenziato l'eccessiva gravosità delle pene previste dal codice Rocco per i reati relativi all'interruzione della gravidanza²²⁰.

Con la sentenza n. 27/1975 la Corte costituzionale dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 546 c.p., con riferimento agli artt. 31, secondo comma, e 32, primo comma Cost., nella parte in cui puniva chiunque cagionasse l'aborto di donna consenziente, anche in caso di accertamento della pericolosità della gravidanza per il benessere fisico e l'equilibrio psichico della gestante, qualora non ricorressero gli estremi dello stato di necessità, previsto all'art. 54 c.p.

La Corte costituzionale, quindi, facendo riferimento allo "stato di necessità" (previsto dal codice penale come unica causa di giustificazione per il ricorso alle pratiche abortive), il quale sussiste solamente nel caso in cui vi sia un pericolo di danno *grave, attuale ed inevitabile*, stabilì che la causa di giustificazione per il ricorso all'aborto

²²⁰ La sentenza n. 27/1975 della Corte costituzionale fu ampiamente sostenuta dai movimenti e dalle correnti di pensiero dell'epoca, favorevoli alla "*liberazione della donna dalla schiavitù dell'aborto e all'individuazione di un diritto, in favore della stessa gestante di gestire la maternità*". Per approfondimenti sull'argomento vedi F. Perchinunno, *Interruzione della gravidanza e diritto alla vita. Profili costituzionali*, Bari, 2000, p. 18 ss.

dovesse essere estesa oltre i limiti previsti dalla norma stessa, al fine di “salvaguardare la salute della madre, dal danno o dal pericolo grave, anche se non attuale ed immediato”. Secondo quanto espressamente dichiarato dalla Corte costituzionale, infatti, la condizione della donna gestante non può trovare adeguata tutela nella norma generale prevista all’art. 54 c.p., dal momento che essa esige che il pericolo di danno sia attuale, grave ed inevitabile, quando in realtà il pericolo che può portare il protrarsi di una gravidanza, per quanto prevedibile, non è sempre immediato. La sentenza, dunque, introdusse delle significative novità in tema di aborto che divennero dei principi basilari per la nuova disciplina sull’interruzione volontaria della gravidanza²²¹. Non è un caso, infatti, che tale sentenza fu definita, successivamente, dalla stessa Corte costituzionale come “basilare”²²², dal momento che, dichiarando l’incostituzionalità della norma prevista all’art. 546 c. p., aveva contribuito, in modo significativo, ad assicurare una garanzia effettiva al diritto alla salute della madre (artt. 31- 32 Cost.).

Infine, occorre mettere in evidenza un altro significativo contributo fornito dalla sopracitata sentenza n. 27/1975: essa, infatti, avendo riconosciuto l’importanza primaria dei due interessi coinvolti nel fenomeno dell’aborto (ossia, l’interesse della madre e quello del nascituro) stabilì un criterio volto a garantire la loro coesistenza

²²¹ Vd. F. Perchinunno, *Interruzione della gravidanza e diritto alla vita. Profili costituzionali*, p. 19 e ss, cit.

²²² Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 35/1997.

attraverso il noto meccanismo del bilanciamento di interessi. In tal maniera la Corte, avendo riscontrato una differenza di tipo qualitativo tra il feto e l'essere umano in quanto tale, riconobbe la priorità del diritto alla salute della madre rispetto al diritto alla vita del concepito²²³, dato che essa è già persona mentre l'embrione deve ancora diventarla. Così facendo, si stabilì un ordine di prevalenza tra i due interessi coinvolti, secondo il quale al nascituro veniva riconosciuta una sorta di “*tutela di secondo piano*”²²⁴.

In conclusione, è possibile affermare che la sentenza in questione, indipendentemente dalla sua portata innovativa, rappresentò il primo concreto tentativo di affrontare un problema ormai radicato nella società, quale l'aborto.

La Corte costituzionale, inoltre, essendo stata la prima a riconoscere l'interesse del concepito come “*interesse costituzionalmente protetto*”²²⁵, favorì, indubbiamente, il delinearsi di un sistema di tutela più concreto a vantaggio del nascituro, tutelandolo dalle c.d. *interruzioni di gravidanza scriteriate* e ponendo l'obbligo per il legislatore di

²²³ Così, infatti, si esprime la Corte costituzionale: “*non vi è equivalenza tra il diritto alla vita ed alla salute della gestante, che è già persona, a salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare*”.

²²⁴ Cfr. B. Bruni, I. Morostegan, *Sanità e diritti della persona. Aborto, procreazione assistita, eutanasia. L'imbarazzo del giurista*, p. 5, cit.

²²⁵ Occorre precisare il fatto che la Corte costituzionale non intese, in tal maniera, negare l'importanza del diritto alla vita e alla salute del nascituro, dal momento che è ad essa che si deve il “*riconoscimento del fondamento costituzionale della tutela del concepito*”, la cui garanzia è sancita dagli artt. 2 (il quale riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo), e 31, secondo comma, della Costituzione (il quale impone la tutela della maternità). La Corte costituzionale, nel creare un collegamento tra l'art. 2 Cost. e la situazione giuridica del concepito, ha riconosciuto ad esso la titolarità del suo diritto alla vita (appartenente alla categoria dei diritti inviolabili dell'uomo): in tal maniera, la Corte ha voluto chiarire l'intento di voler equiparare la condizione del concepito a quella dell'uomo, affermando che, in questo caso, il richiamo all'art. 2 serve a riconoscere e garantire “*i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito*”.

predisporre dei mezzi volti a garantire l'esistenza di una disciplina organica in materia di interruzione di gravidanza.

Tuttavia, tali grandissimi meriti non impedirono che si manifestassero anche critiche piuttosto severe con riferimento, in particolar modo, al carattere di indeterminatezza con cui la sentenza aveva stabilito il criterio per l'ammissibilità delle pratiche abortive.

La Corte, infatti, nello stabilire che *“la gravidanza possa venire interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno o pericolo, grave, medicalmente accertato nei sensi di cui in motivazione e non altrimenti evitabile, per la salute della madre”*, aveva consentito un allargamento indefinito dell'ambito e dei limiti dello stato di necessità (art. 54 c.p.), così predisponendo una regola piuttosto generica e, pertanto, potenzialmente applicabile ad una molteplicità di casi non necessariamente giustificati dal verificarsi di un danno o pericolo concreto per la salute della gestante.

Sempre con riferimento al tema dell'indeterminatezza degli aspetti che giustificano il ricorso alle pratiche volte all'interruzione della gravidanza, occorre far attenzione al richiamo fatto dalla stessa sentenza al *“benessere fisico e all'equilibrio psichico della gestante”*, il quale dovrebbe giustificare il ricorso all'atto abortivo. Questo aspetto è stato giudicato da alcuni piuttosto pericoloso a causa dell'eccessiva genericità dell'assunto, oltre che a causa dell'oggettiva difficoltà di verificare l'esistenza di condizioni giustificative dell'aborto attraverso l'accertamento medico. Si poteva

giungere, in concreto, a una vera e propria fattispecie di legalizzazione dell'interruzione della gravidanza per fini terapeutici.²²⁶

La sentenza n. 27/1975, indipendentemente dalle critiche o dai giudizi favorevoli che ricevette, aveva introdotto dei principi talmente innovativi da far ritenere, da un lato, che la Corte si stesse ponendo in linea con una nuova esigenza sociale, che premeva per una “*personale e libera scelta in materia di interruzione di gravidanza*”²²⁷, e, dall'altro lato, che la stessa Corte avesse posto le basi per provvedere ad una regolamentazione legislativa dell'aborto. Tale progetto, com'è noto, fu messo in atto successivamente con la legge n. 194 del 1978 che, riprendendo i principi sanciti dalla sentenza in questione, attuò un vero e proprio sistema di regole in materia di interruzione volontaria di gravidanza.

²²⁶ Vd. F. Perchinunno, *Interruzione della gravidanza e diritto alla vita. Profili costituzionali*, cit., p. 22 e ss.

²²⁷ Cfr. F. Perchinunno, *Interruzione della gravidanza e diritto alla vita. Profili costituzionali*, cit., p. 23. Lo stesso Autore evidenzia, con riferimento a tale aspetto, che già all'epoca vi era stata una significativa pronuncia da parte della Corte Suprema americana la quale, entro certi limiti, ammetteva che l'aborto potesse essere fatto rientrare nella sfera privata e personale della donna e nel suo diritto alla *privacy*. In Italia, una tale apertura non si era ancora avuta, come è stato fatto notare da diversi critici della sentenza n. 27/75, i quali avevano, appunto, rilevato come essa non lasciava alcuno spazio alla volontà della donna, dal momento che l'ammissibilità del ricorso all'aborto era subordinato ad una valutazione del tutto indipendente dalla donna stessa riguardo alle circostanze che lo consentivano.

Paragrafo III. La legge n. 194/1978 sulla “interruzione volontaria della gravidanza”.

All’indomani della sentenza della Corte costituzionale n. 27/1975 si iniziò ad avvertire la necessità di una nuova e più completa disciplina legislativa in materia di interruzione della gravidanza, il cui obbiettivo primario fosse quello di introdurre, una volta per tutte, all’interno dell’ordinamento giuridico italiano una disciplina omogenea che regolamentasse in concreto tutti gli aspetti riguardanti il tema dell’aborto e le problematiche connesse con riferimento alla salute della donna²²⁸.

La definitiva risposta a queste esigenze, come noto, si ebbe con la legge n. 194 del 22 maggio 1978 dal titolo “*Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione della gravidanza*”, grazie alla quale — dopo un lunghissimo ed accesissimo dibattito in seno al Parlamento²²⁹ — fu definitivamente legalizzato l’aborto in Italia²³⁰.

²²⁸ La vecchia disciplina normativa sull’aborto finiva, infatti, con il costituire una costante minaccia per la salute della donna, avendo alimentato l’espansione ai massimi livelli del fenomeno della clandestinità degli aborti.

²²⁹ Il dibattito in seno al Parlamento era dovuto alle diversità ideologiche dei diversi gruppi parlamentari in merito agli obbiettivi verso cui il testo normativo in fase di elaborazione doveva orientarsi. Per giungere ad una decisione definitiva in merito ai contenuti del testo legislativo in questione fu necessario un arduo lavoro di cucitura, volto a ricercare un punto d’incontro tra pareri fortemente discordanti dei gruppi parlamentari presenti in Parlamento: rimaneva forte, infatti, la tendenza conservatrice, la quale, manifestando una totale intolleranza riguardo al tema in questione, premeva affinché non si procedesse ad una regolamentazione del fenomeno, proponendo di mantenere saldi i principi sanciti dal codice Rocco; vi era, poi, la tendenza opposta ed altrettanto estrema, la quale si orientava verso l’obbiettivo di un testo legislativo che liberalizzasse pienamente l’aborto; ed infine, vi era una posizione intermedia, rappresentata dai gruppi parlamentari favorevoli alla depenalizzazione dell’atto interruttivo della gravidanza, i quali individuavano, però, delle regole volte a garantire che tale pratica venisse svolta nel rispetto di determinati valori.

