

FRONTIERE DELLA DEMOCRAZIA: BIOETICA,
DIRITTI E DECISIONE PUBBLICA

Giuditta Brunelli
Università di Ferrara

1. “Legge parlamentare” e “rappresentanza politica” come concetti problematici – 2. Una necessaria distinzione: questioni bioetiche in senso proprio; estensione di diritti fondamentali come rimedio a discriminazioni in atto; questioni “difficili” collegate alla convivenza multiculturale – 3. Questioni bioetiche e leggi “facoltizzanti” – 4. Alcune precisazioni sulla libertà di coscienza del parlamentare – 5. I confini tra legge e interpretazione giudiziaria: il caso Englaro – 6. Ipotesi di estensione delle libertà e dei diritti civili: il caso del matrimonio *same-sex* – 7. Le questioni “difficili” derivanti dalla convivenza multiculturale: l’adozione da parte delle Camere di moduli procedurali collaborativi - 8. Un’esigenza imprescindibile: nuove regole di formazione della rappresentanza politica, anche sotto il profilo del riequilibrio di genere.

1. Il tema sul quale mi è stato chiesto di riflettere dev’essere prima di tutto collocato nell’attuale contesto istituzionale, indubbiamente complesso ed in continua evoluzione (e non solo in Italia, per quanto nel nostro Paese non manchino alcune peculiarità).

Quando si parla di “decisione pubblica” si ha in mente, di solito, la decisione parlamentare per eccellenza, la legge, prodotto tipico della rappresentanza politica nazionale. E, tuttavia, sia la legge sia la rappresentanza politica sono oggi due concetti problematici, quasi de-

strutturati rispetto alle concezioni giuridiche tradizionali, a causa di alcuni importanti fenomeni:

a) in un sistema a costituzione rigida, come il nostro, la legge non è più “onnipotente”, ma trova un ostacolo insuperabile nei vincoli e nei limiti posti dalla Carta, fatti valere da un apposito giudice *sui generis*, la Corte costituzionale. Tra questi limiti, un ruolo essenziale svolgono proprio i diritti fondamentali, che il legislatore non può in alcun modo violare (nemmeno, si noti, il legislatore costituzionale: nella sentenza n. 1146/1988 si indicano i *diritti inalienabili della persona umana* tra i principi supremi contenuti nella Costituzione “che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali”). E nel controllo su questa eventuale violazione, che può condurre all’annullamento della legge, la Corte costituzionale mostra il proprio volto contro maggioritario.

b) i diritti fondamentali sono tutelati anche con riferimento al parametro offerto dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (Cedu) e della relativa Corte, con sede a Strasburgo. Questa protezione giurisdizionale si è indubbiamente rafforzata dopo che la Corte costituzionale ha chiarito il rapporto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti, da effettuare “mirando alla massima espansione delle garanzie” (sentenza n. 317 del 2009). Da ricordare, altresì, il riconoscimento alla Carta europea dei diritti fondamentali (cosiddetta Carta di Nizza) di un valore giuridico uguale a quello dei Trattati europei (conseguente all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009), che mira “a migliorare la tutela dei diritti fondamentali” anche nell’ambito del sistema dell’Unione

europea, “ancorandola a un testo scritto, preciso e articolato” (Corte costituzionale, sentenza n. 80 del 2011);

c) la legge subisce un processo di erosione sia dall'esterno (basti pensare agli esempi appena richiamati della Cedu e del diritto dell'Unione europea) sia in seguito all'esistenza costituzionalmente garantita di enti autonomi dotati di potestà legislativa (le regioni ordinarie, *ex* 117 Cost., e le regioni ad autonomia speciale, in base ai relativi statuti) e di un istituto come il referendum previsto dall'art. 75 Cost., con il quale la legge può essere abrogata direttamente dal corpo elettorale;

d) la legge parlamentare si rivela sempre più spesso, soprattutto in determinate materie, strumento inadeguato a comporre ad unità in modo soddisfacente i molteplici interessi e valori presenti nel corpo sociale, ed è comunque sempre soggetta all'interpretazione da parte dei giudici, che mostra un margine ineliminabile di creatività nel momento in cui deve adeguare le previsioni generali e astratte della norma alle infinite ed imprevedibili singolarità dei casi concreti. Anche in questo sta la radice del successo crescente della giurisdizione e della perdita di terreno della legislazione¹, fenomeno che provoca talora veementi reazioni nella sfera politica (si pensi al conflitto di attribuzione sollevato dalle Camere contro le autorità giurisdizionali sul c.d. caso Englaro, sul quale intendo proporre alcune riflessioni) e che sottolinea, ancora una volta, il ruolo intrinsecamente contromaggioritario delle Corti;

e) l'inadeguatezza della legge corrisponde ad una crisi ormai conclamata della stessa funzione rappresentativa,

1 M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, il Mulino, Bologna, 188-189.

che è crisi sia *della rappresentanza* (determinata soprattutto, anche se non esclusivamente, dalla perdita della funzione di mediazione dei partiti politici) sia *del rappresentato*, poiché è ormai “la stessa identità del *demos*” a essere labile², e dunque difficilmente “rappresentabile”.

