

prof. STEFANO CANESTRARI - dott. FRANCESCA FAENZA^(*)
Università di Bologna

IL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA NELLA REGOLAMENTAZIONE BIOGIURIDICA: LA PROSPETTIVA DEL DIRITTO PENALE

SOMMARIO: 1. Principio di ragionevolezza e discrezionalità politico-criminale in ambito bioetico: limiti e peculiarità. – 2. Quale standard di riferimento per la valutazione della ragionevolezza penalistica in bioetica? – 3. Ragionevolezza come proporzionalità del *quantum* di pena: il trattamento sanzionatorio delle condotte eutanasiche nel sistema penale italiano. – 4. La ragionevolezza della norma penale fra divieto di discriminazione *ratione subiecti* e giudizio di adeguatezza tra mezzi e scopi di tutela: il caso del suicidio medicalmente assistito. – 5. Ragionevolezza e modelli alternativi di disciplina del fenomeno eutanastico: la giustificazione procedurale (*Prozedurale Rechtfertigungen*). – 6. Azione *vs.* omissione nella ricostruzione delle condotte eutanasiche: una *reasonable distinction*? – 7. La ragionevolezza come criterio del giudizio di costituzionalità dell'incriminazione del *physician-assisted suicide*. L'esperienza della Suprema corte statunitense. – 8. Profili di incostituzionalità della legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita alla luce del principio di ragionevolezza. - 8.1. Un primo profilo di irragionevolezza: la formulazione della norma-precetto. - 8.2. Un secondo profilo di irragionevolezza: i limiti quantitativi alla creazione di embrioni e il divieto di crioconservazione. Un irragionevole bilanciamento degli interessi in conflitto? - 8.3. I limiti legali alle tecniche di procreazione assistita e l'irragionevole sacrificio del diritto alla salute della donna. - 8.4. La legge sulla procreazione medicalmente assistita e lo standard della ragionevolezza sistematica. – 9. Conclusioni.

1. *Principio di ragionevolezza e discrezionalità politico-criminale in ambito bioetico: limiti e peculiarità*

La scelta del principio di ragionevolezza come parametro guida per un' esplorazione nei territori del biodiritto impone al penalista un supplemento di giustificazione. Rispetto alla materia penale, infatti, il controllo di ragionevolezza appare tradizionalmente circondato di particolari cautele e da un severo *self-restraint* della Corte costituzionale. Tale atteggiamento prudenziale si fonda essenzialmente sul principio costituzionale di riserva di legge (art. 25, comma 2, Cost.): l'attribuzione del monopolio della potestà punitiva al legislatore rende ancor più perentorio per la materia penale il limite della insindacabilità

* Dottoranda di ricerca.

della sfera di discrezionalità politica (art. 28, l. n. 87/1953)¹. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale evidenzia tuttavia una crescente incidenza del controllo di ragionevolezza in materia penale: l'affermazione della ragionevolezza quale (contro)limite al potere discrezionale del legislatore ha contribuito ad ampliare i margini di sindacabilità delle scelte politico-criminali fino a toccare, nei più recenti sviluppi, l'apprezzamento del merito².

In questo quadro, la prospettiva della bioetica offre motivi di interesse proprio in ragione dell'alto tasso di discrezionalità che caratterizza le scelte di politica criminale in tale settore: l'accentuata implicazione di giudizi di valore all'interno del tessuto normativo biogiuridico consente di osservare le interazioni fra controllo di ragionevolezza e limite della *political question* come attraverso una lente d'ingrandimento.

Sotto un altro versante, la particolare ambientazione biogiuridica – ed in specie penalistica – della presente analisi merita di essere sottolineata in quanto la ragionevolezza tende a caratterizzarsi quale “notion à contenu variable”³, o “context-sensitive”⁴. Essa pertanto si specifica in modi differenti a seconda del contesto di riferimento, esibendo, nell'ambito del diritto penale, un'attitudine combinatoria con i principi che presiedono alla materia: legalità, colpevolezza, rieducazione, *extrema ratio*, proporzione, etc. In questo senso si può parlare di una “ragionevolezza penalistica”, la cui fisionomia si modella in rapporto allo spettro dei principi costituzionali ed appare strettamente legata alla dialettica fra norma penale e Costituzione⁵. Nel prosieguo si illustreranno alcuni esempi delle molteplici declinazioni della ragionevolezza nella prospettiva penalistica, tratti dall'ormai ricco bacino normativo e giurisprudenziale in

¹ G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 326 ss.; ID., *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, vol. III, Roma, Aracne, 2007, pp. 13 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 218 ss.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998/1, pp. 371 ss.

² Corte Cost., n. 409/1989.

³ C. PERELMAN, R. VENDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1984.

⁴ N. MACCORMICK, *Reasonableness and objectivity*, in *Notre Dame Law Review*, 1999, vol. 74:5, p. 1577.

⁵ V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007/2-3, p. 751.

materia di bioetica. In particolare, verrà privilegiato come terreno d'analisi l'ambito delle problematiche biogiuridiche connesse all'inizio ed alla fine della vita umana.

2. *Quale standard di riferimento per la valutazione della ragionevolezza penalistica in bioetica?*

Il canone della ragionevolezza in materia penale viene in rilievo in momenti ed ambiti diversi: dall'orientamento delle scelte politico-criminali del legislatore al sindacato di costituzionalità della norma penale da parte della Corte costituzionale, dall'apprezzamento del bene o interesse assunto ad oggetto di tutela alla commisurazione edittale della pena, fino alla modalità stessa di strutturazione della fattispecie. In ciascuno di tali ambiti si avverte la necessità di rinvenire parametri che consentano di oggettivizzare il giudizio di ragionevolezza. Fra i principali parametri a tal fine individuati (anche in ambito extrapenale) si possono menzionare: il *reasonable person standard*, utilizzato ora in riferimento al medico (*professional standard*), ora al paziente (*reasonable patient*, o *verständiger Patient, standard*); il criterio empirico-statistico riconducibile al paradigma dell'*id quod plerumque accidit*⁶; il riferimento al *best standard* codificato dalle *leges artis* proprie dell'ambito professionale rilevante nel caso concreto.