²³⁰ Le passate esperienze legislative avevano dimostrato come la semplice messa al bando di qualsiasi pratica abortiva a tutti i livelli (normativo, morale, sociale, etc.) non aveva costituito una soluzione al problema, ma piuttosto, ne aveva accentuato i risvolti drammatici. Emblematico, è stato l’intervento dell’onorevole Berlinguer, uno dei relatori della Camera il quale, prima dell’approvazione del provvedimento legislativo, ne riassunse gli obbiettivi programmatici: “*la legge si propone: di azzerare gli aborti terapeutici; di ridurre gli aborti spontanei; di assistere quelli clandestini. Si propone, inoltre, di favorire la procreazione cosciente, di aiutare la maternità, di aiutare la vita umana dal suo inizio... Non se ne può minimamente far discendere l’equazione «aborto = diritto civile»...La ratio della legge è ampliare la prevenzione dell’aborto, considerato come un male evitabile, e*

Il preambolo della legge n. 194/78, sancito all'art. 1 della stessa, individua i principi guida a cui il legislatore si era ispirato per la definizione delle regole operative che stabiliscono i presupposti ed i limiti di liceità per l'accesso alle pratiche abortive. Questi principi sono rappresentati, innanzitutto, dal diritto alla “procreazione cosciente e responsabile” che, ricollegandosi al principio dell'*autodeterminazione della donna*, si sostanzia nel riconoscimento alla stessa della facoltà di scegliere il ricorso all'atto abortivo²³¹. Vi è, poi, il secondo principio fissato dalla legge, rappresentato dal “valore sociale della maternità”, che può evincersi dal collegamento esistente tra la legge n. 194/78 ed i principi costituzionali posti a tutela della maternità (artt. 30-31-36 e 37 Cost.). Altro principio di significativa importanza, inoltre, è rappresentato dalla “tutela della vita dal suo inizio”: la legge n. 194/78, infatti, predispone degli efficaci strumenti di tutela per il nascituro, che consistono nella previsione di limiti rigidi per l'ammissibilità al ricorso alle pratiche abortive. Infine, si giunge all'ultimo principio desumibile dal preambolo della legge in questione, il quale è rappresentato dal “divieto

regolamentare, per circoscriverne l'entità e i danni, la piaga dell'aborto clandestino, facendo leva sull'intervento pubblico e sulla responsabilità della donna”.

²³¹ La legge n. 194/78, all'art. 12, attribuisce la capacità di richiedere o consentire l'atto abortivo alla gestante. Da tale decisione sembra potersi desumere l'intento della legge di attribuire alla richiesta abortiva le caratteristiche di un “atto personalissimo”, prevedendo l'integrazione della volontà della minore di diciotto anni con l'assenso dei genitori o di chi esercita la potestà dei genitori, con l'autorizzazione del giudice tutelare. Questo potere di scelta viene regolamentato attraverso la previsione di una procedura costituita da una pluralità di fasi (la richiesta di interruzione della gravidanza, la ricerca di possibili soluzioni alternative, il rilascio attestante la gravidanza e la richiesta di interruzione, la pausa di riflessione di una settimana) che agevolano la donna nell'eventuale scelta interrutiva della gravidanza e che forniscono informazioni utili per la manifestazione del consenso.

di aborto ai fini della limitazione delle nascite e la prevenzione dell'interruzione della gravidanza".

L'importanza dei principi guida appena elencati è data dal fatto che è proprio alla luce di questi aspetti che devono essere interpretate le principali regole fissate dalla legge n. 194/78 per il ricorso alle pratiche abortive. Esse, previste agli artt. 4 e 6, disciplinano rispettivamente l'ipotesi di aborto entro i primi 90 giorni e dopo i primi 90 giorni. In particolare, l'art. 4 della legge n. 194/78²³² sancisce l'ammissibilità dell'atto abortivo qualora si riscontri un "*serio pericolo*" per la "*salute fisica e psichica della madre*", riconoscendo come causa giustificativa — oltre che lo stato di salute della gestante — anche le condizioni economiche, sociali, familiari o le condizioni in cui può esser avvenuto il concepimento oppure, ancora, nel caso in cui si siano avute delle previsioni di anomalie o malformazioni del concepito. Diversamente, l'art. 6 della stessa legge²³³ (il quale si occupa, invece, del ricorso all'atto abortivo dopo i primi novanta giorni della gravidanza) ammette il ricorso all'aborto esclusivamente in caso di "*grave pericolo per la vita della donna*" oppure in caso di "*grave pericolo per la*

²³² L'art. 4 della legge n. 194/78 stabilisce espressamente che "*Per l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi 90 giorni, la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la salute fisica e psichica, in relazione al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito, si rivolge ad un consultorio pubblico istituito ai sensi dell'art. 2, lettera a), della legge del 29 luglio 1975 numero 405, o a una struttura socio-sanitaria a ciò abilitata dalla regione, o a un medico di sua fiducia*".

²³³ L'art. 6 della legge n. 194/78 dispone che "*L'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica e psichica della donna*".

salute fisica e psichica della gestante dovuta a serie anomalie o malformazioni del feto”.

La disciplina legislativa in questione, nel fissare le condizioni per l'ammissibilità all'interruzione volontaria della gravidanza, investe alcune delle problematiche più complesse riconducibili al tema dell'aborto. Questo, infatti — come già esposto precedentemente — coinvolge la sfera di interessi di due soggetti distinti (ossia, quello della madre e quello del nascituro, entrambi appartenenti alla categoria dei diritti inviolabili, così come solennemente stabilito dalla Costituzione) i quali possono confliggere. Per tale ragione, il legislatore, nell'elaborare la disciplina legislativa in tema di aborto, trovandosi nell'impossibilità di garantire ad entrambi i soggetti coinvolti la piena tutela dei rispettivi diritti, ha scelto di far prevalere il diritto della gestante rispetto a quello del nascituro, riconoscendo ad essa la facoltà di ricorrere all'atto abortivo esclusivamente nell'eventualità in cui sussista un pericolo per sua la vita o la sua salute psico-fisica²³⁴.

Tuttavia, occorre precisare che il legislatore, nel prendere tale decisione, non intendeva negare l'esistenza di una *“protezione accordata alla vita in formazione”*, avendo

²³⁴ In merito a tale orientamento, è possibile costatare come la legge n. 194/78 abbia riproposto, facendoli propri, i principi sanciti per la prima volta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 27/1975, facilmente ravvisabili in alcuni passi della motivazione della sentenza in questione. In tale circostanza, la Corte costituzionale aveva, infatti, riconosciuto fondamento costituzionale alla tutela del concepito, riconducendo (tale diritto) tra i diritti inviolabili sanciti dall'art. 2 Cost., affermando che: *“la tutela del concepito ha fondamento costituzionale, ravvisabile nel riferimento ai diritti inviolabili dell'art. 2 Cost., tra i quali non può non collocarsi la situazione giuridica del concepito...L'interesse costituzionalmente protetto del concepito può entrare in collisione con altri beni che pure godono di tutela costituzionale... Non esiste equivalenza tra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute, proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare”*.

ritenuto che essa “...non è, però, assoluta, dal momento che la legge stessa riconosce la possibilità di sacrificare la vita del feto a tutela della salute della donna” ossia, solamente nel caso in cui il diritto del nascituro vada in contrasto con il diritto alla vita e alla salute della madre.

Può quindi ritenersi che la scelta del legislatore si sia orientata verso lo scopo di ricercare una compatibilità tra la scelta di abortire e la tutela della vita umana sin dal suo inizio, ponendo, in tal maniera, una salda garanzia al rispetto della vita del nascituro²³⁵: è per questa ragione, infatti, che la legge n. 194/78 costituisce, senza dubbio, un ottimo esempio di “*legge di bilanciamento degli interessi*”.

In definitiva, il legislatore, con la legge n. 194/1978, ha optato per una soluzione insolita, concedendo la liberalizzazione dell’atto abortivo nei primi novanta giorni della gravidanza e permettendo il ricorso all’aborto dopo i novanta giorni esclusivamente al fine di salvaguardare la vita della gestante o di evitare un grave pericolo alla sua salute psico-fisica²³⁶.

²³⁵ L’intento di garantire una tutela, seppur limitata, al concepito si può evincere anche dalle disposizioni della legge che stabiliscono la liberalizzazione dell’aborto entro i primi novanta giorni della gravidanza, dalle regole fissate dalla legge riguardo le diverse attività di consulenza ed i consultori familiari, il cui scopo, laddove possibile, è proprio quello di rimuovere le cause che inducono la gestante a voler abortire.

²³⁶ Cfr. L. V. Moscarini, Aborto, in Enc. giur. Treccani, XI, Roma, 1989, p. 3. Infatti, il legislatore, con riferimento alla legge n. 194/78, sembra ispirarsi, come sostenuto da Moscarini, ad “*un modello di aborto per giusta causa, e non anche a un modello di aborto liberalizzato*”, al fine di tutelare, in primis, il diritto alla salute della donna, precludendo, dall’altra parte, che venga posta in essere una violazione al diritto alla vita del concepito. In linea con i principi ispiranti della legge sull’aborto si era orientata anche la Corte costituzionale, la quale si espresse a difesa della legge n. 194/78 con la sentenza n. 35/1997 attraverso la quale aveva dichiarato inammissibili una serie di requisiti referendari proposti con il chiaro intento di liberalizzare totalmente il ricorso all’interruzione volontaria di gravidanza, i quali intendevano far cadere tutti i procedimenti ed i controlli previsti dalla legge in questione. Con la dichiarazione di inammissibilità, la Corte aveva affermato che: “*l’abrogazione degli artt. 4-5-12 e 13 delle l. 194/1978 travolgerebbe questioni a contenuto normativo costituzionalmente*

Pertanto, la legge n. 194/78 — nel corredare il sistema normativo di un insieme di regole, le quali ancorano la possibilità di ricorrere alle pratiche abortive a determinate circostanze²³⁷ — se da un lato ha posto in essere un freno concreto alle costanti violazione del diritto alla vita e alla salute delle donne, gravemente minacciati, durante il periodo antecedente all'entrata in vigore della legge, dal proliferare del fenomeno degli aborti clandestini, dall'altro lato ha posto un ostacolo insormontabile alla tendenza verso la totale e “scriteriata” liberalizzazione dell'aborto, a favore della quale erano stati messi in atto diversi tentativi.

vincolato, in quanto renderebbe nullo il livello minimo di tutela necessaria dei diritti costituzionali alla vita, alla salute, nonché di tutela necessaria della maternità, dell'infanzia e della gioventù”. La Corte Costituzionale, dunque, ponendosi in assoluto favore riguardo alla legge n. 194, con l'ordinanza n. 35/1997 aveva creato un “sistema blindato”, affermando che “*non sono abrogabili disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato*”. Inoltre, va sottolineato il fatto che, in tale occasione, e con riferimento al concepito la Corte costituzionale aveva scelto, per la prima volta, di utilizzare l'espressione “*diritto alla vita*”, spingendosi molto avanti nella qualificazione giuridica del concepito (senza mai giungere, però, a riconoscere allo stesso la personalità giuridica) ed aprendo, per esso, la strada verso i c.d. *nuovi diritti*, che pur non essendo espressi in Costituzione, trovano comunque fondamento nell'art. 2 Cost. ed in altri diritti costituzionalmente enumerati.