2. È in questo quadro che va letta la difficoltà della politica di assumere “decisioni difficili”. Uso questa espressione generica, perché ritengo scorretto parlare in modo sommario e indifferenziato di “temi bioetici” o “eticamente sensibili”. E’ necessario praticare anche in queste materie la sottile arte della distinzione, differenziando le varie ipotesi, e facendone derivare diverse conseguenze sul piano giuridico. Possiamo così distinguere:

a) questioni bioetiche in senso proprio, con specifico riferimento al *bíos*: “la vita che nasce, la vita che si spegne, la vita che può essere manipolata”. Si tratta, cioè, della “disciplina che studia i problemi etici e normativi, individuali e sociali, connessi con gli sviluppi della ricerca medica e biologica nei campi dell’ingegneria genetica, neurobiologica, procreazione assistita, ricerca farmacologica (per es. liceità di trapianti, ricorso all’aborto terapeutico, sperimentazione clinica, manipolazioni genetiche, ricerca sugli embrioni, accanimento terapeutico ed eutanasia)”³;

2 M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di N.Zanon e F.Biondi, Giuffrè, Milano, 2001, 105, 117.

3 C. TRIPODINA, voce *Bioetica*, in *Enciclopedia del Diritto*, Garzanti, Milano, 2009, 221. Vedi anche d.p.c.m. 28 marzo 1990, istitutivo presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri del Comitato Nazionale per la Bioetica, cui sono affidati compiti di consulenza nei confronti, tra l’altro, del governo e del parlamento: nell’art. 1, relativo ai compiti del Comitato, ci si riferisce

b) questioni relative all'estensione di diritti civili. Tipico, sotto questo profilo, è il tema del matrimonio omosessuale: non si tratta qui di affermare un "nuovo" ed inedito diritto, ma di riconoscere e dare forma giuridica ad una precisa (e diffusa) realtà fattuale;

c) questioni collegate alla regolazione della convivenza multiculturale, con riferimento a quelle comunità etniche di minoranza che praticano talora gravi discriminazioni a danno di donne e minori (si pensi alle mutilazioni genitali femminili).

Si tratta di ipotesi tra loro diverse, ma unificate da un importante tratto comune: riguardano «*qualcosa di personale, che però non è privato*» (Pina Bausch), cioè un diritto. E la difesa costituzionale prima ed essenziale dei diritti inviolabili, della loro titolarità e del loro esercizio, è affidata all'istituto della *riserva di legge assoluta*. Soltanto la legge, infatti, come atto "politico" per eccellenza, è strumento effettivo di tutela *generale* delle libertà, per il carattere rappresentativo dell'organo che l'approva, in cui siedono anche le minoranze, per l'articolazione e la pubblicità del suo procedimento di formazione, per la sua sindacabilità da parte della Corte costituzionale e la sua sottoponibilità a referendum arogativo popolare⁴. Accanto a questa ragione, di carattere squisitamente giuridico-costituzionale, per invocare l'intervento della legge, vi è anche l'esigenza che il Parlamento, proprio affrontando temi difficili e controversi, produca decisioni vincolanti di

alla ricerca e sperimentazione nel campo delle scienze della vita e della salute dell'uomo, alle nuove possibili applicazioni di interesse clinico, alla produzione di materiale biologico, all'ingegneria e terapia genetica.

4 L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Ist. Enc. It., Roma, 1990, 3.

carattere generale, affronti “temi forti” con una legislazione organica⁵, così ritrovando “l’antica funzione di luogo dei grandi dibattiti politici, nel senso più alto e nobile del termine anche al di fuori dello schema maggioranza-opposizione”⁶. E, tuttavia, nei diversi casi prima menzionati le leggi possono (e probabilmente devono) avere una diversa portata, una diversa struttura; e altrettanto diverso può essere il ruolo, interpretativo o integrativo di lacune normative, svolto dalla giurisdizione.

3. Nell’ipotesi *sub a)*, relativa alle questioni bioetiche in senso stretto, lo strumento più efficace è quello delle c.d. *leggi facoltizzanti*, che Leopoldo Elia riteneva le più adatte ad una società pluralista e multiculturale⁷. Si è parlato anche, in senso analogo, di *leggi compromissorie*, in grado di fissare regole di compatibilità tra concezioni diverse e interessi contrapposti⁸; e, ancora, di *tendenziale*

5 L. ELIA, *Aspetti problematici del referendum e crisi della rappresentanza politica*, in *Percorsi e vicende attuali*, cit., 105.

6 C. MARTINELLI, *La questione del crocifisso tra esperienza giurisprudenziale e intervento parlamentare*. in *I simboli religiosi tra diritto e culture*, a cura di E.Dieni, A.Ferrari e V.Pacillo, Giuffrè, Milano, 2006, 162. In argomento, sia consentito rinviare a G.BRUNELLI, *Simboli collettivi e segni individuali di appartenenza religiosa: le regole della neutralità*, in *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Atti del XXII Convegno Annuale dell’Associazione italiana dei costituzionalisti, Napoli, 26-27 ottobre 2007, Cedam, Padova, 2008, 302 ss.