Il primo criterio viene principalmente applicato in area anglosassone nell'ambito dei giudizi civili di responsabilità medica; esso può avere qualche riflesso anche in campo penalistico se inteso come "standard of reasonable member of the medical profession"⁷, potendo concorrere a tratteggiare la figura dell'agente modello (il medico in possesso delle migliori conoscenze scientifiche e tecniche del momento). Quanto agli altri due criteri menzionati, gli inevitabili margini di incertezza che li caratterizzano risultano non di rado accentuati dalla novità delle questioni poste dalla bioetica.

Si considerino, ad esempio, i delitti di clonazione, ibridazione o chimeraggio⁸: il ricorso al criterio dell'*id quod plerumque accidit* come misura della ra-

⁶ Corte Cost., n. 333/1991 (cfr. anche Corte Cost., n. 1/1971, n. 139/1982, n. 126/1983, n. 71/1978).

⁷ J.L. DOLGIN, L.L. SHEPHER, *Bioethics and the Law*, New York, Aspen Publishers, 2005, p. 59.

⁸ Fattispecie introdotte dalla legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita, art. 13, comma 3, lettere c); d).

gionevolezza dell'incriminazione si rivela, in questi casi, di scarso aiuto considerata l'assenza di precedenti da cui trarre massime di esperienza. Più solido appare, in ambito bioetico, lo standard dettato dalle *leges artis* della scienza medica. Ciò sembra trovare conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo cui "un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali, [...] o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica"⁹. Secondo la Corte costituzionale, la discrezionalità legislativa trova dunque un limite nel principio di ragionevolezza intesa come conformità alla miglior scienza ed esperienza del momento. Come si vedrà, questa nozione di ragionevolezza – plasmata sullo standard delle più avanzate conoscenze tecnico-scientifiche – assume particolare rilievo nella questione di costituzionalità attualmente pendente sulle norme in materia di fecondazione assistita che incriminano la produzione di embrioni soprannumerari e la loro crioconservazione (art. 14, commi 2 e 3, l. 40/2004).

Si può comunque osservare che la mera conformità ai criteri della miglior scienza ed esperienza o della *best practice* non è in sé sufficiente a garantire la ragionevolezza della norma incriminatrice. È necessario infatti integrare tali parametri con gli ulteriori requisiti che concorrono a sostanziare il giudizio di ragionevolezza in ambito penale, quali, fra gli altri, la ragionevolezza come proporzionalità della pena e come adeguatezza fra mezzi e scopi di tutela; come apprezzabilità costituzionale degli interessi penalmente tutelati e come coerenza sistematica.

3. *Ragionevolezza come proporzionalità del quantum di pena: il trattamento sanzionatorio delle condotte eutanasiche nel sistema penale italiano*

Una delle principali applicazioni del canone della ragionevolezza in ambito penale riguarda la proporzionalità della misura della pena. Il tradizionale giudizio di ragionevolezza-proporzione si basa sul confronto fra i regimi sanzionatori di fattispecie differenti. L'irragionevolezza si configura, in questa pro-

⁹ Corte Cost., n. 282/2002; cfr. R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, p. 9.

spettiva, come un'ingiustificata parificazione sanzionatoria di fatti che esprimono un disvalore non equivalente o, viceversa, come un'ingiustificata differenziazione di trattamento fra figure omogenee. Peraltro, il *proportionality test* così inteso – ricalcato sul modello triadico della ragionevolezza-eguaglianza – tende ormai ad essere superato a favore di valutazioni svincolate dal riferimento a *tertia comparationis*¹⁰.

Ma a prescindere dallo schema – triadico o binario – di riferimento, si deve sottolineare come il controllo sulla ragionevolezza della misura della pena risulti particolarmente delicato: il momento della “traduzione quantitativa” di scelte qualitative “è quello che più di ogni altro appartiene alla discrezionalità legislativa”¹¹. Come ha affermato la Corte costituzionale, “rientra nel potere discrezionale del legislatore la determinazione della entità della pena edittale [...]; né il relativo apprezzamento di politica legislativa può formare oggetto di censura da parte di questa Corte”, salvo appunto il limite della ragionevolezza¹².

Nell'ambito dell'intervento penale in materia bioetica, la ragionevolezza-proporzione può essere assunta come parametro per valutare il trattamento sanzionatorio previsto nel sistema italiano per i casi di uccisione *pietatis causa* (o *mercy killing*). L'assenza nell'ordinamento italiano di una disciplina specifica dell'eutanasia, e la conseguente applicazione delle figure generali dei delitti contro la vita, dà luogo ad esiti sanzionatori di rigore così intenso da apparire appunto censurabili sotto il profilo della ragionevolezza-proporzione. Prendiamo in esame i casi di eutanasia consensuale. Come noto, essi appaiono *ictu oculi* riconducibili alla fattispecie dell'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.): il consenso della vittima, pur non operando come causa di esclusione

¹⁰ J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, 1997, p. 349; G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, cit., p. 321 ss.; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, cit., p. 746.

¹¹ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., p. 374; A. PAGLIARO (*Sproporzione “irragionevole” dei livelli sanzionatori o sproporzione “irrazionale”?*), in *Giur. Cost.*, 1997, pp. 774 ss.) ritiene censurabile solo la disparità di trattamento irrazionale (cioè priva di “coerenza logica”) e non anche quella irragionevole (cioè carente rispetto ad una valutazione di “adeguatezza ad un valore”), perché “la misura della sanzione viene a dipendere esclusivamente da scelte politiche non sindacabili perché proprie del Parlamento”.