²³⁷Come già ampiamente esposto nel corso della dissertazione, le circostanze che ammettono il ricorso alle pratiche abortive sono riconducibili alla tutela della salute fisica e psichica della madre, oltre che alla garanzia del diritto alla vita della stessa. il riconoscimento del diritto alla vita del concepito come elemento meritevole di tutela costituzionale

La legge affronta la tematica facendo riferimento a distinti piani normativi: il primo è di *carattere amministrativo-sanitario-previdenziale* (da artt. 1 a 11) e si riferisce all'insieme di regole previste dalla norma in questione che attengono alla organizzazione ed assistenza fornita dallo dagli organismi sanitari e previdenziali, le cui iniziative sono volte anche alla rimozione o, comunque, al ridimensionamento delle cause di induzione all'aborto; vi è, poi, il secondo profilo attinente all'*ambito privatistico* (da artt.12 a 16), che attiene alle regole che stabiliscono le condizioni per il riconoscimento della capacità di richiedere o consentire l'aborto; ed infine, *l'aspetto penalistico* (da artt. 17 a 21), riguardante le disposizioni che si applicano in caso di interruzione colposa o dolosa di gravidanza, il parto prematuro e le fattispecie aggravanti. Vd. F. Perchinunno, *Interruzione della gravidanza e diritto alla vita. Profili costituzionali*, 29 e ss., cit.

Paragrafo IV. Segue. La legge n. 194/78 sull'interruzione volontaria della gravidanza. Luci e ombre. Le ulteriori precisazioni della giurisprudenza.

La legge n. 194/78 in tema di aborto ha, da sempre, avuto riscontri in massima parte positivi. Nonostante ciò, è innegabile che la disciplina abbia lasciato delle macroscopiche lacune che hanno portato alla necessità di interventi normativi indispensabili per colmare i vuoti lasciati dalla legge. In particolar modo, all'art. 6, lett. B sono state rivolte delle severe critiche laddove stabilisce che l'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, possa essere praticata solo se sussistano processi patologici — tra cui quelli relativi ad anomalie e malformazioni del feto — che possano determinare un grave pericolo per la salute fisica e psichica della donna. In merito a questo punto, le critiche più frequenti hanno riguardato il riferimento eccessivamente generico ai processi patologici, dal momento che ciò avrebbe potuto aprire la strada ad un ventaglio fin troppo ampio di motivazioni idonee a giustificare l'ammissibilità al ricorso alle pratiche abortive, per altro, difficilmente accertabili²³⁸.

²³⁸ L'eccessiva genericità con cui è espressa la norma prevista all'art. 6, lett. B della legge n. 194/78, potrebbe, infatti, condurre ad errate interpretazioni della norma, che faciliterebbero l'ampliamento delle cause di ammissibilità al ricorso alle pratiche abortive ben oltre il reale intento del legislatore. Senza contare le difficoltà oggettive di diagnosticare anomalie e malformazioni fetali, come le difficoltà di accertare le condizioni effettive della salute della madre, soprattutto con riferimento alla sua salute psichica: infatti, al di là delle anomalie e malformazioni verificabili con maggiore o minore accuratezza diagnostica attraverso indagini prenatali (ecografia, amniocentesi, prelievo di villi coriali, etc.), il problema si pone con riferimento a quei processi patologici del feto solo ipotizzabili (come nel caso di madre sieropositiva), ovvero, nel caso di malformazioni accertabili solamente quando il feto abbia raggiunto vita autonoma, oppure ancora, quando accertamenti in tal senso possono essere fatti solo dopo la nascita.

Tra gli interventi normativi di maggiore rilievo, i quali hanno introdotto delle rilevanti integrazioni alla disciplina legislativa in tema di aborto, vi è la sentenza n. 14488 del 29 luglio 2004 della Corte di Cassazione — non a caso divenuta uno dei principali pilastri portanti della disciplina dell’aborto in Italia — alla quale si deve il merito di aver fornito gli strumenti per una corretta interpretazione della legge n. 194/78.

Con questa sentenza, il Supremo Collegio si è pronunciato in merito ad un tema di estrema attualità, ossia quello della legittimità dell’aborto eugenetico²³⁹. In Italia, infatti, il divieto delle pratiche eugenetiche è stato fissato con la legge n. 40 del 2004, per cui, fino ad allora, l’assenza di una espressa disciplina legislativa aveva facilitato l’insinuarsi ed il diffondersi di un’interpretazione distorta della legge n. 194/78, secondo la quale una qualche forma di aborto eugenetico era ammissibile all’interno del nostro ordinamento giuridico.

Con la sentenza n. 14488/04, la Cassazione ha preso posizione in merito alla richiesta di risarcimento presentata da una coppia di coniugi affetti da talassemia eterozigota

²³⁹ Sul tema si era già espressa in precedenza, la Corte costituzionale, la quale con le sentenze n. 45, 46, 47, 48 e 49 del 2005 affrontava il tema dell’ammissibilità del referendum popolare per l’abrogazione della legge n. 40/2004, esprimendosi, nuovamente in merito al sensibilissimo tema del rapporto tra i diritti del concepito (che la Corte stessa aveva ricollegato agli artt. 2 e 31 Cost.) e quelli della madre del nascituro, con particolare riferimento al diritto alla salute (art. 32 Cost.). Sull’argomento, il giudice costituzionale si era pronunciato a favore dell’inammissibilità della richiesta di abrogare una legge coinvolgente “una normativa...*costituzionalmente necessaria*”, dal momento che ciò avrebbe comportato un inevitabile pregiudizio per gli interessi dei soggetti per i quali la stessa normativa era stata disposta, facendo venir meno, prima di tutto, il divieto di pratiche eugenetiche, sancito dalla legge n. 40/2004 (art. 13, lett. B). Questo divieto è desumibile anche dall’art. 3 della Costituzione italiana, al secondo comma, il quale impone come obbiettivo della Repubblica il superamento degli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (tra i quali vi è, sicuramente, l’handicap di natura fisica o psichica). Inoltre, è importante considerare il fatto che il divieto delle pratiche eugenetiche è presente anche nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (art. 3, relativamente al diritto all’integrità della persona).

contro il medico che aveva seguito la gravidanza della donna che, pur non avendo commesso alcun errore diagnostico riguardo alle eventuali malformazioni del feto, non aveva informato i genitori circa i rischi che la loro malattia poteva comportare nei confronti del nascituro, il quale nacque affetto da talassemia maior. Le motivazioni addotte dai ricorrenti erano basate sulla convinzione errata che il nostro ordinamento prevedesse l'aborto eugenetico come opzione per i genitori, ove correttamente informati, delle malformazioni o delle malattie del feto da parte del sanitario. Pertanto, i ricorrenti, basandosi su errate considerazioni, avevano ritenuto che la mancata informazione da parte del sanitario della malattia del nascituro, impedendo alla madre di poter esercitare la "presunta" facoltà di abortire, avrebbe reso il medico stesso unico responsabile della vita non sana o "ingiusta" della neonata, che aveva come alternativa quella di non nascere. I ricorrenti avevano ritenuto di poter agire al fine di ottenere il risarcimento del c.d. "*danno da vita ingiusta*" che, secondo il loro ragionamento, costituiva il pregiudizio del "diritto a nascere sani"²⁴⁰ del nascituro, conseguente alla mancata interruzione della gravidanza. La donna, infatti, non essendo stata informata riguardo ai rischi che il nascituro correva, non aveva potuto scegliere di ricorrere alle pratiche di interruzione volontaria della gravidanza.

²⁴⁰ Secondo le errate convinzioni dei ricorrenti, infatti, dal "diritto a nascere sani" del nascituro deriva un ipotetico "diritto a non nascere".

In merito al fatto, la Cassazione si è espressa con assoluta chiarezza, rigettando la domanda dei ricorrenti ed affermando l'inesistenza, nell'ordinamento giuridico italiano, di alcuna forma di aborto eugenetico. Infatti, il "diritto a nascere sani" non deve essere inteso nel senso che il feto che presenti gravi anomalie genetiche non debba essere lasciato nascere, dato che l'ipotetico riconoscimento di un "diritto a non nascere", sia pure in determinate situazioni di malformazione, equivarrebbe ad affermare l'esistenza di un principio di eugenesi o eutanasia prenatale che va in contrasto con i principi di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., nonché con i principi di indisponibilità del proprio corpo di cui all'art. 5 c.c. Le richieste dei ricorrenti, non essendo in linea con lo scopo della legge n. 194/78, ove essa stabilisce che *"il sacrificio del concepito è consentito esclusivamente al fine di tutelare la salute fisica o psichica della madre"*²⁴¹, sono state correttamente respinte, dal momento che è la salute della madre l'unica esigenza costituzionalmente protetta il cui pregiudizio può consentire di ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza. L'eventuale accertamento della sussistenza di malformazioni del feto non costituisce condizione necessaria né sufficiente per consentire il ricorso alle pratiche abortive, salvo il caso in cui queste compromettano la salute della madre.

²⁴¹ Ben altro significato acquisterebbe la legge n. 194/78 se avesse prevalso, in assenza della sentenza della Corte di Cassazione, l'interpretazione distorta della stessa legge, ossia, nel senso di aver stabilito una prevalenza della salute della madre sulla tutela del nascituro solo qualora quest'ultimo fosse malformato, dal momento che ciò condurrebbe all'inammissibile ed aberrante conseguenza per cui la vita del futuro soggetto sano sarebbe da considerarsi preminente rispetto a quella del nascituro malato.

Grazie alla sentenza in questione è stato possibile chiarire, una volta per tutte, la corretta interpretazione da dare alla legge n. 194/78 rispetto al tema dell'aborto eugenetico: la legge in nessun caso ammette l'aborto eugenetico, dal momento che questo non può essere configurato né come diritto della gestante, dato che la sola esistenza di malformazioni del feto non necessariamente incidono sulla salute o sulla vita della donna²⁴², né come diritto del concepito a “nascere sano”, dal momento che tale diritto significa solo che, sotto il profilo privatistico, nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso) e, sotto il profilo pubblicistico, che siano predisposti quegli istituti normativi e strutture di tutela, di cura ed assistenza alla maternità, idonei a garantire, nell'ambito delle umane possibilità, la nascita sana.