7 L. ELIA, *Introduzione ai problemi della laicità*, in *Problemi pratici della laicità*, cit., 17.

8 C. TRIPODINA, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del “caso Englaro”)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 4096. Dovrebbe trattarsi di “regole tolleranti, che per lo più sregolino, eliminando divieti, consentendo l’esercizio di nuove libertà per chi lo voglia, col solo limite che esse non siano di pregiudizio per i terzi e non danneggino l’altrui possibilità di scegliere

neutralità della legge, “che dovrebbe evitare di sostenere un sistema di valori, e cercare soluzioni che consentano la coesistenza di valori diversi e quindi diano agli individui la possibilità di determinare in modo autonomo le proprie scelte”⁹. Con specifico riferimento al tema delle dichiarazioni di fine vita, si propone una legge che si limiti a disciplinare le *modalità di esercizio del diritto*, senza pretendere di limitarlo¹⁰. A questo proposito, vorrei richiamare un’importante decisione della Corte costituzionale (sentenza n. 293 del 2000) nella quale si parla delle “diverse morali del nostro tempo” e della “pluralità delle concezioni etiche che convivono nella nostra società”, il cui contenuto minimo è “il *rispetto della persona umana*, valore che anima l’art. 2 della Costituzione”. Nelle leggi facoltizzanti o compromissorie si delineano le *procedure* necessarie ad arrivare ad una determinata decisione, raggiungendo un punto di equilibrio tra i diversi diritti e interessi costituzionali coinvolti. Si pensi alla legge n. 194 del 1978, sull’interruzione volontaria della gravidanza, definita dalla Corte costituzionale “a contenuto costituzionalmente vincolato” proprio *nei suoi aspetti procedurali, in quanto diretta alla tutela dei diritti fondamentali diversamente*”.

9 C. MANCINA, *La laicità al tempo della bioetica*, il Mulino, Bologna, 2009, 85.

10 L. CARLASSARE, *La Costituzione, la libertà, la vita* (27.03.2009), in www.costituzionalismo.it (testo della relazione presentata al Seminario ASTRID su “Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro”, Roma, 5 marzo 2009), che sottolinea come tale legge, certamente opportuna per eliminare incertezze nei casi concreti e rassicurare i medici circa eventuali profili di responsabilità, non sia tuttavia necessaria, essendo già sicuro, ai sensi dell’art. 32 Cost., “il diritto di ogni persona a dichiarare anticipatamente la propria volontà in materia di cure al fine di farla valere nel proprio futuro qualora non sia più in grado di esprimerla”

della donna gestante e del nascituro (sentenza n. 35 del 1997). Del resto, la legge del 1978 fa propri i termini del bilanciamento che erano stati delineati dalla Corte costituzionale stessa nella nota sentenza n. 27 del 1975: da un lato vi è la *tutela del concepito*, collocata – “sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie” – tra i diritti inviolabili dell’uomo riconosciuti e garantiti dall’art. 2 Cost.; dall’altro vi è il *diritto alla vita e alla salute della madre*. Come ha esattamente sottolineato il Tar Lombardia nella decisione del 2010 con cui ha annullato le c.d. Linee guida della Regione Lombardia sull’applicazione della legge n. 194, che intendevano limitare il ricorso all’aborto terapeutico, aggravandone presupposti (in particolare, nella determinazione del termine temporale massimo entro cui intervenire) e procedure, il *punto di equilibrio* individuato dal legislatore del 1978 “si sostanzia, da un lato, nella definizione delle condizioni puntuali al ricorrere delle quali è ammesso il ricorso alle tecniche di interruzione volontaria della gravidanza e, dall’altro lato, nella definizione delle procedure idonee ad attestare l’effettiva sussistenza di quelle condizioni”¹¹. *Condizioni, procedure, operazioni di temperamento e bilanciamento*: è chiaro il richiamo alla laicità come *metodo di decisione*, come *regola di convivenza*, la quale esclude in radice che determinate concezioni etiche possano incondizionatamente prevalere su altre. E’ ciò che è invece accaduto nella disciplina della procreazio-

11 Tar Lombardia, Sez. III, ric. n. 804/2008, depositata il 29/12/2010. Annulla il decreto D.G. Sanità 22 gennaio 2008 n. 327 e la deliberazione della Giunta Regionale n. VIII/006454 del 22 gennaio 2008. In argomento vedi F.BIONDI, *La sentenza del TAR per la Lombardia che ha annullato le linee guida regionali in tema di interruzione volontaria della gravidanza* (4 febbraio 2011), in www.forumcostituzionale.it.

ne medicalmente assistita, giudicando della quale la Corte costituzionale ha affermato che la tutela dell'embrione non può essere assoluta – come prevede la legge n. 40 del 2004 – ma va invece bilanciata con la tutela delle esigenze della procreazione, ed ha sancito l'illegittimità del prescritto obbligo di un unico e contemporaneo impianto avente ad oggetto – al massimo – tre embrioni fecondati. Nella stessa pronuncia (la n. 151 del 2009) ha stabilito altresì l'illegittimità del divieto assoluto di crioconservazione degli embrioni fecondati. Ed è oggi giacente presso il giudice costituzionale un'ulteriore questione, relativa al divieto di fecondazione eterologa. Insomma, le leggi in materia bioetica approvate avendo in spregio il metodo della laicità, e con lo scopo di imporre una certa visione del mondo e della vita, presentano un'elevata probabilità di essere viziate da incostituzionalità, in particolare *sub specie* di irragionevolezza¹².