¹² Corte Cost., n. 109/1968: la Corte afferma che “la congruenza fra reato e pena” è sottratta al suo sindacato, a meno che “la sperequazione assuma dimensioni tali da non riuscire sorretta da ogni, benché minima, giustificazione”.

dell'antigiuridicità, attenua la gravità oggettiva e soggettiva del fatto e si traduce in una diminuzione dell'entità della pena (da sei a quindici anni di reclusione contro la reclusione non inferiore a ventuno anni prevista come pena base dell'omicidio doloso comune)¹³. Tuttavia, l'applicazione della disciplina dell'omicidio del consenziente ai casi di eutanasia consensuale appare, di fatto, tutt'altro che scontata.

Sulla base del terzo comma dell'art. 579 c.p., infatti, si applica l'omicidio volontario comune quando il fatto è commesso contro una persona inferma di mente, o in condizioni di deficienza psichica a causa di un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti. Ora, tale stato di deficienza psichica può essere frequentemente riscontrabile proprio nei pazienti prostrati fisicamente e psicologicamente dalla malattia e/o dall'effetto di pesanti trattamenti medici e analgesici¹⁴. Pertanto, i casi di *mercy killing* tenderanno a ricadere più facilmente nell'orbita dell'omicidio comune doloso (575 c.p.) che in quella dell'omicidio del consenziente (579 c.p.), con un sensibile aggravamento del regime sanzionatorio. Nè l'asprezza di tale disciplina sembra poter trovare un alleviamento significativo nelle circostanze attenuanti previste agli artt. 62, n.1, c.p. ("l'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale") e 62 *bis* c.p. (circostanze attenuanti generiche)¹⁵. Da un lato, la giurisprudenza della Corte di Cassazione esclude l'applicabilità dei motivi di particolare valore morale e sociale alle pratiche eutanasiche, mancando queste ultime di quell'"incondizionata approvazione della società" che la norma presuppone¹⁶. Dall'altro, l'effetto favorevole delle attenuanti può essere vanificato dalla

¹³ M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 220; S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, in S. CANESTRARI (a cura di), *I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, Utet, 2006, pp. 129 ss.

¹⁴ F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 463; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 82; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 714; V. PATALANO, *I delitti contro la vita*, Padova, 1994, p. 194 ss.; G. MARINI, voce *Omicidio*, in *Digesto delle discipline penali*, vol. VIII, Torino, 1994, pp. 525 ss.; F. TABANELLI, *Eutanasia passiva ed attiva: opportunità di una ricostruzione delle disposizioni del codice penale in materia*, in *Crit. pen.*, 1989, p. 51.

¹⁵ L. MONTICELLI, *Eutanasia, diritto penale e principio di legalità*, in *Ind. pen.*, 1998, pp. 482 ss.; C. PASQUARIELLO, *I confini penalistici della bioetica*, Napoli, 1999, p. 35; S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 123.

¹⁶ Cass. pen., sez. I, 7 aprile 1989 n. 2501, in *Cass. Pen.*, 1991, p. 1335: secondo la Corte di Cassazione, i motivi della circostanza in oggetto "devono corrispondere a finalità, principi, criteri i quali ricevano l'incondizionata approvazione della società in cui agisce chi tiene la con-

prevalenza, in sede di bilanciamento fra circostanze, delle aggravanti che spesso si configurano nei casi di eutanasia (dalla premeditazione all'utilizzo di sostanze venefiche come mezzo per provocare la morte, al legame di parentela fra soggetto attivo e passivo). Se si considera che tali ipotesi di omicidio aggravato risultano potenzialmente punibili con la pena dell'ergastolo, si profila un esito sanzionatorio di un'asprezza tale da sollevare perplessità rispetto al canone della ragionevolezza-proporzione. La risposta sanzionatoria ci pare infatti sovradimensionata rispetto al grado di disvalore complessivo del fatto: nessuna considerazione è rivolta ai motivi di pietà ed alla condizione di estrema sofferenza del paziente che caratterizzano l'uccisione pietosa rispetto all'omicidio comune¹⁷. In altri termini, i profili di irragionevolezza di tale disciplina si colgono nella difficoltà di rinvenire una *ratio parificandi* che giustifichi l'equiparazione sanzionatoria fra situazioni connotate da elementi oggettivi e soggettivi differenti.

Da questo punto di vista appare più ragionevole – rispetto al canone della ragionevolezza-proporzione – la disciplina introdotta nel *Código Penal* spagnolo del 1995, che prevede un regime sanzionatorio più mite per i casi di eutanasia attiva consensuale diretta. La legge spagnola contempla una fattispecie autonoma che sanziona con pena diminuita “la causazione e la cooperazione attiva con atti necessari e diretti alla morte di un'altra persona, su richiesta espressa, seria e inequivoca di questa, nel caso in cui la vittima soffra di una infermità grave che condurrà necessariamente alla sua morte, o che produca gravi patimenti permanenti e difficili da sopportare” (art. 143, comma 4)¹⁸. La

dotta criminosa ed in quel determinato momento storico, appunto per il loro valore morale e sociale particolarmente elevato, in modo da sminuire l'antisocialità della azione criminale e da riscuotere il generale consenso della collettività”.

¹⁷ L. CORNACCHIA, *Il dibattito giuridico-penale e l'eutanasia*, in G. ZANETTI (a cura di), *Elementi di etica pratica*, Carocci, Roma, 2003, p. 198; S. CAGLI, *La rilevanza penale dell'eutanasia tra indisponibilità della vita e principio di autodeterminazione*, in S. CANESTRARI, G. FORNASARI (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, Clueb, 2001, pp. 143 ss.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., pp. 120 ss.; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 258 ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 719; L. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 93.