In conclusione, con la sentenza in questione, la Corte di Cassazione ha escluso, in modo definitivo, la possibilità di ricorrere all'aborto eugenetico, negando l'esistenza nell'ordinamento giuridico italiano di un “*diritto a non nascere*”, nel caso in cui la nascita comporti una *wrongful life*, ossia una “*vita ingiusta*”, dal momento che il costituente, nel riconoscere il diritto alla vita come il primo ed assoluto diritto fondamentale ed inviolabile dell'uomo e, dunque, del concepito, ha sempre voluto promuovere un sistema normativo che favorisca, in ogni caso, una gravidanza

²⁴² Infatti, le malformazioni o anomalie del feto rilevano solo nel caso in cui possano cagionare il danno alla salute psico-fisica della gestante, e non in sé considerate, con riferimento al nascituro.

orientata verso la nascita, per cui se di diritto si può parlare deve parlarsi di un “*diritto a nascere*”²⁴³.

Alla luce delle riflessioni appena esposte, si può giungere ad un giudizio complessivamente positivo in merito alla disciplina legislativa in materia di aborto la quale ha realizzato, almeno in parte, gli obbiettivi prefissati avendo dotato il sistema normativo italiano di una regolamentazione efficace sul tema dell’aborto. Essa, infatti

²⁴³ Alla sentenza della Cassazione n. 14488/04 hanno fatto seguito una molteplicità di sentenze, le quali, ispirandosi a quanto stabilito dalla Corte di Cassazione, hanno contribuito a scoraggiare ogni interpretazione (errata) della legge n. 194/78 secondo la quale si ammetterebbe l’aborto eugenetico all’interno dell’ordinamento giuridico italiano.

Un altro caso esemplificativo, infatti, potrebbe essere dato dalla sentenza del Tribunale di Catania n. 1037 del 29/03/2006, che ha riguardato la richiesta di risarcimento presentata da due coniugi per il danno subito per la nascita di un figlio affetto da sindrome di Down. I ricorrenti avevano addotto quale motivazione la presunta diretta responsabilità del sanitario per la nascita del figlio Down, dovuta alla mancata informazione da parte dello stesso alla gestante circa la possibilità di nascita di un figlio Down (che poteva divenire certezza a mezzo di analisi specifica); ciò — secondo i ricorrenti — avrebbe concesso loro la possibilità di esercitare il *presunto* “diritto di interrompere la gravidanza” al fine di tutelare il nascituro da un grave danno alla sua salute che si sarebbe determinato alla nascita dello stesso.

Anche in questo caso, come chiarito dalla sentenza, il problema è di carattere interpretativo, e verte principalmente attorno all’art. 6, lett. B: infatti, appare del tutto illogica la richiesta dei ricorrenti fondata sull’erronea convinzione che la nascita di un soggetto affetto da mongolismo determina un grave danno alla salute del nascituro, dal momento che non è la nascita che arreca danno al nato, ma la malformazione che ha agito come causa del danno tempo prima, al momento del concepimento. Pertanto, ragionando per assurdo, se si ammettesse che, in determinate circostanze in cui si riscontrino gravi malformazioni del feto, la nascita possa costituire causa di danno alla salute, esso (il danno) sarebbe evitabile solo con la non nascita, ma il danno che, in tal caso, si arrecerebbe sarebbe così ben maggiore della nascita. Inoltre, nel corso del processo, è stato chiaramente puntualizzato che l’art. 6, lett. B, non deve essere inteso quale principio che affida all’autodeterminazione della donna la possibilità di interrompere la gravidanza dopo i primi novanta giorni — così come i coniugi hanno voluto intenderlo — ma, piuttosto, richiede quale presupposto per l’accesso alle pratiche abortive, l’esistenza accertata di “*processi patologici, tra i quali quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinano un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna*” In altre parole, il modo corretto di interpretare e, dunque, applicare la legge di riferimento, è quello di ritenere che, nel caso in cui si riscontrino gravi anomalie o malformazioni del feto, dopo i primi novanta giorni della gravidanza, si ammette la possibilità di ricorrere alle pratiche per l’interruzione volontaria della gravidanza esclusivamente nel caso in cui siano riscontrabili contemporaneamente due presupposti, l’esistenza di rilevanti anomalie del feto ed il processo patologico della gestante che metta in grave pericolo la sua salute. Tale disposizione — che deve, quindi, obbligatoriamente essere interpretata come una regola posta a tutela del diritto alla vita del nascituro, che può essere sacrificato solamente nel caso in cui ciò metta in pericolo il diritto alla vita ed alla salute della madre²⁴³ — è idonea a dimostrare che per configurare l’ipotesi di responsabilità del sanitario, l’eventuale mancata informazione non basta, dovendo immancabilmente concorrere i presupposti fissati dall’art. 6 della legge n. 194/78. Sul tema è intervenuto anche l’Autore Antezza in, *La responsabilità civile per mancata diagnosi di malattia del feto*, in *Il Merito*, n. 7, 2006, p. 13. Infatti, è importante sottolineare che la possibilità per la donna di abortire, ledendo il diritto alla vita del figlio, si fonda sulla necessità di effettuare un bilanciamento di interessi fra quella vita e la salute della donna stessa, a condizione che quest’ultima sia in pericolo, a condizione che il pericolo per la madre venga inteso non come presupposto di diritto (ossia che possa essere ricostruito *ex post*), ma come presupposto di fatto, che rende possibile il legittimo sacrificio della vita del feto.

— avendo predisposto gli strumenti più efficaci per la soluzione concreta al problema della clandestinità degli aborti e avendo favorito, in secondo luogo, il ridimensionamento del ricorso all'aborto come metodo contraccettivo²⁴⁴ — ha rappresentato, in definitiva, un primo passo verso la sensibilizzazione globale sul controverso tema dell'aborto che si lega inscindibilmente alla sfera della vita e della salute degli individui.

²⁴⁴ Ciò può essere dimostrato richiamando alcuni dati statistici rilevati dall'Istat, i quali consentono di verificare le dinamiche di attuazione della legge: infatti, tra il 1980 ed il 1984 si è registrata una crescita progressiva degli aborti, dovuta, però, all'assorbimento, da parte del sistema legale di interruzione di gravidanza, degli interventi abortivi clandestini; tra il 1984 ed il 1995 si è assistito ad una riduzione progressiva del fenomeno, passando da 16,2 eventi su 1000 donne in età fertile a 9,3; dal 1996 l'aborto ha avuto un trend di assoluta stabilità. In generale, quindi, nel ventennio compreso tra il 1983 ed il 2003, i dati rilevano come i tassi di abortività siano diminuiti in tutti i gruppi di età, anche se le riduzioni meno marcate si sono registrate con riferimento alle donne più giovani (con età inferiore ai venti anni). In particolar modo, dal 2000 si è registrato un significativo aumento del numero di donne più giovani (con età compresa tra i quindici ed i ventinove anni) che hanno fatto ricorso all'aborto; quest'ultimo dato, se letto congiuntamente a quello che registra un alto tasso di recidività tra le donne che ricorrono all'intervento di interruzione volontaria di gravidanza (che è pari al 30% tra coloro che hanno già abortito almeno una volta), consente di dimostrare come in Italia sia ancora assente o, comunque, insufficiente una seria politica di informazione sui metodi contraccettivi, soprattutto nelle scuole.

Paragrafo V. La salute della donna nella legge n. 40/2004 sulla “procreazione medicalmente assistita”. Gli interventi significativi della Corte costituzionale.

Per completare il quadro normativo sul tema dell’aborto e sulle problematiche che, attraverso l’aborto, riconducono al tema del diritto alla salute della donna, non è possibile omettere un riferimento al sensibilissimo tema della procreazione medicalmente assistita a causa delle connessioni che sussistono tra i due ambiti ed a causa degli effetti che tali collegamenti provocano sui soggetti i cui interessi sono coinvolti: ossia la donna ed il nascituro.

La procreazione medicalmente assistita viene disciplinata, all’interno dell’ordinamento giuridico italiano, dalla legge n. 40 del 2004 e dalle successive linee guida emanate ai sensi dell’art. 7 della stessa legge (comprendenti alcune principali indicazioni sulle procedure e le tecniche di procreazione medicalmente assistita), i cui contenuti sono stati, di recente, parzialmente modificati dalla sentenza n. 151/2009 della Corte costituzionale²⁴⁵.

La legge n. 40, approvata il 19 febbraio 2004, era stata elaborata al fine di regolamentare le tecniche di procreazione medicalmente assistita per garantire il diritto alla procreazione a tutti gli individui. Tale diritto è riconosciuto, infatti, come uno dei diritti inviolabili dell’essere umano, così come si deduce dall’art. 2 della Costituzione

²⁴⁵ Le modifiche apportate dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 151/2009 hanno, in parte, corretto la disciplina legislativa in materia di procreazione medicalmente assistita i cui contenuti, come esporrò a breve, sono stati fortemente criticati perché fortemente inadeguati e contraddittori.

italiana. Esso è inteso come libertà di riprodursi, libertà di trasmettere la vita, anche per coloro i quali, non potendo godere di questo diritto naturalmente a causa di problemi di natura fisiologica ostativa alla riproduzione, devono necessariamente ricorrere a mezzi artificiali.

Tuttavia, fissare una disciplina per la regolamentazione delle tecniche di procreazione assistita, che tenga conto di tutti gli interessi in gioco, non è risultato per nulla semplice, anche se la dottrina più recente sembra concordare sul fatto che lo Stato non possa negare il diritto di una persona di avere figli (legittimi o naturali) e, quindi, il diritto di ricorrere a tecniche procreative, salvo i legittimi limiti a protezione di altri interessi, tra i quali vi è, in primo luogo, quello del nascituro.

Non a caso, la legge n. 40/2004 è stata oggetto delle critiche più severe riguardo, in particolare, la sua inadeguatezza rispetto agli obbiettivi per cui era stata predisposta; essa, infatti, sembra essersi rivelata inefficace nel garantire un effettivo diritto alla procreazione a tutti gli individui, avendo lasciato sguarniti di una tutela effettiva i diritti dei soggetti coinvolti e, per di più, avendo messo in atto un sistema che, in talune circostanze, mette a rischio gli stessi interessi a tutela dei quali essa si pone.

Questi diritti, che la legge n. 40/2004 si impegna a tutelare, sono quelli che appartengono ai soggetti i quali — come espressamente stabilito dalla stessa legge all'art. 1, primo comma — sono coinvolti nelle tecniche di procreazione medicalmente

assistita, ossia i genitori (ed in particolare la donna) ed il concepito. Con riferimento al nascituro è possibile constatare come la legge n. 40/2004 abbia riconosciuto, per la prima volta, un altissimo grado di tutela, desumibile dalla maggior parte delle disposizioni in essa contenute (tra le quali, ad esempio, vi è il “divieto di inseminazione eterologa” o il “divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle persone *single*” oppure il “divieto di sperimentazione e produzione di embrioni umani”)²⁴⁶ nonostante le frequenti incongruenze e contraddizioni della legge, che talvolta pongono a rischio lo stesso diritto alla vita e alla salute del nascituro. Per quanto riguarda, invece, il diritto alla salute della donna, occorre rilevare come la disciplina legislativa in esame riservi ben poca tutela alla stessa, a vantaggio del diritto alla vita del nascituro, ponendosi in evidente violazione con i principi costituzionali preposti a garanzia del bene della vita e della salute della donna.