4. E' in queste materie che può tipicamente manifestarsi la "libertà di coscienza" del parlamentare, sulla quale sono tuttavia necessarie alcune precisazioni. Egli, infatti, nel momento in cui esercita la sua funzione, non

12 Rinvio in argomento alla lezione di Paolo Veronesi *Mandato parlamentare e questioni di coscienza*, svolta il 24 febbraio 2012 nella Scuola di cultura costituzionale dell'Università degli Studi di Padova, nell'ambito del ciclo di incontri su "I cittadini e i loro rappresentanti". Nella lezione – il cui testo è pubblicato nel sito www.unipd.it/scuolacostituzionale – Veronesi sottolinea anche il ruolo della giurisprudenza ordinaria nel "riplasmare" (*rectius*: nell'interpretare in conformità alla Costituzione) la legge n. 40 del 2004, in un primo tempo ammettendo la diagnosi preimpianto degli embrioni prodotti e successivamente consentendo l'accesso alle pratiche di procreazione assistita e la diagnosi preimpianto anche ai non sterili, se afflitti da malattie genetiche (come sancito dal Tribunale di Salerno, sez. I, 9 gennaio 2009, giudice Scarpa).

può essere equiparato in modo semplicistico al singolo cittadino che esprime liberamente il proprio pensiero sotto la protezione dell'art. 21 Cost. Qui siamo di fronte ad un *rapporto rappresentativo*, certamente caratterizzato dal *libero mandato* (art. 67 Cost.), ma che implica una relazione (tra elettori ed eletto) composta da due momenti: l'*investitura* dell'eletto, che si realizza con l'elezione, e la *responsabilità* dell'eletto nei confronti degli elettori, i quali – se il sistema democratico funziona in modo corretto – daranno un giudizio sul suo operato e decideranno di conseguenza se confermargli la fiducia (attraverso la rielezione). E' quindi del tutto evidente che il parlamentare, di fronte ad eventuali questioni di coscienza (concetto di non facile definizione)¹³, dovrà sempre avere presente che

13 Quanto al voto segreto nelle deliberazioni attinenti ai diritti fondamentali, è significativa la Comunicazione del Presidente della Camera Casini alla Giunta per il Regolamento del 7 marzo 2002 sui criteri cui intende attenersi per la sua concessione: le deroghe al principio dell'ordinarietà del voto palese (introdotto con la riforma dei regolamenti parlamentari del 1988) devono essere *di stretta interpretazione* (art. 49, 1-*quinquies* R.C.). Il voto segreto deve ritenersi ammesso “solo per le norme che, rispetto ai principi e ai diritti costituzionali indicati dall'articolo 49, comma 1, *introducano una disciplina significativamente divergente rispetto a quella esistente o modifichino le condizioni sostanziali per l'esercizio dei diritti in questione*”. Rimangono escluse le disposizioni che, “non incidendo sui *tratti essenziali* di tale disciplina, non alterino le *caratteristiche fondamentali del quadro normativo vigente nel suo rapporto con le norme costituzionali*”. Si tratta, dunque, di un'interpretazione piuttosto restrittiva, che indica come residuali i “casi di coscienza” dei parlamentari (casi che, peraltro, devono comunque presentare una certa consistenza numerica, dal momento che il voto segreto può essere richiesto solo da una certa quota di deputati o di senatori) e come fisiologica la scelta palese e politicamente omogenea del gruppo parlamentare in queste materie.

le esigenze della propria coscienza individuale devono trovare un punto ragionevole di mediazione e di composizione con i diritti costituzionali (compresa la libertà di coscienza) dei cittadini che rappresenta¹⁴. Insomma, chi fa le leggi (così come chi le applica: si pensi alla giurisprudenza costituzionale costante che ha chiarito, già dal 1987, come il giudice tutelare non possa rifiutarsi di autorizzare la donna minore all'interruzione volontaria di gravidanza adducendo ragioni di coscienza, dovendo prevalere "l'indeclinabile e primaria realizzazione della esigenza di giustizia, interesse di ordine generale" di indubbio rilievo costituzionale)¹⁵ non può rendere conto in modo esclusivo alla propria coscienza¹⁶. L' "area di libertà" che la Costituzione indubbiamente riconosce alla rappresentanza politica per tutelare l'autonomia delle istituzioni parlamentari (Corte costituzionale, sentenza n. 379 del 1996) si trasformerebbe altrimenti in un inammissibile privilegio del ceto politico: quasi che l'essere parlamentari conferisca il vantaggio di poter far prevalere la propria coscienza *individuale* nel momento più qualificante del processo democratico, quello in cui si assumono – attraverso la legge – le decisioni politiche vincolanti *per tutti*.

Da sottolineare anche gli importanti poteri interpretativi affidati al Presidente di Assemblea, che decide i casi dubbi, sentita, ove lo ritenga opportuno, la Giunta per il Regolamento.

14 R. BIN, *Mediazione politica, libertà di coscienza e principi costituzionali* (Lettere al *Forum*, 2009), in www.forumcostituzionale.it.

15 In argomento, da ultimo, D.PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Studi e ricerche scelti da ASTRID, Bagno a Ripoli, Firenze, 2011, 230 ss.