¹⁸ S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bononia University Press, Bologna, 2008, pp. 64 ss.; C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo c.p. (art. 143)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 101 ss.; M.A. NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad: problemática jurídica a la luz del código penal de 1995*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 341 ss.

pena irrogabile appare in tal modo maggiormente proporzionata rispetto agli elementi di specificità che caratterizzano l'omicidio eutanasi rispetto all'omicidio doloso comune.

Qualche ulteriore osservazione merita, infine, il rapporto fra il principio di ragionevolezza ed il già richiamato criterio del "particolare valore sociale", alla base dell'attenuante di cui all'art. 62, n.1, c.p.. Tale criterio – che, come si è visto, gode di scarso peso rispetto alle condotte di omicidio *pietatis causa* – viene viceversa assunto, nella teorizzazione dell'*offense principle* di J. Feinberg, come parametro per valutare "the reasonableness of conduct that happens to cause offense to others". Il "social value" rappresenta una delle massime di mediazione che governano la "application of the offense principle to legislative or judicial deliberation"¹⁹. Esso cioè opera come specifico standard di ragionevolezza in grado di influenzare il bilanciamento legale fra "seriousness" e "reasonableness" delle condotte offensive. Certo, le differenze che sul piano teorico separano la nozione di *offence* da quella di *harm* non consentono un immediato trasferimento di criteri dall'una sfera all'altra. Tuttavia, l'utilizzo del *social value* come criterio del giudizio di ragionevolezza della condotta sembra poter offrire un contributo significativo anche in riferimento ai casi di eutanasi pietosa, al di là dei ristretti margini operativi offerti dalla valvola dell'art. 62, n.1., del codice penale italiano.

4. *La ragionevolezza della norma penale fra divieto di discriminazione ratione subjecti e giudizio di adeguatezza tra mezzi e scopi di tutela: il caso del suicidio medicalmente assistito*

Nella sentenza *Pretty v. The United Kingdom* della Corte europea dei diritti dell'uomo la ragionevolezza viene assunta come fulcro del giudizio sulla legge penale inglese in tema di suicidio assistito²⁰. In particolare, il paradigma della ragionevolezza viene utilizzato dalla Corte di Strasburgo in una duplice valenza: secondo lo schema della ragionevolezza-eguaglianza da un lato, e secondo il modello dell'adeguatezza fra mezzi e scopi di tutela dall'altro.

A seguito dell'entrata in vigore del *Suicide Act* del 1961, nell'ordinamento

¹⁹ J. FEINBERG, *The moral limits of the criminal law. Offence to Others*, New York-Oxford, Oxford university, 1985, p. 44.

²⁰ Case of *Pretty v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application no. 2346/2002.

penale inglese le condotte di suicidio in forma tentata risultano penalmente irrilevanti, mentre sono punite le condotte di assistenza al suicidio: la *section 2(1)* della legge in esame punisce la condotta di colui che “aids, abets, counsels or procures the suicide of another, or attempt by another to commit suicide”. A giudizio della ricorrente, tale norma genera effetti discriminatori poiché istituisce una disparità di trattamento fra i soggetti fisicamente abili, che possono autonomamente fruire della libertà di autosoppressione, e coloro che a causa della propria incapacità fisica non sono in grado di togliersi la vita senza l'aiuto di un terzo. La legge penale inglese in tema di suicidio assistito violerebbe, perciò, il divieto di disparità di trattamento sancito dall'art. 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (1950).

I giudici di Strasburgo respingono tale argomentazione affermando che la mancata distinzione fra coloro che sono fisicamente in grado di togliersi la vita e coloro che non lo sono si fonda su una “reasonable justification”. L'esito del *test* di ragionevolezza è dunque favorevole alla legge inglese: a giudizio della Corte, la sussistenza di “cogent reasons” – quali l'esigenza di salvaguardare la vita umana ed evitare possibili abusi – esclude che la previsione del *Suicide Act* integri una violazione dell'articolo 14 della Convenzione. La pronuncia della Corte di Strasburgo conferma il generale principio per cui il divieto di disparità di trattamento *ratione subiecti* può subire eccezioni solo in presenza di una giustificazione ragionevole: “for the purposes of Article 14 a difference in treatment between persons in analogous or relevantly similar positions is discriminatory if it has no objective and reasonable justification” (§ 87).

Tale enunciazione appare chiaramente riconducibile al consueto modello della ragionevolezza-eguaglianza. Ma il canone della ragionevolezza viene ulteriormente specificato dalla Corte in riferimento alla materia penale nel senso di una “reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised”. In questa prospettiva, dunque, il giudizio di ragionevolezza non ha ad oggetto gli obiettivi di tutela discrezionalmente fissati dal legislatore penale, ma l'adeguatezza fra mezzi e fini di tutela, vale a dire “l'idoneità della fattispecie e della previsione sanzionatoria a perseguire quell'obiettivo che si assume legittimo”²¹. L'idoneità dei mezzi rispetto ai fini di tutela viene misurata secondo parametri elaborati – ed ormai consolidati – in seno alla giurisprudenza in materia penale dei vari Tribunali costituzionali. In base all'esperienza giurisprudenziale del *Bundesverfassung-*

²¹ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., pp. 381-382.

sgericht, ad esempio, il requisito dell'adeguatezza fra mezzi e scopi si scompone nei sotto-criteri della adeguatezza (*Geeignetheit*), necessarietà (*Erforderlichkeit*) e opportunità (*Angemessenheit*)²². Come si può notare, in questi casi il controllo di ragionevolezza assume le forme di un giudizio in termini di *Zweckrationalität* più che di "discrezionalità finalistica", ma rimane nondimeno connotato da caratteri di "intrinseca politicità"²³.