In ogni caso, al fine di comprendere meglio i limiti oggettivi che la legge in questione porta inevitabilmente con sé, occorre approfondire almeno alcuni dei suoi contenuti, in modo da individuare le linee guida dell'intero impianto normativo sotteso dalla stessa.

²⁴⁶ Infatti, il legislatore nel dettare le regole in tema di procreazione assistita, ha inteso dare alla normativa un'impronta marcatamente orientata a favore della tutela del nascituro, il quale viene, per la prima volta, riconosciuto come “soggetto” (art. 1), ed a favore del quale sono espressamente dettate specifiche misure di tutela (artt. 8-9 ed artt. 13-14).

Essa, dal punto di vista strutturale, si presenta suddivisa in sette capi²⁴⁷, dai quali possono essere estrapolati alcuni aspetti che, compromettendo contemporaneamente il diritto alla vita e alla salute della donna e del nascituro, costituiscono le più evidenti violazioni di norme costituzionali poste a tutela del diritto alla vita e alla salute degli individui.

In questo senso può richiamarsi, in primo luogo, la norma prevista all'art. 1, dedicata, come facilmente desumibile dal titolo, all'illustrazione dei *principi generali*, ove si stabilisce che *“al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito”*. La disposizione enuncia lo scopo primario della legge, che è, dunque, quello di creare uno strumento (costituito dalle tecniche di procreazione medicalmente assistita) diretto a porre un rimedio concreto agli eventuali ostacoli di carattere fisiologico alla procreazione, limitatamente però — ed in ciò si sostanzia il primo aspetto fortemente

²⁴⁷ La legge n. 40/2004 si presenta organizzata in sette capi, ciascuno dei quali disciplina un particolare aspetto l'applicazione, in concreto, delle tecniche di procreazione assistita: così, il primo capo è intitolato *“Principi generali”*, mentre il secondo capo presenta il titolo *“Accesso alle tecniche”*, vi è, poi, il terzo capo, dal titolo *“Disposizioni concernenti la tutela del nascituro”*, al quale segue il quarto capo, il cui titolo è *“Regolamentazione delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita”*, poi, ancora, vi è il quinto capo, dal titolo *“Divieti e sanzioni”*, ed il sesto capo, che è intitolato *“Misure di tutela dell'embrione”*, per poi giungere al settimo ed ultimo capo della normativa, il cui titolo è *“Disposizioni finali e transitorie”*.

criticato dalla normativa in questione — a quelli generati da problemi di sterilità o infertilità umana.

Questo aspetto può essere integrato con la disposizione, prevista dalla stessa legge all'art. 13²⁴⁸, il quale, nello stabilire il divieto della selezione degli embrioni a scopo eugenetico, ha consentito la ricerca sugli embrioni esclusivamente per finalità diagnostiche. Così facendo, la legge ha precluso la possibilità di ricorrere alle tecniche di procreazione assistita alle coppie portatrici di gravi malattie genetiche (non affette da patologia riconducibili a problemi di sterilità o infertilità) presumendo che, in tali circostanze, le analisi siano di tipo eugenetico, ossia finalizzate esclusivamente all'accertamento che l'embrione non sia affetto da patologie ereditate dai genitori.

Sotto questo profilo, il legislatore, nel riservare l'accesso alle tecniche di procreazione assistita alle coppie sterili o non fertili, ha posto un primo significativo limite alla libertà di riprodursi nei confronti di una non esigua categoria di soggetti, i quali, pur non presentando problematiche connesse al sistema riproduttivo riconducibili a sterilità o infertilità, risultino portatori, ancorchè sani, di gravi malattie infettive o genetiche trasmissibili alla prole. Inoltre, a tali soggetti, non potendo ricorrere alla diagnosi genetica preimpianto (nell'ambito di un intervento di fecondazione in vitro)

²⁴⁸ L'art. 13 della legge n. 40/04 sancisce solennemente che: di “*ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti, ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche*”.

al fine di verificare se l’embrione sia affetto dalle patologie precedentemente esposte, non resta che ricorrere all’aborto terapeutico²⁴⁹, qualora il feto risultasse affetto da patologie ereditarie (accertabili attraverso la diagnosi preimpianto).

In base a questa impostazione diviene facilmente constatabile come la normativa, il cui originario intento era quello favorire il diritto alla procreazione (assicurando, al contempo, il rispetto dei diritti di tutti i soggetti coinvolti nel processo procreativo, compresi, come espressamente previsto dalla norma stessa, i diritti del concepito, ai quali essa riserva un margine di tutela fortemente accentuato rispetto al passato)²⁵⁰ sembra essersi, piuttosto, discostata da questo obbiettivo: la procedura prevista dalla legge n. 40/04, fino a questo punto analizzata piuttosto che favorire l’esercizio al diritto alla procreazione, determina un rischio serio tanto per la salute della donna, la quale, qualora informata delle eventuali patologie del feto, dovrà sottoporsi ad un invasivo e rischioso intervento abortivo, quanto per la vita e la salute del nascituro affetto da malattie genetiche, il quale si troverà, per così dire, “minacciato” da una

²⁴⁹ E’ appena il caso di sottolineare che tale eventuale ricorso all’aborto terapeutico è subordinato al rispetto della disciplina legislativa prevista per esso; in altre parole, secondo quanto stabilito dalla legge n. 194/78, è consentito procedere all’aborto terapeutico solamente nel caso in cui si sia accertato, tramite diagnosi, la sussistenza di una grave malattia o malformazione del feto che cagioni pericolo grave per la salute della madre.

²⁵⁰ La legge n. 40/2004, rompendo la linea di continuità con il preesistente quadro normativo, secondo il quale l’acquisizione dei diritti di ogni soggetto era subordinato all’evento della nascita, ha inteso riconoscere il concepito (senza fare alcuna distinzione tra il concepito e l’embrione *in vitro*) come «vita umana» a tutti gli effetti e, come tale, idonea al riconoscimento della tutela dei propri diritti fondamentali senza, però, la pretesa che tali diritti abbiano la stessa valenza di quelli appartenenti alle persone viventi. Da questo punto di vista, dunque, la normativa, sembra porsi in linea con l’impostazione della legge n. 194/78, la quale, secondo quanto stabilito all’art. 1 della stessa, impegna lo Stato ad una tutela della vita umana sin dal suo inizio.

sorta di “condanna a morte”²⁵¹, dal momento che, in tali circostanze, la maggior parte delle coppie decideranno di ricorrere alle procedure per l’interruzione volontaria della gravidanza.

Ciò si pone in evidente contrasto con i principi costituzionali posti a tutela dei diritti fondamentali ed inviolabili dell’uomo, ai quali la stessa legge si è ispirata, tra cui le norme previste agli artt. 2 e 32 Cost. Si aggiunga il fatto che vietare la possibilità di ricorrere alla diagnosi preimpianto a coppie non sterili, ma affette da serie patologie, e consentirla ad altri soggetti sterili ed affetti dalle medesime patologie costituirebbe una forma di discriminazione tra i cittadini, in palese violazione del principio di uguaglianza sancito all’art. 3 Cost.²⁵².

Inoltre, è evidente come attraverso tale sistema la legge lasci spazio ad un vero e proprio “paradosso giuridico”: infatti, se da un lato, la legge ha inteso tutelare l’embrione, negando a priori la possibilità, per le coppie non sterili, seppur affette da patologie geneticamente trasmissibili, di usufruire delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (e più in particolare, delle tecniche di diagnosi preimpianto, nell’ambito di un intervento di fecondazione in vitro)²⁵³, dall’altro lato, ammettendo la possibilità per la coppia di ricorrere all’aborto terapeutico, nel caso in cui (a seguito

²⁵¹ Cfr. B. Bruni ed I. Morostegan, *Sanità e diritti della persona. Aborto, procreazione assistita, eutanasia. L’imbarazzo del giurista*, cit., p. 57.

²⁵² Vd. G. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Torino, 2004, p. 64 e ss.

²⁵³ Ciò permetterebbe di verificare se l’embrione sia affetto da tali gravi patologie e che (qualora la legge lo consentisse) consentirebbe di bloccare lo sviluppo dell’embrione prima di essere impiantato nell’utero materno.

dell'indagine svolta per accertare la salute dell'embrione all'interno del corpo materno) si sia accertata una grave malattia del feto che abbia cagionato o che possa cagionare un serio pericolo per la salute psico-fisica della madre, ha esposto nuovamente il feto ad una situazione di rischio per la sua vita.

In merito a questi aspetti della legge n. 40/2004, è possibile citare due rilevanti esempi tratti dalla giurisprudenza: Il primo ha ad oggetto il caso di due coniugi, portatori sani di beta-talassemia, i quali, essendosi rivolti ad un centro specializzato nella procreazione medicalmente assistita, avevano inoltrato richiesta di procedere a diagnosi genetica preimpianto al fine di evitare che venisse trasferito nell'utero un embrione affetto dalla patologia ereditaria. Dinanzi al diniego del centro, i coniugi si erano rivolti all'autorità giudiziaria, chiedendo che venisse loro riconosciuto il diritto di trasferire nell'utero soltanto gli embrioni che risultassero immuni da malattie genetiche. Il giudice ha respinto il ricorso dei coniugi, ritenendo non configurabile un diritto della coppia a selezionare gli embrioni, distinguendo quelli sani da quelli malati (al fine di poter eliminare questi ultimi), dal momento che la donna non può essere ritenuta titolare del diritto ad avere figli conformi alle proprie aspirazioni e, dall'altra parte, non si può affermare che il concepito abbia diritto a non nascere se affetto da

patologie²⁵⁴. Pertanto, in tale circostanza, il Tribunale di Catania ha difeso il dettato della legge sulla procreazione medicalmente assistita, ritenendola pienamente conforme alla Costituzione²⁵⁵.

Un caso molto simile ha coinvolto una coppia di coniugi²⁵⁶ affetti da anemia mediterranea, i quali, avendo richiesto di procedere alla fecondazione assistita previa diagnosi preimpianto, avevano ricevuto un diniego da parte del centro a cui si erano rivolti. A seguito di ciò, la coppia era ricorsa all'autorità giudiziaria, chiedendo l'autorizzazione a procedere agli accertamenti clinici sugli embrioni. L'autorità giudiziaria²⁵⁷, con riferimento alla questione, ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità dell'art. 13, legge n. 40/2004, perché in contrasto con gli artt. 2 e 32 Cost. ove stabilisce il divieto di ottenere, su richiesta dei soggetti che hanno avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la diagnosi preimpianto sugli embrioni, ai fini dell'accertamento di eventuali patologie, suscettibili di nuocere, se conosciute, alla salute psico-fisica della madre. La Corte costituzionale — chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita — si è limitata, in tale circostanza, a dichiarare la questione inammissibile, sul presupposto

²⁵⁴ Vd. S. Bianchetti, *Procreazione medicalmente assistita, diagnosi preimpianto e (fantasmi dell')eugenetica*, in Giur. it, 2006, p. 1172.

²⁵⁵ Vd. Trib. Catania, ord. 3 maggio 2004, in Giust. civ., 2004, n. 1, p. 2447 e ss., con nota di G. Giacobbe.