16 C. MANCINA, *La laicità al tempo della bioetica*, cit., 10.

Ma c'è un altro aspetto della questione, non meno rilevante. Alludo alla tendenza della classe politica, o di una parte di essa, a “nascondersi” dietro presunte “questioni di coscienza” per evitare scelte che potrebbero causarle imbarazzo o perché ci si vuole assicurare il consenso – anche a fini elettorali – di importanti e potenti agenzie sociali, come la Chiesa cattolica, o, spesso, per entrambi questi motivi. Tipico è il caso del c.d. testamento biologico, a proposito del quale da destra e da sinistra si è più volte richiamata la “libertà di coscienza” dei parlamentari, al solo scopo di evitare scelte nette, potenzialmente penalizzanti. Dimenticando che sono proprio le questioni di questo tipo, anche per le continue e tumultuose novità scientifiche e tecnologiche, a richiedere la discussione e l'elaborazione di politiche pubbliche capaci di governarle. Anche a questo proposito, Leopoldo Elia indicava tra gli indizi più eloquenti dell'attuale crisi della rappresentanza politica e dei parlamenti proprio “la difficoltà di affrontare in sede parlamentare «temi forti» con una legislazione organica”¹⁷.

5. Nonostante ciò, la politica ritiene spesso di avere rispetto alle “decisioni difficili”, soprattutto (ma non esclusivamente) in ambito bioetico, una sorta di “monopolio”, che non può essere messo in alcun modo in discussione, in particolare da interventi giudiziari. Penso all' esempio recente e drammatico originato dall' assenza di una legge sulle direttive anticipate di fine vita (il c.d. testamento biologico), allorchè le Camere, sollevando un conflitto di attribuzione davanti alla Corte costituzionale,

17 L. ELIA, *Aspetti problematici del referendum*, cit., 105.

hanno contestato la possibilità per il giudice, in presenza di determinate circostanze, di autorizzare la disattivazione del presidio sanitario di nutrizione e idratazione di un paziente in stato vegetativo permanente (come hanno fatto la Corte di cassazione e la Corte d'appello di Milano nel caso Englaro)¹⁸. Entra in gioco qui il diritto fondamentale a non essere sottoposti a cure mediche contro la volontà espressa nel momento in cui si era capaci di intendere e di volere¹⁹; è dunque un problema di individuazione di “confini” tra legge e interpretazione, come mostrano con assoluta chiarezza i ricorsi delle Camere, secondo cui la Cassazione avrebbe “travalicato i limiti della funzione ad essa affidata dall’ordinamento, esercitando di fatto un potere legislativo in una materia non disciplinata dalla legge e ponendo a fondamento della sua decisione presupposti non ricavabili dall’ordinamento vigente, neppure mediante l’applicazione dei criteri ermeneutici”. Vi sarebbe stata “l’invasione o comunque la menomazione da parte della Corte di cassazione della sfera di poteri attribuiti costituzionalmente agli organi del potere legislativo”. I ricorsi sono stati ritenuti inammissibili dalla Corte costituzionale, la quale ha escluso che gli atti giurisd-

18 Si tratta della sentenza della Corte di cassazione, Prima sezione civile, n. 21748 del 4 ottobre 2007, e del decreto della Corte d'appello di Milano, Prima sezione civile, del 25 giugno 2008.

19 Secondo l’art. 32 Cost., la salute è un diritto fondamentale dell’individuo, non possono essere imposti trattamenti sanitari se non per legge, e la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana. Dunque, nessuno può essere obbligato a sottoporsi a un trattamento sanitario, nemmeno salvavita; il problema, evidentemente, riguarda il caso del malato che non sia più in grado di esprimere la propria volontà: e il testamento biologico “serve proprio a retrodatare, per quanto è possibile, la decisione sul morire a un momento in cui si è ancora pienamente lucidi” (così Stefano Rodotà in un’intervista rilasciata a *il manifesto* del 23 dicembre 2006).

zionali impugnati configurassero un improprio esercizio di funzioni di produzione normativa, tale da menomare le competenze delle Camere, ravvisando piuttosto nelle argomentazioni delle parti ricorrenti la pretesa di sindacare *errores in iudicando*, attraverso “molteplici critiche al modo in cui la Cassazione ha selezionato ed utilizzato il materiale normativo rilevante per la decisione o a come lo ha interpretato”. I provvedimenti censurati hanno tutte le caratteristiche degli atti giurisdizionali, ivi compresa quella di *spiegare efficacia solo per il caso di specie*, senza in alcun modo pretendere (né sarebbe d'altronde possibile) di dettare quella disciplina generale e astratta senza dubbio riservata alla competenza del legislatore. Non sussiste quindi, ad avviso del giudice costituzionale, il requisito oggettivo per l'instaurazione dei conflitti sollevati, anche alla luce del fatto che “il Parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti” (ordinanza n. 334 del 2008).