5. Ragionevolezza e modelli alternativi di disciplina del fenomeno eutanasi: la giustificazione procedurale (Prozedurale Rechtfertigungen)

Il modello della giustificazione procedurale ha trovato impiego in diversi ambiti d'intervento del diritto penale riconducibili alla sfera della bioetica, fra cui l'interruzione volontaria di gravidanza, l'eutanasia ed il suicidio medicalmente assistito in particolare²⁴. Attraverso l'approccio procedurale, il legislatore non opera una valutazione diretta degli interessi in gioco, stabilendo a monte ed una volta per tutte quale debba prevalere, ma si limita a dettare presupposti, modalità e procedure che segnano il perimetro per l'esercizio dell'autodeterminazione individuale. Si assiste così ad una commistione fra norme sostanziali e norme procedurali: il rispetto della procedura è costitutivo della liceità dell'azione, operando come causa di esclusione dell'antigiuridicità o come causa di non punibilità; viceversa, la mancata osservanza della procedura comporta il sorgere della responsabilità penale²⁵. Relativamente alla soppressione della vita *manu aliena*, un esempio ben noto di regolamentazione procedurale è offerto dalla legge olandese (2002), che ha introdotto una causa di non punibilità per il medico che realizzi una condotta di eutanasia o suicidio assistito nel rispetto della procedura di legge²⁶.

²² J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., p. 345; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 283.

²³ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., pp. 381-382.

²⁴ M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007/4, pp. 1269 ss.

²⁵ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 27 ss.; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 245 ss.

²⁶ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e*

Il modello della giustificazione procedurale rappresenta un'alternativa rispetto allo schema regolativo basato sul bilanciamento legale degli interessi confliggenti: l'individuazione dell'interesse prevalente è delegato ai singoli, nel rispetto della cornice dettata dalla procedura. Tale approccio aspira a superare le difficoltà legate alla molteplicità di posizioni etiche e visioni del mondo contrapposte all'interno degli ordinamenti occidentali contemporanei; nelle questioni bioetiche in particolare, la difficoltà di costruire soluzioni giuridiche fondate su larghe basi di consenso (su un "comune sentire" da parte dei consociati) solleva molti dubbi circa la possibilità di valutare la ragionevolezza sulla scorta di "criteri del consenso intersoggettivo"²⁷. Di qui la prospettiva offerta da modelli regolativi che trasferiscono ai singoli la determinazione del bene o interesse cui assegnare la prevalenza nel caso concreto, fatta salva la necessità di rispettare una serie di cautele, controlli e requisiti sanciti *ex lege*²⁸.

In riferimento al modello procedurale, la ragionevolezza viene in rilievo come parametro guida per la messa a punto della procedura legale in grado di escludere la punibilità delle condotte altrimenti vietate. Sofferamoci sui casi di fine vita. Le imprescindibili esigenze di garanzia che si impongono in quest'ambito richiedono che la procedura sia strutturata in modo tale da contenere l'opzione eutanasi entro contorni di eccezionalità ed *extrema ratio*: "l'autodisposizione di sé tramite altri deve comunque essere ragionevole", ed i presupposti necessari della ragionevolezza possono essere individuati nello stadio di irreversibile avanzamento del processo letale (*point of no return*) e la prossimità alla morte (*bound to a near death*)²⁹. A tali criteri sembra ispirarsi la legge olandese laddove richiede, fra i presupposti della non punibilità del medico, quello per cui sia il medico sia il paziente abbiano raggiunto "la convinzione che non sussistano altre soluzioni ragionevoli per la situazione". Il

sussidiarietà, cit., pp. 27 ss.; W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Festschrift für G. Mahrenholz*, Baden-Baden, Nomos, 1994, pp. 731ss.; A. ESER, *Sanktionierung und Rechtfertigung durch Verfahren*, in *Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 2000, pp. 43 ss.; J. GRIFFITHS, H. WEYERS, M. ADAMS, *Euthanasia and law in Europe*, Oxford-Portland, Or., Hart, 2008, pp. 29 ss.

²⁷ A. CERRI, voce *Ragionevolezza*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 2006.

²⁸ Con riferimento alla disciplina tedesca dell'interruzione volontaria di gravidanza, cfr. gli approfonditi rilievi critici di M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, cit., p. 1277.

²⁹ L. CORNACCHIA, *Il dibattito giuridico-penale e l'eutanasia*, cit., pp. 205-206; R. MERKEL, *Teilnahme am Suizid – Tötung auf Verlangen – Euthanasie. Fragen an die Strafrechtsdogmatik*, in R. HANGSELMANN, R. MERKEL (a cura di), *Zur Debatte über Euthanasie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991, p. 77.

requisito della mancanza di alternative ragionevoli richiama i canoni di necessità, adeguatezza, proporzione che, come si è già visto, costituiscono altrettanti sottocriteri del giudizio di ragionevolezza. In quest'ottica, il requisito della ragionevolezza si sposa con le esigenze di tutela che necessariamente devono presiedere ai casi-limite in cui un atto di autodeterminazione comporta la messa in gioco del bene fondamentale della vita.

La peculiarità del modello olandese risiede nell'accento posto sulla relazione medico-paziente come sede elettiva per la ragionevole ponderazione degli interessi in conflitto. È nel contesto della relazione medico-paziente che la richiesta di assistenza al suicidio deve essere portata a maturazione, attraverso una scrupolosa verifica dei presupposti e delle garanzie richieste dalla legge. Nel sistema olandese, dunque, il bilanciamento in concreto fra diritto alla vita e libertà di autodeterminazione in ambito sanitario viene affidato alla ponderata valutazione del paziente in sinergia con il medico. A tale riguardo occorre effettuare una puntualizzazione: nell'approccio procedurale al suicidio medicalmente assistito, il carattere della ragionevolezza si riferisce alla procedura dettata dal legislatore e non già alla decisione del paziente competente. Tale decisione rimane sottratta ad un giudizio in termini di ragionevolezza: "once these largely procedural tests have been satisfied, the content of the patient's decision is not open to any scrutiny at all"³⁰. Risultano perciò respinte le tesi che, postulando l'intrinseca irragionevolezza di ogni richiesta di morte, assumono l'opzione letale come indice sintomatico dell'irragionevolezza della richiesta stessa.