²⁵⁶ La coppia aveva già, in passato, usufruito della procedura di fecondazione in vitro e relativa diagnosi preimpianto, prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004, avevano scelto di ricorrere alle pratiche abortive dal momento che il feto era risultato affetto dalla malattia genetica.

²⁵⁷ Vd. Trib. Cagliari, 16 luglio 2005, in Resp. civ. e prev., 2005, p.1412 e ss., con nota di S. Della Bella.

che il giudice *a quo* sarebbe caduto in contraddizione quando ha richiesto la dichiarazione di illegittimità costituzionale del solo art. 13 della legge n. 40/2004, omettendo di coinvolgere anche altre norme della stessa legge dalle quali il divieto di analisi preimpianto sarebbe pure desumibile. L'intervento della Corte, in questo caso, non è stato risolutivo, dal momento che la vicenda si è conclusa senza alcuna soluzione effettiva, anche se avrebbe potuto costituire un'occasione importante per chiarire i numerosi nodi interpretativi ancora irrisolti sull'argomento²⁵⁸.

Altro aspetto fortemente criticato, disciplinato dalla legge n. 40 — con riferimento alla quale la Corte costituzionale è recentemente intervenuta modificandone il contenuto — riguarda i *“limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni”*, e si sostanzia nel *“divieto di crioconservazione degli embrioni”* e, soprattutto, nell'obbligo per cui *“le tecniche di produzione degli embrioni... non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre”* (art. 14, comma 2, legge n. 40/04).

In merito a questo aspetto, è intervenuta di recente la Corte costituzionale, la quale — come si vedrà più approfonditamente nel paragrafo seguente — ha dichiarato incostituzionale la disposizione. Essa, infatti, risulta ampiamente suscettibile di

²⁵⁸ Vd. P. Di Marzio, *Procreazione assistita, interrogativi sulla diagnosi preimpianto in cerca di risposte*, in Giur. di Merito, 2008, p. 1002 e ss., e E. Palmerini, *La Corte costituzionale e la procreazione assistita*, in Nuova Giur. civ., I, 2006, p. 619 e ss. Inoltre, per approfondimenti sul tema si rimanda a S. Bianchetti, *Procreazione medicalmente assistita, diagnosi preimpianto e (fantasmi dell') eugenetica*, in Giur. it., 2006, p. 1169 e ss., R. Villani, *Procreazione assistita e diagnosi preimpianto: la Corte costituzionale salva “pilatescamente” il divieto*, in Studium iuris, 2007, p. 127 e ss. Tali Autori hanno manifestato il loro parere contrario in merito alla decisione del giudice di non prendere posizione con riferimento alla delicata questione sottoposta.

critiche estremamente severe, dal momento che una decisione del genere finisce, inevitabilmente, con il creare una molteplicità di controsensi: pertanto, avendo negato la possibilità di procedere alla crioconservazione degli embrioni, la legge ha disposto che la procreazione assistita debba procedere con l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto, che — secondo la stessa disposizione — non deve essere superiore a tre, riconoscendo come unica eccezione che sussistano cause di forza maggiore, relativamente allo stato di salute della donna, in forza delle quali si ammette la possibilità di crioconservare gli embrioni fino al momento dell'impianto (art. 14, comma 3, legge n. 40/04). Tale procedura, prevista dalla legge in questione, determina un serio pericolo per la salute della donna ed, al contempo, per la salute del concepito. L'impianto contemporaneo di tre embrioni, favorendo la possibilità di gravidanze plurigemellari, aumenta sia il rischio per la salute della donna (soprattutto per le frequenti complicazioni a cui può andare incontro dopo il parto) sia quello per la salute del concepito, data l'elevata incidenza di malformazioni nei neonati che tali gravidanze, frequentemente, comportano.

Inoltre, risulta chiaro il “*paradosso*” che si crea con riferimento alla legge n. 194/78 in tema di aborto, dovuto al fatto che la coesistenza di queste due discipline legislative (quella sull'interruzione volontaria della gravidanza e quella sulla procreazione medicalmente assistita) ha creato un sistema viziato, il quale, da un lato, avendo

stabilito il divieto di crioconservazione e soppressione degli embrioni, impone alle donne l'impianto degli embrioni prodotti e, dall'altro lato, lasciando alle madri la facoltà di ricorrere all'*escamotage* rappresentato dal ricorso all'aborto (consentito dalla legge n. 194/78), autorizza, seppur implicitamente, la soppressione del feto eventualmente formato, attraverso la pratica dell'interruzione volontaria della gravidanza. Insomma "*nell'ottica della salvaguardia di un embrione, si autorizza la soppressione di un feto*"²⁵⁹.

Inoltre, è possibile individuare un vizio di irragionevolezza con riferimento all'art. 14, commi 2 e 3 della legge n. 40/2004. La procedura che si applicherebbe in base a quanto stabilito dalle disposizioni in questione, imponendo l'obbligo della formazione ed il conseguente unico impianto del numero massimo di tre embrioni, auspicherebbe che solo uno di essi attecchisca, ammettendo anche, in conseguenza, la possibilità che gli altri vadano dispersi. Ciò delinea di una procedura che è chiaramente incongrua rispetto alla stessa *ratio* della legge n. 40/2004, la quale sembrerebbe orientata ad evitare la crioconservazione degli embrioni, proprio al fine di evitare il rischio che alcuni di degli embrioni prodotti possano andar perduti²⁶⁰.

²⁵⁹ Cfr. B. Bruni ed I. Morostegan, *Sanità e diritti della persona. Aborto, procreazione assistita, eutanasia. L'imbarazzo del giurista*, cit., p. 90.

²⁶⁰ Questa decisione appare del tutto priva di una *ratio*, considerando che il divieto di crioconservazione degli embrioni non sembra avere alcuna motivazione sul piano scientifico, dal momento che tali procedure non costituiscono un pericolo per la sopravvivenza degli embrioni, essendo il presupposto imprescindibile di molte tecniche di procreazione assistita.

Da quanto sin qui, esposto, risulta evidente che ci si trova dinanzi a norme in aperto contrasto con il fondamentale diritto alla salute dell'individuo (art. 32 Cost.), in quanto, piuttosto che favorire il perseguimento degli interessi dei soggetti coinvolti nelle pratiche di procreazione assistita, determinano il delinearsi di condizioni che creano un serio pericolo per il diritto alla vita e alla salute di tali soggetti²⁶¹.

²⁶¹ Vd. L. Chieffi, *La diagnosi genetica nelle pratiche di fecondazione assistita: alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra le ragioni all'impianto dell'embrione e quelle della donna ad avviare una maternità cosciente e responsabile*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3736. L'Autrice, infatti, auspica una progressiva apertura a dei nuovi rimedi, tanto in materia di aborto quanto con riferimento alla disciplina della procreazione assistita, orientata, *in primis*, alla prevenzione dei danni alla salute della donna; ciò potrebbe essere messo in atto anche attraverso l'esercizio, sempre ad opera del legislatore, di una contestuale funzione promozionale di una cultura che sia favorevole alla vita, indipendentemente dal livello di abilità/disabilità. Infatti, pur dovendosi apprezzare le decisioni di chi, anche a costo di subire un grave danno psico-fisico, decida liberamente ed in piena autonomia di intraprendere una gravidanza a rischio, è comunque indubbia la necessità che lo Stato, attraverso adeguati interventi di tipo sociale, promuova un nuovo orientamento che tenda a privilegiare la qualità della vita, dando il giusto riconoscimento ai valori relazionali riconducibili alla nascita di un figlio, al rapporto affettivo che ne deriverebbe, favorendo una naturale accettazione della disabilità. Sul punto si rimanda anche aA. Vicini in, *Procreazione medicalmente assistita in Italia*, in P. Giustiniani (a cura di), *Sulla procreazione assistita*, Napoli, 2005, p. 163 e ss, il quale ha constatato come recenti studi abbiano dimostrato come un'adeguata diffusione sul territorio dei servizi di accoglienza per disabili abbia ridotto sensibilmente la richiesta di aborto, anche in presenza di una diagnosi di particolare gravità (quale la trisomia 21).

Paragrafo VI. Segue. La salute della donna nella legge n. 40/2004 sulla “procreazione medicalmente assistita”. La sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009.

Dalle ultime considerazioni fin qui esposte risulta evidente come molte delle disposizioni previste dalla legge n. 40/2004 siano da considerarsi costituzionalmente illegittime, perché palesemente in contrasto con alcuni dei più significativi principi costituzionali posti a tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, primo tra tutti il diritto alla salute di ciascun individuo, oltre che il diritto alla vita. Per questa ragione, di recente, la Corte costituzionale è intervenuta con la sentenza n. 151/2009, al fine di modificare alcuni punti della legge in questione²⁶².

Attraverso la sentenza n. 151/2009 la Corte costituzionale ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3, con riferimento alla parte in cui prevede che, ai fini della applicazione della procedura della procreazione medicalmente assistita, non si deve creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto che, in ogni caso, non deve essere superiore a tre (art. 14, comma 2, legge n. 40/04) e nella parte in cui vieta la crioconservazione di embrioni, ad eccezione dell'ipotesi in cui ciò non sia possibile, per grave e

²⁶² In tale circostanza, la Corte costituzionale è stata chiamata ad esprimersi in merito alla questione di legittimità degli artt. 6, comma 3 e 14, commi 1, 2, 3, 4 della legge 40/2004, sollevata dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio, con la sentenza n. 398, 21/01/2008 (reg. ord. n. 159 del 2008).

documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna, non prevedibile al momento della fecondazione, procedere all'impianto, il quale dovrà essere effettuato non appena possibile.

Tale valutazione è basata, innanzitutto, sull'evidente contrasto esistente tra le norme previste all'art. 14, commi 2 e 3 della legge n. 40/2004 e l'art. 32 Cost., posto, come noto, a tutela del diritto alla salute di ciascun individuo. Il limite di tre ovociti impiantabili (art. 14, comma 2, legge n. 40/2004) e il divieto della crioconservazione degli stessi (art. 14, comma 3, legge n. 40/2004) delineano, infatti, una procedura del tutto priva di un adeguato bilanciamento tra la tutela della salute della donna e quella dell'embrione, dal momento che ammettendo la possibilità di un impianto di più embrioni (fino ad un massimo di tre) nella consapevolezza che alcuni di essi potranno andare dispersi, significa accettare che, per una concreta aspettativa di gravidanza, sia necessario procedere ad un impianto superiore all'unità ed accettare che alcuni di tali embrioni, o anche uno solo — oltre quello che dà luogo ad una gravidanza — possano andar dispersi. Inoltre, tale impostazione non sembra tener conto della salute della donna che, secondo la procedura in questione, verrebbe sottoposta a dei seri rischi: infatti, nel caso di trattamento giunto a buon fine, la donna verrebbe, comunque, esposta al rischio di una gravidanza plurigemellare rischiosa, non soltanto per la sua salute, ma anche per quella del concepito; mentre, nel caso di trattamento fallito, la

donna si troverebbe obbligata a sottoporsi nuovamente ad invasivi interventi di stimolazione ovarica e di prelievo chirurgico degli ovociti, che comportano rischi molto seri quali, ad esempio, la sindrome di iperstimolazione ovarica²⁶³.