In definitiva, la regolazione della materia è certamente affidata al Parlamento, il quale può e deve intervenire attraverso un ragionevole bilanciamento tra i diritti e gli interessi costituzionali (e sull'effettiva ragionevolezza di tale bilanciamento sarà eventualmente la Corte costituzionale ad esercitare un futuro controllo). Nel caso di specie, dovrebbe trattarsi di una legge che individui adeguate modalità di esercizio del diritto, una legge di carattere essenzialmente *procedurale*, che abbia come presupposto il rispetto del *diritto fondamentale all'autodeterminazione* (Corte costituzionale, sentenza n. 438/2008) nelle scelte

che riguardano il nostro corpo, la nostra vita e la nostra morte: “un principio che riconosce a tutti i soggetti il diritto a non essere costretti a seguire norme derivanti da valori che essi non sono disposti a sostenere”²⁰. Ove, tuttavia, una legge manchi, non si può ammettere che a mancare sia anche la protezione del diritto. Il giudice, se adito, dovrà pertanto ricercare, all’interno dell’ordinamento normativo - tanto più in un contesto di rigidità costituzionale - l’interpretazione idonea a dare risposta immediata alle esigenze di tutela manifestate dagli aventi diritto. Se così non fosse, dovremmo parlare di denegata giustizia. Emblematica, sotto questo aspetto, la sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1999, nella quale si legge che il “*principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti esclude (...) che possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possano essere fatte valere*”. Quanto al ruolo della legge e al compito dei giudici, si può infine ricordare quanto affermato dalla stessa Corte nella sentenza n. 347 del 1998: “*L’individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore*”. Nell’ipotesi, tuttavia, di carenza normativa, “*spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l’interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali*”.

In realtà, i ricorsi della Camera e del Senato sul caso Englaro mostrano un ritardo culturale nel comprendere che l’atto interpretativo, in particolare laddove abbia una

20 C. MANCINA, *La laicità al tempo della bioetica*, cit., 85.

finalità integrativa del diritto, contiene in sé un margine ineliminabile di creatività; e che, come già Kelsen insegnava, l'identificazione tra diritto e legge è un grave errore concettuale²¹, tanto più imperdonabile negli ordinamenti giuridici contemporanei, complessi e pluralisti. Eppure, è un errore che si ripete di continuo, come mostra una recentissima vicenda relativa alla sentenza della Corte di cassazione n. 4184/2012 in materia di matrimonio omosessuale (una decisione, si noti, nella quale si precisa come l'ordinamento italiano non consenta la trascrizione dell'atto di matrimonio per le coppie dello stesso sesso sposatesi all'estero)²².

6. Il tema del matrimonio *same-sex* rientra, in realtà, tra le questioni relative all'estensione delle libertà e dei diritti civili, che, nonostante la loro indubbia delicatezza, nulla hanno a che fare con la bioetica. Si tratta di questioni inerenti al *riconoscimento legislativo di un diritto costituzionalmente fondato*, che determina il superamento di una discriminazione in atto. Il pericolo qui è rappresentato soprattutto dalla stallo decisionale, dall'incapacità o dal rifiuto (ideologicamente fondato) di dettare regole organiche di attuazione del diritto. Anche in questo caso, tuttavia, il legislatore deve fare i conti con le evoluzioni della giurisprudenza, come ha chiaramente precisato la Corte costituzionale nella sentenza n. 138 del 2010, la quale, pur

21 In argomento vedi R. BIN, *Se non sale in cielo, non sarà forse un raggio d'asino? (a proposito dell'ord. n. 334/2008)*, in www.forumcostituzionale.it.

22 Sulla sentenza della Suprema Corte vedi M. DI BARI, *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti* (www.rivistaaic.it), n. 1/2012.

rinviano alla discrezionalità legislativa il riconoscimento giuridico, con i connessi diritti e doveri, del *diritto fondamentale* delle persone omosessuali di “vivere liberamente una condizione di coppia”, afferma che sarà lo stesso giudice costituzionale ad effettuare un controllo di ragionevolezza, *anche in carenza di una disciplina legislativa*, nei casi in cui si renderà necessario un trattamento omogeneo della coppia omosessuale rispetto a quella coniugata. I giudici sono dunque sollecitati, laddove sia possibile, ad interpretare la normativa vigente in senso conforme ai principi costituzionali (e la Corte, come ho già detto non ha esitato a parlare in questa ipotesi di un vero e proprio *diritto fondamentale*, riconducendo le convivenze omosessuali tra le formazioni sociali tutelate dall’art. 2 Cost.), oppure a formulare questioni di legittimità costituzionale sui profili di irragionevolezza del quadro normativo vigente²³. Alcune autorità giudiziarie hanno già iniziato a seguire la prima strada: il 13 febbraio 2012 il Tribunale di Reggio Emilia ha riconosciuto al compagno extracomunitario di un cittadino italiano sposatosi in Spagna la titolarità del diritto al permesso di soggiorno, proprio alla luce della sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale e della normativa europea in materia di libertà di movimento, così come recepita dal d.lgs. n.30 del 2007 come modificato dalla legge n. 129 del 2011²⁴. E la Corte di cassazione, con la citata sentenza n. 4184 del 2012,

23 Sulla decisione della Corte costituzionale, anche per alcuni rilievi critici, rinvio a G. BRUNELLI, *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza n. 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. PEZZINI e A. LORENZETTI, Jovene, Napoli, 2011, 143 ss.

24 M. DI BARI, *Considerazione margine*, cit., 1, nota 3.

pur confermando il diniego della trascrizione dell'atto di matrimonio contratto all'estero dalla coppia dello stesso sesso, ha correttamente concluso, in base alla lettura congiunta della citata pronuncia della Corte costituzionale del 2010 e della sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* della Corte europea dei diritti dell'uomo, di poco successiva²⁵, che “i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se secondo la legislazione italiana non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia – *a prescindere dall'intervento del legislatore in materia* – quali titolari del diritto alla vita familiare e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza di specifiche situazioni, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata”²⁶.