6. *Azione vs. omissione nella ricostruzione delle condotte eutanasiche: una reasonable distinction?*

La ragionevolezza può venire in rilievo quale parametro per valutare il valore euristico e classificatorio della distinzione concettuale fra condotte attive e condotte omissive nel contesto eutanastico. La distinzione fra eutanasia attiva e passiva (o fra *mercy killing* e *letting die*) diviene cruciale ai fini della responsabilità penale se ad essa si affida la funzione di discriminare fra liceità ed illiceità penale della condotta³¹. L'eccesso di semplificazione alla base di tale

³⁰ E. JACKSON, *Whose Death is it Anyway?: Euthanasia and the Medical Profession*, in *Current Legal Problems*, 2004, vol. 57, p. 439.

³¹ A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 283 ss.; S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., pp. 129 ss.; D. TASSINARI, *Pro-*

ricostruzione emerge con evidenza qualora l'attuazione del rifiuto delle cure salvavita richieda la sospensione di un sostegno artificiale già attivato, ed il paziente si rivolga pertanto al medico affinché provveda all'interruzione. In tali casi la condotta del medico, pur esprimendo un "significato" sostanzialmente omissivo, dal punto di vista naturalistico mantiene indubbiamente una valenza attiva. Pertanto, sulla base della stretta dicotomia fra eutanasia attiva (illecita) ed eutanasia passiva (lecita), per il medico si profila una responsabilità a titolo – quantomeno – di omicidio del consenziente.

A far apparire poco persuasiva – poco ragionevole – tale ricostruzione è la scelta di far dipendere il sorgere della responsabilità penale da un criterio (azione *versus* omissione) eccessivamente appiattito sul piano causale-naturalistico. Com'è noto, allo scopo di correggere i difetti derivanti dalla rigida dicotomia fra azione e omissione, la dottrina ha elaborato teorie alternative come quella dell'omissione mediante azione (*Unterlassung durch Tun*)³², o dell'"identità funzionale" sul piano normativo fra suicidio ed eutanasia consensuale³³. Ma tali ricostruzioni non sembrano in grado di fornire una copertura pienamente convincente ai casi di interruzione di trattamenti salvavita che richiedano un *facere* del medico. Rispetto a tali casi, lo schema più consono sul piano teorico – ed anche più conforme al criterio della ragionevolezza – appare quello basato sul riferimento agli elementi normativi che strutturano il reato omissivo improprio (posizione di garanzia; obbligo giuridico di intervento).

Quando ricorrano i dovuti presupposti, il rifiuto delle cure da parte di un paziente informato e competente fa venir meno l'obbligo giuridico di curare da parte del sanitario. La liceità penale della condotta del medico deriva, in tali casi, dalla conformità al contenuto (ed ai limiti) dei suoi doveri professionali, secondo un modello interpretativo che, *mutatis mutandis*, vale anche a sostanziare la liceità della c.d. eutanasia indiretta. Tale interpretazione ha recentemente trovato conferma in una fra le più dibattute sentenze del panora-

fili penalistici dell'eutanasia nei paesi di Common law, in S. CANESTRARI, G. FORNASARI (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, Clueb, 2001, pp. 147 ss.

³² Un filone della letteratura tedesca ricorre a questa figura per escludere la punibilità del soggetto che interrompe il sostegno artificiale su valida richiesta del malato: C. ROXIN, *Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen*, in *NSiW*, 1987, pp. 348 ss.; C. SCHNEIDER, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung*, Duncker & Humboldt, 1997, pp. 31 ss., 174 ss.

³³ L. CORNACCHIA, *Euthanasia: il diritto penale di fronte alle scelte di fine vita*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2002, pp. 405 ss.

ma biogiuridico italiano, che ha escluso la rilevanza penale della condotta interruttiva di un trattamento *life-sustaining* da parte del medico su richiesta del paziente competente³⁴. Poiché il rifiuto informato di cure – comprese le cure salvavita – costituisce un diritto costituzionale (art. 32, comma 2, Cost.), il giudice ha escluso l'antigiuridicità della condotta di interruzione, ravvisando la scriminante dell'adempimento di un dovere.

In conclusione, rispetto ai casi di interruzione di trattamenti salvavita da parte del medico su richiesta del paziente competente, la distinzione fra azione e omissione può dirsi ragionevole se ci si muove su un piano prettamente naturalistico; non se tale descrizione viene assunta a criterio discriminante fra liceità e illiceità penale della condotta, sulla base dell'equazione omissione-liceità, commissione-illiceità.

7. *La ragionevolezza come criterio del giudizio di costituzionalità dell'incriminazione del physician-assisted suicide. L'esperienza della Suprema corte statunitense*

Per quanto riguarda il rapporto fra diritto all'interruzione di trattamenti salvavita ed eutanasia, il criterio di ragionevolezza assume rilievo anche in un'ulteriore prospettiva. Nella giurisprudenza della *Supreme Court* nordamericana la ragionevolezza è stata utilizzata come criterio per valutare la fondatezza della distinzione fra uccidere e lasciar morire.

Nel caso *Vacco v. Quill*³⁵ la Corte viene chiamata a valutare se l'incriminazione del suicidio assistito prevista dalla *New York penal law* costituisca una violazione della *Equal Protection Clause* del Quattordicesimo emendamento. Nello Stato di New York il suicidio medicalmente assistito costituisce reato, mentre è riconosciuto il diritto del paziente di rifiutare i trattamenti medici anche *lifesaving*. Secondo la tesi sostenuta dagli attori, l'incostituzionalità del-

³⁴ Tribunale di Roma, 17/10/2007 in *Dir. pen. proc.*, 2008/1, pp. 59 ss., con commento di A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, pp. 68 ss.