Un secondo rilevante aspetto contestabile con riferimento alla disposizione prevista all'art. 14, comma 3, legge n. 40/04, attiene alla violazione dell'art. 3 Cost. il quale sancisce il principio di uguaglianza, che impone l'obbligo di rispettare il principio della parità di trattamento. La disposizione, prevista all'art. 14, commi 2 della legge n. 40/2004, stabilendo, il modo del tutto aprioristico, la predeterminazione del numero di embrioni producibili e successivamente impiantabili, trascura di prendere in considerazione molte altre rilevanti variabili, tra le quali, ad esempio, la salute e l'età della donna interessata a ricorrere alle pratiche di fecondazione assistita. Ciò comporta una evidente violazione del principio della parità di trattamento, dal momento che la procedura stabilita dalla disposizione in questione (art. 14, comma 2, legge n. 40/04) se da un lato tende ad assicurare concrete possibilità di gravidanza alle persone di medie condizioni fisiche, dall'altro lato, non fornisce le medesime possibilità alle donne non giovani o che abbiano difficoltà a produrre embrioni di buona qualità. In tal maniera, si delinea, evidentemente, un sistema basato su una ingiustificata disparità di

²⁶³ Con riferimento a questo aspetto, occorre considerare il fatto che la disposizione in questione, prescindendo dalla valutazione del medico (unico soggetto ad essere realmente in grado di individuare il miglior bilanciamento tra rischi e benefici per la donna e per l'embrione nel momento in cui si trova ad applicare il trattamento sanitario di fecondazione assistita) non sembra mantenersi in linea con quel bilanciamento di interessi che la legge n. 40/2004 sembrerebbe voler perseguire.

trattamento, dal momento che situazioni diverse verrebbero, in tal maniera, sottoposte allo stesso trattamento predeterminato per legge²⁶⁴.

Vi è, in ultimo, un altro aspetto con riferimento al quale la disciplina legislativa in questione sembrerebbe ricadere nel vizio di irragionevolezza, che appare evidente se si compara la disciplina in oggetto con quella in materia di interruzione volontaria di gravidanza (legge n. 194/78). Tale comparazione, infatti, consente di constatare come la tutela degli embrione, garantita dal divieto di crioconservazione e di soppressione degli stessi — così come stabilito dall'art. 14 della legge n. 40/2004 — viene meno una volta effettuata con successo l'inseminazione artificiale, dal momento che a partire da quel momento subentra la disciplina prevista dalla legge n. 194/1978, la quale consente l'aborto, almeno fino al novantesimo giorno di gravidanza.

Pertanto, la Corte Costituzionale — facendo riferimento alle motivazioni esposte dal Tribunale rimettente — in merito alle norme previste all'art. 14, commi 2 e 3 della legge n. 40/2004, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, limitatamente alle parole «*ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre*», e dell'art. 14, comma 3 della medesima

²⁶⁴ Il principio di uguaglianza previsto all'art. 3 Cost. che rappresenta, senza dubbio, uno dei principi ispiratori della Carta costituzionale italiana e ne costituisce la chiave essenziale di lettura, tende a orientarsi in funzione di due principali linee guida: la prima, volta a negare rilevanza giuridica alla diversità di condizioni materiali; e la seconda, che basandosi proprio sulla constatazione dell'esistenza delle disuguaglianze di fatto, prevede la possibilità di ricorrere a disparità di trattamento giuridico per garantire pari opportunità anche ai soggetti più deboli, vincolando l'ammissibilità di ogni distinzione al canone di ragionevolezza.

legge “*nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna*”²⁶⁵.

Dall’analisi appena svolta in merito ai principali contenuti della legge n. 40/2004 è possibile giungere ad alcune prime conclusioni di carattere generale: la disciplina legislativa italiana in tema di procreazione medicalmente assistita è stata elaborata, indubbiamente, in epoca tarda rispetto agli altri Paesi europei, e costituisce il risultato di un travagliato *iter* parlamentare, caratterizzato da profonde divisioni e differenze di opinione tra le forze politiche. Tra le principali ragioni giustificative del ritardo con il quale il legislatore italiano è intervenuto al fine di regolamentare la materia, vi è il fatto che in Italia, a differenza di quanto è avvenuto nella maggior parte dei Paesi europei, ove si è potuto legiferare in materia di procreazione medicalmente assistita senza eccessivi traumi, è ancora salda e largamente condivisa una *concezione sacrale* della vita umana che condanna, senza eccezione, qualsiasi intervento dell’uomo nella sfera della riproduzione e, più in generale, della sessualità. Questo orientamento — che si lega in modo inscindibile con i principali dogmi della Chiesa cattolica — contrasta con un’altra fondamentale concezione della vita umana, ossia quella c.d. *utilitaristica*,

²⁶⁵ Cfr. Corte cost., sentenza n. 151, del 01/04/2009, p. 29.

secondo la quale alcuni interventi su di essa, volti alla realizzazione del benessere della persona, sono, entro certi limiti, consentiti²⁶⁶.

In conclusione ciò che emerge attraverso una lettura approfondita della normativa in questione, è che la particolare influenza che la Chiesa ha storicamente esercitato sul nostro Paese e sulle sue dinamiche di carattere giuridico, sociale, politico ed economico ha contribuito a generare una normativa tendente verso la chiusura nei confronti delle pratiche di fecondazione assistita²⁶⁷. Ciò ha reso il sistema di regolamentazione in materia di procreazione medicalmente assistita piuttosto inadeguato, perché contraddistinto da un carattere eccessivamente limitativo e sanzionatorio, dovuto all'orientamento del legislatore che, nell'imbarazzo di trovare una soluzione praticabile in materia di fecondazione artificiale, che fosse anche compatibile con il pensiero comune, ha preferito limitarsi a sancire dei generici divieti. Si è affidato, di frequente, alla disciplina dell'aborto per individuare regole idonee a colmare le lacune lasciate dalla disciplina in materia di procreazione medicalmente

²⁶⁶ Vd. M. Sesta, *Procreazione medicalmente assistita*, in Enciclopedia giuridica Treccani, p. 1, cit.

²⁶⁷ Vd. G. Di Rosa, *Vita e diritto*, cit., p. 37 ss. L'Autore, nel riferirsi alla disciplina legislativa in questione, ha parlato di una "*legislazione etica*", non soltanto con riferimento ai presupposti, ma anche alle tecniche impiegate per l'espletamento delle procedure di procreazione assistita, oltre che con riguardo ai soggetti. In questa circostanza, esso pone a confronto la disciplina legislativa prevista dall'ordinamento giuridico italiano in tema di procreazione medicalmente assistita con la normativa inglese, mostrando come quest'ultima, a differenza della prima, sia distinta da un carattere più propriamente "tecnico"; nel senso che attraverso di essa si delinea un sistema all'interno del quale non vengono posti dei divieti *a priori*, ma in cui ogni aspetto, riguardante il tema in questione, viene sottoposto ad un'accurata analisi da parte dei soggetti competenti, i quali possono, poi, eventualmente procedere a darne autorizzazione.

assistita²⁶⁸; si tratta, in sintesi di un *escamotage*, o, talvolta, di una via di fuga, come a dire “ciò che non è disciplinato nella legge sulla procreazione assistita è, allo stato attuale, praticabile attraverso la legge sull’aborto”²⁶⁹.

²⁶⁸ Come constatato da S. Bianchetti, *La diagnosi preimpianto nella procreazione assistita: eugenetica o tutela della salute della donna?*, cit., p. 1553, con l’approvazione della legge n. 40/04, che ha portato alla necessaria convivenza di essa con la legge n. 194/78, si è venuto a determinare “una sorta di «doppio binario» della tutela della vita prenatale, consistente in una tutela pressochè assoluta dell’embrione in vitro e nella prevalenza della salute della madre nel corso della gravidanza”. Della stessa opinione sono P. Stancaglione, G. Sciancalepore, *Tutela della vita e fecondazione assistita: prime applicazioni giurisprudenziali*, in Corr. Giur., 2004, p. 1531, ed M. Sesta, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la procreazione medicalmente assistita?*, ivi, p. 1408.

²⁶⁹ Cfr. B. Bruni ed I. Morostegan, *Sanità e diritti della persona. Aborto, procreazione assistita, eutanasia. L’imbarazzo del giurista*, cit., p. 91.

Bibliografia

AA. VV. *La Carta di Nizza. I diritti fondamentali dell'Europa*, a cura di M. Napoli, Milano, 2006, Vita e pensiero.

AA. VV. *La Costituzione esplicata*, VI ediz., Napoli, 2006, Simone.

A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in Enc. Giur., XI, Roma, 1989.

A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in Enc. Giur. Treccani, XI, Roma, 1989.

A. Barbera, *Articolo 2*, in Commentario della Costituzione italiana, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1979, Nicola Zanichelli editore.

A. Barbera, C. Fusaro, *Corso di diritto pubblico*, III ediz., Bologna, 2004, Il Mulino.

P. Barile, E. Cheli, S. Grossi, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ediz., Padova, 2002, CEDAM.

G. Barone, *Diritti inviolabili della persona di vecchia e nuova generazione di fronte al potere autoritativo dell'amministrazione. Limiti al principio della degradazione di diritti e interessi*, in Studi per Giovanni Montemagno, Milano, 2006, Giuffrè.

G. Barone, *Diritti fondamentale. Diritto a una vita serena. Il percorso della giurisprudenza*, Acirale-Roma, 2008, Bonanno editore.

M. Bessone, G. Roppo, *Giustificazione giuridica della risarcibilità del danno biologico*, in *Persona e danno*, Trattati a cura di P. Cendon, vol. I, Milano, 2004, Giuffrè.

R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2007, Giappichelli.

R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto pubblico*, Torino, 2007, Giappichelli.

N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, Einaudi.

B. Bruni, I. Morostegan, *Sanità e diritti delle persone. Aborto, procreazione assistita, eutanasia. L'imbarazzo del giurista*, Torino, 2000, G. Giappichelli.

E. Calò, *Il testamento biologico. Tra diritto e anomia*, 2008, Ipsoa.

P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002, Giappichelli.

P. Caretti, U. De Siervo, *Istituzioni di diritto pubblico*, V ediz., Torino, 2001, Giappichelli.

E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, VI ediz., Milano, 2004, Giuffrè.

A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Bari, 2007, Laterza.

V. Criafulli, L. Paladin, *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di G. Cian e A. Trabucchi, Padova, 1990, CEDAM.

F. Cuocolo, *Istituzioni di diritto pubblico*, X ediz., Milano, 2003, Giuffrè.

C. M. D'Arrigo, *Diritto alla salute*, in Enc. del dir., Milano, 2001.

M. De Salvia, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 1999, Editoriale Scientifica.

G. De Vergottini, *Diritto costituzionale*, II ediz., Padova, 2000, CEDAM.

G. Di Rosa, *Vita e diritto*, Catania, 2007, Libreria editrice Torre sas.

U. Draetta, *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale. Ordinamento e struttura dell'Unione europea*, V ediz., Milano, 2009, Giuffrè.