Ebbene, di fronte ad una decisione senza dubbio ineccepibile, ancora una volta vi è stata una reazione scomposta ed impropria da parte di alcuni politici, che hanno addirittura coinvolto il Capo dello Stato (il quale, ricordo, era stato ben più pesantemente coinvolto anche in occasione della vicenda Englaro, quando dovette rifiutare l'emanazione di un decreto-legge volto a

25 Secondo cui l'art. 12 Cedu deve essere interpretato nel senso che il matrimonio non debba essere necessariamente limitato ad una unione di carattere eterosessuale, e che quest'ultima debba essere ricondotta alla nozione di “vita familiare” di cui all'8 della Convenzione.

26 Cassazione civile, Sez. I, n. 4184, 15 marzo 2012, punto 4.2 (corsivo non testuale),

rendere inoperanti le decisioni giudiziarie, approvato dal governo senza tener alcun conto degli informali rilievi presidenziali)²⁷. Nel sito del Quirinale (www.quirinale.it) è apparso infatti, pochi giorni fa, un comunicato intitolato “A proposito di una sentenza della Cassazione su un caso di matrimonio contratto all’estero tra cittadini dello stesso sesso”, nel quale si dà conto della risposta del Segretario generale della Presidenza della Repubblica, per incarico del Presidente Napolitano, alla lettera nella quale i senatori Gasparri e Giovanardi avevano lamentato che, nella sentenza 4184 del 2012, la Corte di cassazione non si sarebbe limitata ad affermare la non trascrivibilità di un matrimonio contratto all’estero da due cittadini dello stesso sesso, ma avrebbe espresso anche “opinioni personali su come il Parlamento dovrebbe operare in futuro” sulla materia. Questa la risposta presidenziale: “In più punti dell’articolata motivazione la sentenza – richiamando le pronunce della Corte costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo – ha ribadito, per un verso, che il divieto di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso non comporta violazione dei diritti fondamentali della persona; per un altro che, in base alla Convenzione europea, gli Stati «non hanno alcun obbligo . . . di prevedere nel proprio ordinamento anche il matrimonio per le coppie dello stesso sesso»; per un altro ancora che, in assenza di tali specifiche previsioni, tale matrimonio è in Italia inidoneo a produrre qualsiasi effetto giuridico.

27 In argomento vedi T. GROPPPI, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno* e M. LUCIANI, *L’emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, Seminario di ASTRID “Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro”, Roma, 5 marzo 2009, in www.astrid-online.it.

Non pare perciò che con il loro provvedimento, i giudici della Cassazione abbiano voluto sostituirsi al legislatore o interferire sulle scelte che solo ad esso spettano". Altrettanto significativa la risposta alla lettera del 22 marzo 2012 delle onorevoli Alfano e Concia, nella quale giustamente ci si duole del coinvolgimento del Presidente della Repubblica da parte degli esponenti del PdL: "Ai senatori Gasparri e Giovanardi ho fatto presente che, fermo il diritto di critica spettante a chiunque in relazione ai provvedimenti della magistratura, non pareva, al Capo dello Stato, che la sentenza avesse inteso interferire sulle scelte del legislatore (...). Sono all'esame del Parlamento più proposte di legge in materia e *ad esso spetta comunque dare puntuale regolamentazione alle situazioni che, nel loro complesso, attengono al diritto della coppia omosessuale di vivere liberamente la propria condizione*".

In definitiva, questo è il concetto che vorrei sottolineare: i diritti fondamentali hanno ormai una struttura e una dimensione, sia costituzionale che sovranazionale, tale da ottenere tutela anche in assenza di decisioni della politica. Certo, una tutela episodica, legata alle evoluzioni a volte lente, a volte contraddittorie, della giurisprudenza. Ma, comunque, una tutela. Di questo, credo, i politici (o meglio, certi politici) devono cominciare a farsi una ragione. Non possono pretendere, semplicemente non legiferando, semplicemente evitando interventi riformatori, di conservare nella loro immobilità situazioni di palese discriminazione giuridica, soprattutto nell'attuale contesto di tutela multilivello dei diritti nel quale (fortunamente) l'Italia si trova inserita.

7. Quanto, infine, a questioni quali le mutilazioni genitali femminili, che costituiscono un caso estremo di subordinazione di genere a pratiche tradizionali comunitarie lesive di diritti fondamentali, la previsione di una incriminazione specifica (legge n. 7 del 2006) che ha avuto lo scopo (emerso nel dibattito parlamentare che ha condotto all'approvazione della legge) di chiarire in modo inequivoco il quadro normativo, consentendo di agevolare sia l'intervento dell'autorità giudiziaria sia, più in generale, l'azione di contrasto del fenomeno, in una situazione in cui sono pochissimi i casi oggetto di denuncia. Tuttavia (e tralasciando qui i problemi legati al livello sanzionatorio della legge del 2006, tanto elevato da apparire irragionevole), è essenziale che le comunità di minoranza coinvolte non percepiscano il divieto penale come una sorta di aggressione culturale, ma che siano poste in grado di comprendere con chiarezza il significato di protezione dei diritti delle donne e delle bambine che queste norme rivestono. Per questo, particolarmente nelle ipotesi in cui si progettino interventi normativi di questo tipo, emerge con forza l'esigenza di "formalizzare" il momento partecipativo al processo di produzione dell'atto legislativo anche di componenti delle comunità di minoranza, ad esempio attraverso lo strumento dell'indagine parlamentare. Essa può infatti consentire l'audizione personale di membri di tali comunità, oltre che di esperti. Degli atti delle indagini conoscitive è assicurata la pubblicità mediante resoconti stenografici, soddisfacendosi così l'esigenza