³⁵ Supreme Court, *Vacco, Attorney general of New York, et al. V. Quill et al.*, 521 U.S. 793 (1997). K.C. ARESTAD, *Vacco v. Quill and the Debate Over Physician-assisted Suicide: Is the Right to Die Protected by the Fourteenth Amendment?*, in *New York Law School Journal of Human Rights*, 1999, pp. 511 ss.; G.D. PATTERSON, *The Supreme Court Passes the Torch on Physician Assisted Suicide: Washington v. Glucksberg and Vacco v. Quill*, in *Houston Law Review*, 1998, pp. 851 ss.

la norma deriva dalla violazione del principio di ragionevolezza: “it is hardly unreasonable or irrational for the State to recognize a difference between allowing nature to take its course, even in the most severe situations, and intentionally using an artificial death-producing device”. La *New York penal law* comporterebbe quindi una disparità di trattamento “not rationally related to any legitimate state interest”. Infatti, mentre i malati terminali mentalmente “competenti” tenuti in vita da terapie o presidi salvavita possono avvalersi delle “consent to treatment provisions” per chiederne la sospensione, avviandosi a morte certa, i pazienti terminali che *non* dipendono da apparati meccanici di sostegno vitale non possono richiedere l’aiuto del medico ad accelerare il decesso. Poiché, secondo gli attori, il rifiuto di cure salvavita è sostanzialmente equiparabile al suicidio medicalmente assistito (essendo “essentially the same thing”), appare irragionevole la disparità di trattamento che si riscontra fra pazienti terminali, a seconda che dipendano o meno da presidi di sostegno vitale.

La *Supreme Court*, tuttavia, nega che il rifiuto di trattamenti medici salvavita sia equiparabile al suicidio, ed afferma la conformità della legge di New York alla *Equal Protection Clause*. La ragionevolezza della norma viene fondata su una pluralità di criteri, culminanti nel criterio dell’adeguatezza della norma agli scopi di tutela perseguiti. Se infatti la Corte, da un lato, ritiene che la distinzione fra “letting a patient die” e “making that patient die” sia una distinzione “important, logical, rational” (oltre che ampiamente riconosciuta ed approvata nell’ambito della professione medica e della tradizione giuridica), dall’altro afferma che esistono “valid and important public interests that easily satisfy the constitutional requirement that a legislative classification bear a rational relation to some legitimate end”³⁶. In sostanza, analogamente alla pronuncia sul caso *Pretty v. The United Kingdom*, la ragionevolezza viene qui assunta secondo la tradizionale dottrina del divieto di arbitrarietà (*Willkürverbot*): il principio di eguaglianza sancito dalla *Equal Protection Clause* può dirsi violato se non è rinvenibile un motivo ragionevole (*vernünftig*) di differenziazione o di parificazione³⁷.

³⁶ Cfr. Sentenza Supreme Court, *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

³⁷ J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., p. 344.

8. *Profili di incostituzionalità della legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita alla luce del principio di ragionevolezza*

Con la legge n. 40/2004 il legislatore italiano ha dettato per la prima volta una disciplina organica in materia di procreazione medicalmente assistita. Come noto, sull'art. 14, commi 2 e 3, della legge 40/2004 è attualmente in corso un giudizio di costituzionalità promosso dal T.A.R. del Lazio per contrasto con l'articolo 3 della Costituzione – sia sotto il profilo della ragionevolezza, sia sotto il profilo del divieto di discriminazione – e con l'articolo 32 della Costituzione, per l'inadeguato bilanciamento fra la salute della donna e la tutela dell'embrione³⁸. Il comma 2 dell'art. 14 prevede che le tecniche di produzione degli embrioni – “tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica” e dell'aggiornamento periodico delle linee guida – non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, e comunque non superiore a tre. Il comma successivo limita la possibilità di crioconservare embrioni ai soli casi in cui il trasferimento in utero non sia possibile per causa di forza maggiore, grave, documentata e imprevedibile, relativa allo stato di salute della donna; il trasferimento dovrà comunque avvenire “appena possibile”.

Il giudizio di costituzionalità pendente offre spunti interessanti rispetto al tema che qui ci occupa. La Corte costituzionale è infatti chiamata a svolgere un controllo sulla ragionevolezza di disposizioni di evidente rilievo bioetico assistite da severe sanzioni penali; a prescindere dai rilievi prospettati dal giudice remittente, in riferimento alle norme impugnate si possono individuare più punti di attrito con il principio di ragionevolezza. Al riguardo, vengono in rilievo almeno quattro profili critici.

8.1. *Un primo profilo di irragionevolezza: la formulazione della norma-precetto.*

I dubbi sulla ragionevolezza dell'art. 14, comma 2, emergono già a partire dalla tecnica redazionale utilizzata dal legislatore. Il controllo sulla ragionevolezza del precetto implica una serie di valutazioni che prescindono dal confronto con un *tertium comparationis*, investendo la ragionevolezza intrinseca

³⁸ Sul punto, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, R. BIN, P. VERONESI (a cura di), *Dalla Provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Giappichelli, Torino, 2008.

della norma³⁹. Non si tratta, cioè, di valutare la ragionevolezza della scelta del legislatore mediante una comparazione fra discipline diverse, o sulla base della dialettica fra norma penale e Costituzione. Il *reasonable test* cui è chiamata la Corte riguarda direttamente la razionalità della formulazione del precetto: in questo senso si può affermare che, nel caso in esame, a venire in rilievo è la più *wertneutral* delle declinazioni del controllo di ragionevolezza.