G. Falcon, *Lineamenti di diritto pubblico*, X ediz., Padova, 2006, Casa editrice CEDAM.

P. F. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino, 1988, Giappichelli.

M. Luciani, *Salute. Diritto alla salute – dir. cost.*, in Enc. giur. Treccani, XI, Roma, 1989.

M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in Studi in onore di M. Mazziotti di Celso, I, Padova, 1995, Cedam.

T. Martines, *Diritto costituzionale*, Milano, 2010, Giuffrè.

L. Mazzetti, *Manuale breve di diritto costituzionale*, Milano, 2008, Giuffrè.

M. Mazziotti di Celso, *Diritti sociali*, in Enc. Dir. XII, Milano, 1964, Giuffrè.

A. Meloncelli, *Manuale di diritto pubblico*, III ediz., Milano, 2005, Giuffrè.

L. V. Moscarini, *Aborto. Profili costituzionali e disciplina legislativa*, in Enc. giur. Treccani, XI, Roma, 1989.

V. Onida, M. Pedrazza Gorlero (a cura di), *Compendio di diritto costituzionale*, Milano, 2009, Giuffrè.

A. Pace, *La variegata struttura dei diritti costituzionali*, in Convivenza nella libertà (Scritti in onore di G. Abbamonte), Napoli, 1999, Jovene.

A. Pace, *Problematiche delle libertà costituzionali. Lezioni*, parte generale, II ediz., Padova, 1990, casa editrice CEDAM.

E. Pasquanelli, *Il danno esistenziale*, in *Danno e Persona*, Trattati a cura di P. Cendon, vol. I, Milano, 2004, Giuffrè.

V. Pastore B., *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Torino, 2003, Giappichelli.

F. Perchinunno, *Interruzione volontaria della gravidanza e diritto alla vita. Profili costituzionali*, Bari, 2000, Cacucci.

G. Rachiglio, *Il danno esistenziale*, Napoli, 2009, Gruppo editoriale Eselibri – Simone.

G. U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2001, Zanichelli.

C. Rossano, *Manuale di diritto pubblico*, Napoli, 2007, Jovene.

M. Rossetti, *Il danno alla salute. Biologico-Patrimoniale-Morale-Profilo processuali-Tabelle per la liquidazione*, Padova, 2009, Cedam.

M. Santilli, A. Giusti, *Salute. Tutela della salute – Dir. civ.*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Rima, 1989.

G. Scirè, *L'aborto in Italia. Storia di una legge*, Milano, 2008, Mondadori.

M. Sesta, *Procreazione medicalmente assistita*, in Enciclopedia giuridica Treccani 2004.

C. Smuraglia, *Salute. Tutela della salute – Dir. lav.*, in Enc. giur. Treccani, XI, Roma, 1989.

G. Strozzi, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale. Dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona*, Torino, 2009, Giappichelli.

A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritti privato*, XVIII ediz., Milano, 2007, Giuffrè.

A. Vicini, *Procreazione medicalmente assistita in Italia*, in P. Giustiniani (a cura), *Sulla procreazione assistita*, Napoli, 2005, Edizioni Scientifiche Italiane.

G. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, Giappichelli.

Viola, *Diritti dell'uomo, diritto naturale, etica contemporanea*, Torino, 1989, Giappichelli.

P. Ziviz, *Il danno morale*, in *Persona e danno*, Trattati a cura di P. Cendon, vol. I, Milano, 2004, Giuffrè.

Riviste e periodici

G. Alpa, *Danno biologico e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 della Costituzione*, in Giur. it, 1976.

F. Antezza, *Aborto: decisive le condizioni di salute della donna. La responsabilità civile per mancata diagnosi di malattia del feto*, in Il Merito, n. 7, 2006.

G. Baldini, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: profili problematici, prime esperienze applicative e prospettive*, in Rass. dir. civ., 2006.

G. Barone, *Diritti, doveri, solidarietà, con uno sguardo all'Europa*, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, Anno XIV, fasc. 6, Milano, 2004, Giuffrè editore.

M. Bessone, E. Roppo, *Garanzia costituzionale del diritto alla salute e orientamenti della giurisprudenza di merito*, in Giur, Mer., 1975, IV.

S. Bianchetti, *La diagnosi preimpianto nella procreazione assistita: eugenetica o tutela della salute della donna?*, in Giust. civ., I, 2008.

S. Bianchetti, *Procreazione medicalmente assistita, diagnosi preimpianto e (fantasmi dell') eugenetica*, in Giur. it, 2006.

M. Bona, *Danni da morte iure successionis: la Cassazione valorizza il «danno biologico terminale»*, mentre la giurisprudenza di merito mantiene aperta la questione del «danno da perdita di vita», in *Giur. it.*, 2004.

M. Bona, *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince*, in *Rassegna di diritto civile*, 2003.

M. Bona, *L'«ottava vita» dell'art. 2059 c.c., ma è tempo d'addio per le vecchie regole!*, in *Giur. it.*, 2004.

F. D. Busnelli, *Il danno alla persona al giro di boa*, in *Danno e resp.*, n. 3, 2003.

F. D. Busnelli, in F.D. Busnelli, *Il danno alla salute; un'esperienza italiana; un modello per l'Europa*, in *Nuova giur. civ.*, I, 2000.

G. Campeis, A. De Pauli, *La copertura costituzionale del danno biologico è limitata al solo aspetto statico del danno alla salute*, in *Nuova giur. civ.*, 2001.

B. Caravita, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. Soc.* 1984.

A. Casamassima, *Il danno esistenziale nel labirinto delle norme costituzionali*, in *Giustizia civile*, 2003.

G. Cassano e F. G. Catullo in, *Danno esistenziale e danno morale: due diverse realtà o due interpretazioni di un'unica realtà?*, in Giur. it. 2003.

G. Cassano, *Il danno esistenziale*, in Nuova giur. civ., 2002.

L. Chieffi, *La diagnosi genetica nelle pratiche di fecondazione assistita: alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra le ragioni all'ampliamento dell'embrione e quelle della donna ad avviare una maternità cosciente e responsabile*, in Giur. cost., 2006.

E. Contino, *Un po' di ordine nell'ineffabile danno esistenziale*, in Giustizia civile, 2004.

A. Corasanti, *Note in temi di diritti fondamentali*, in Dir. e soc., 1990. R

G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1981.

A. D'Adda, *I nuovi assetti del danno alla persona: dal danno biologico al «danno esistenziale»?*, in Resp. civ. e prev., 2002.

G. De Falco, *Gli ermellini: danno biologico sa stress. Il pregiudizio esiste ed è anche tangibile. La Corte accoglie le più recenti acquisizioni della scienza medica*, in Diritto e giustizia, n. 14, 2004.

M. Di Marzio, *Il danno esistenziale e le sentenze gemelle*, in Nuova giur. civ., 2004.

M. Di Marzio, *Il danno esistenziale nella giurisprudenza di merito e di legittimità*, in *Il Merito*, n. 6, 2004.

P. Di Marzio, *Procreazione assistita, interrogativi sulla diagnosi preimpianto in cerca di risposte*, in *Giur. di merito*, n. 4, 2008.

R. Domenici, *Il decalogo della SIMLA sul danno biologico (Ferrara 2001). Il punto di vista del medico legale*, in *Danno e resp.*, n. 6/2002.

G. Facci, *Prime applicazioni del «nuovo» danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004.

G. Lombardi, *Diritti di libertà e diritti sociali*, in *Pol. dir.*, 1999.

M. Luciani, *A proposito del diritto alla salute*, in *Diritto e società*, 1979.

M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, 1980.

D. Maltese, *Il falso problema della nutrizione artificiale*, in *Foro it.*, I, 2009.

S. Marinello, *Sul danno biologico: è risarcibile quello da inabilità temporanea*, in *Ragiusan*, n. 235, 2003.

F. Modugno, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Dir. e soc.*, 1982.

L. Montruschi, *Articolo 32*, in *Commentario della Costituzione – Rapporti etico-sociali*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1976, Nicola Zanichelli editore.

E. Palmerini, *La Corte costituzionale e la procreazione assistita*, in *Nuova giur. civ.*, I, 2006.

E. Palmerini, *Procreazione assistita e diagnosi genetica: la soluzione della liceità limitata*, in *Nuova giur. civ.*, 2008.

R. Panetta, P. Marsicovetere, *Alle soglie del superamento della distinzione danno-evento/danno-conseguenza attraverso la sublimazione del danno biologico e del danno morale: La Cassazione si pronuncia (e rilancia) sul caso Seveso*, in *Nuova giur. civ.*, I, 2003.

S. Panunzio, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1979.

I. Pellizzone, *Fecondazione assistita e interpretazione costituzionalmente conforme. Quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giur. cost.*, I, 2008.

G. Ponzanelli, *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in *Danno e resp.*, n. 1, 2004.

G. Ponzanelli, *Una voce contraria alla risarcibilità del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, n. 3, 2002.

L. Principato, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2001.

L. Principato, *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive*, in *Giur. cost.*, 1999, n. 4.

L. Principato, *La immediata precettività dei diritti sociali ed il contenuto minimo del diritto fondamentale della salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998.

G. Rago, *Il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, n. 3, 2002.

G. L. Righi, *Gli incerti confini del danno biologico nel risarcimento ai familiari della vittima*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003.

A. Scarpello, *Danno esistenziale e sistema del danno alla persona: la Cassazione, la Consulta e l'art. 2059 cod. civ.*, in *Nuova giuri. civ.*, 2004.

M. Sesta, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la procreazione medicalmente assistita?*, in *Corr. giur.* 2004.

D. Spera, *La quantificazione del danno biologico e la legge 5 marzo 2001, n. 57*, in Giudice di pace, 2002.

P. Stancaglione, G. Sciancalepore, *Tutela della vita e fecondazione assistita: prime applicazioni giurisprudenziali*, in Corr. giur., 2004.

M. P. Suppa, *La svolta della Cassazione in tema di danno non patrimoniale: la nuova valenza dell'art. 2059 c.c.*, in Giut. It., 2004.

A. Thiene, *L'inesorabile declino della regola restrittiva in tema di danni non patrimoniali*, in Le nuove leggi civili commentate, 2004.

A. Tomaselli, *Sul danno tanatologico: riflessioni e prospettive*, in Danno di famiglia e delle persone, Milano, 2008.

R. Villani, *Procreazione assistita e diagnosi preimpianto: la Corte costituzionale salva "pilatescamente" il divieto*, in Studium iuris, 2007.

P. Ziviz, *Brevi riflessioni sull'ingiustizia del danno non patrimoniale*, in Resp. civile e previdenza, 2003.

P. Ziviz, *Danno biologico e danno esistenziale: parallelismi e sovrapposizioni*, in Resp. civ. e prev. 2001.

P. Ziviz, *La valutazione del danno esistenziale*, in Giur. it., 2002.