“di conoscibilità e controllabilità del processo politico-normativo”²⁸. Può senz’altro trattarsi di una modalità utile di collaborazione tra Parlamento e interlocutori presenti nel corpo sociale, in grado di sostenere con una più ampia legittimazione il prodotto normativo finale²⁹.

8. Ma vi è un aspetto ulteriore che deve essere considerato, e che forse costituisce la premessa di quanto fin qui detto: la necessità di nuove modalità di formazione della rappresentanza politica, che significa nuove regole elettorali, anche in relazione al tema del riequilibrio di genere della rappresentanza. E’ evidente che molte delle “questioni difficili” prima ricordate esprimono una contesa intorno al corpo femminile, alla sessualità, alla riproduzione: per questo è necessario che tra i “rappresentanti” vi siano anche donne, e in una misura tale da garantire che il punto di vista femminile (certamente plurale e composito) sia preso in considerazione e possa eventualmente determinare una ridefinizione delle priorità politiche. Tra i vari argomenti che servono a sostenere la necessità di una più ampia presenza femminile nei luoghi in cui si assumono le decisioni politiche, quello che fa leva sulla determinazione dell’agenda politica mi sembra il più interessante. Penso, in particolare, alle teorizzazioni di Anne Phillips, la quale sottolinea come la funzione rappresentativa sia caratterizzata, oltre che da responsabi-

28 P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare. Contributo alla studio dell’indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, ESI, Napoli, 2007, 151.

29 Rinvio, per un approfondimento di questi temi, a G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 567 ss, spec. 577-578.

lità (per cui gli eletti devono rispondere dei programmi sui quali hanno ottenuto il voto degli elettori), anche da uno spazio ineliminabile di autonomia decisionale, legata alla necessità di affrontare e risolvere i problemi che incessantemente si presentano. Ed è proprio laddove si decide in autonomia, laddove la rappresentanza mostra tutta la sua dinamicità, che assumono particolare importanza l'elemento personale, le caratteristiche individuali e culturali, e quindi anche l'appartenenza di genere dei rappresentanti: le donne, proprio perché a lungo escluse dai processi decisionali, saranno probabilmente in grado di portare idee nuove e nuovi tempi, anche lontani dalle priorità politiche consuete³⁰.

Più in generale, se questi sono i caratteri costitutivi della rappresentanza politica, sono assai inquietanti gli interrogativi aperti dalla conclamata incapacità degli attuali partiti di svolgere il ruolo di soggetti collettivi che operano una sintesi tra la molteplicità di interessi, spesso contrastanti e conflittuali, presenti nel corpo sociale, e da una legge elettorale nazionale che nega in modo radicale il legame tra eletto e corpo elettorale. Se la rappresentanza, infatti, è in primo luogo un rapporto, e se l'adesione del rappresentante al rappresentato deve essere riflessa, cioè "ragionata e mediata" attraverso il linguaggio politico, consentendo ai cittadini stessi e ai loro rappresentanti di "interpretare e idealizzare la propria identità sociale"³¹, è evidente che la scomparsa della funzione di mediazione dei partiti, della loro capacità, appunto, di interpretare

30 Sul tema rinvio a G. BRUNELLI, *Donne e politica*, il Mulino, Bologna, 2006, 32 ss.

31 N. URBINATI, *Lo scettro senza il re. Partecipazione e rappresentanza nelle democrazie moderne*, Donzelli, Roma, 2009, 118.

le opinioni, le esigenze, le richieste del corpo sociale, ma anche di modificarle, non può che ridurre l'identità politica ad una "mera presa d'atto di una data configurazione sociale"³². Viene meno, in altri termini, l'essenza stessa della rappresentanza politica, cioè la "capacità di orientare i comportamenti umani e definire visioni generali produttive di senso"³³. Assistiamo così al fenomeno di una classe politica, e quindi di eletti, che si limitano a "replicare" alcune delle caratteristiche dell'elettorato, le sole ritenute rilevanti da chi seleziona le candidature: caratteristiche legate soprattutto a precisi interessi economici, professionali, corporativi, di appartenenza ideologica e culturale e di cieca obbedienza al "capo". Tutto questo porta ad un impoverimento della rappresentanza, ad una forte selezione degli interessi e degli orientamenti rappresentati, alla conseguente impossibilità per molti bisogni sociali di trovare espressione, di trovare un luogo (l'assemblea elettiva) in cui essere almeno formulati.

32 N. URBINATI, *Lo scettro senza il re*, cit., 108.

33 G. AZZARITI, *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari: esiste ancora il divieto del mandato imperativo?* (4/11/2008), in www.costituzionalismo.it, 19.