Entrando nello specifico, la rigida (“aprioristica”) predeterminazione legale del numero massimo di embrioni producibili frustra, di fatto, l’efficacia del rinvio all’“evoluzione tecnico-scientifica”, che dovrebbe valere come valvola di apertura del dato normativo alla costante evoluzione delle conoscenze medico-scientifiche. La scelta di fissare in sede legislativa il limite inderogabile dei tre embrioni finisce per pietrificare la norma, pregiudicandone l’effettiva recettività rispetto alla rapida evoluzione che caratterizza il settore. Inoltre, il fatto che le esigenze di adeguamento siano affidate all’aggiornamento periodico delle linee guida non pare del tutto soddisfacente, giacché esse svolgono una funzione integrativa o specificativa senza poter modificare la disciplina di legge. Pertanto, la formulazione adottata dal legislatore del 2004 non pare ragionevole nella misura in cui si rivela inadeguata ad assicurare quel *feedback* fra diritto e scienza che lo stesso art. 14, comma 2, afferma di “tenere in considerazione”, e che del resto appare irrinunciabile visto l’elevato contenuto tecnico delle metodiche di procreazione assistita e la rapida evolutività delle conoscenze del settore. Si coglie dunque un margine di autocontraddittorietà fra gli obiettivi dichiarati dal legislatore e le scelte legislative effettivamente attuate.

8.2. *Un secondo profilo di irragionevolezza: i limiti quantitativi alla creazione di embrioni e il divieto di crioconservazione. Un irragionevole bilanciamento degli interessi in conflitto?*

Il bilanciamento degli interessi toccati dalla sfera di operatività della norma penale deve operare in modo tale che la limitazione dell’interesse soccombente rispecchi lo standard di proporzionalità, e che sia comunque preservato il nucleo essenziale di tale diritto. La ragionevolezza del bilanciamento legale risiede dunque nel “divieto di sacrifici unilaterali eccessivi”⁴⁰.

³⁹ J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., p. 349.

⁴⁰ J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., p. 358; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., p. 381; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, cit, pp. 768 ss.

Rispetto alle norme impugnate, occorre dunque domandarsi se l'indubbio sacrificio imposto alla salute dell'aspirante madre possa considerarsi giustificato – adeguatamente compensato – dalla necessità di salvaguardare controinteressi dotati di maggiore significatività. Nelle norme esaminate, l'interesse che emerge come preponderante rispetto al diritto alla salute della donna è rappresentato dalla tutela dell'embrione. La prevalenza degli interessi dell'embrione su quelli materni sovverte le geometrie delineate dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 27/1975 sull'interruzione di gravidanza⁴¹. In tale sentenza il *balancing test* viene risolto privilegiando “il diritto non solo alla vita ma anche alla salute” della madre rispetto alla “salvaguardia dell'embrione”. La Corte fonda tale affermazione sulla “non equivalenza” fra le due sfere di interessi in campo. Infatti, “non esiste equivalenza fra 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”⁴². Pertanto, se da un lato l'estensione al concepito dei diritti inviolabili dell'uomo *ex art. 2 Cost.* giustifica la tutela (anche) penale dell'embrione, dall'altro non consente che la legge assicuri a quest'ultimo una “prevalenza totale ed assoluta”.

Nella sentenza del 1975 la Corte costituzionale assume, come misura della ragionevolezza del bilanciamento, il nesso di proporzionalità diretta fra l'attribuzione dello *status* di persona e l'intensità della tutela penale garantita dall'ordinamento. Rispetto a tale criterio, le scelte operate dal legislatore del 2004 operano un netto ribaltamento di fronte. Da questo punto di vista, dunque, la legge sulla procreazione medicalmente assistita non rispecchia lo standard di ragionevolezza posto alla base di una consolidata giurisprudenza costituzionale, nonché della disciplina legale vigente in materia di interruzione volontaria di gravidanza.

8.3. *I limiti legali alle tecniche di procreazione assistita e l'irragionevole sacrificio del diritto alla salute della donna*

La scelta di fornire una copertura penale ai divieti introdotti dai commi 2 e 3 dell'art. 14 della legge 40/2004, malgrado l'ineffettività di fondo, viene comunque a collocare nella sfera del penalmente illecito condotte che in prece-

⁴¹ Corte Cost., n. 27/1975.

⁴² E. DOLCINI, *Embrione, pre-embione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, p. 459.

denza erano non solo lecite, ma rientranti a pieno titolo nella *good practice* medica, concorrendo a sostanziare lo standard della miglior scienza ed esperienza maturato in seno ai Centri di fecondazione assistita⁴³. Il divieto di produrre un numero di embrioni superiore a quello necessario ad un unico e contemporaneo trasferimento, combinato al divieto di crioconservazione, implica che – contrariamente a quanto accadeva prima dell'avvento della legge – in caso di mancato attecchimento la donna debba sottoporsi ad una nuova stimolazione ovarica, esponendosi così ad un maggior rischio d'insorgenza di patologie dovute al ripetuto bombardamento ormonale (sindrome da iperstimolazione ovarica e malattie neoplastiche). Tale (livello più elevato di) rischio, dunque, non può dirsi intrinseco alle metodiche di procreazione assistita, ma discende direttamente da scelte discrezionali del legislatore.

In breve, la legge impone una procedura gravosa e non esente da rischi pur essendo disponibili soluzioni alternative dotate di un minor coefficiente di rischio e di una minore "invasività tecnica e psicologica". La scelta discrezionale operata dal legislatore appare, dunque, difficilmente conciliabile non solo con il principio di "minore invasività" cui la stessa legge afferma di ispirarsi (art. 4, comma 2), ma più in generale con il principio di precauzione e adeguatezza. In quest'ottica appare evidente che i dubbi di costituzionalità legati alla lesione del diritto alla salute (art. 32 Cost.) si intrecciano intimamente con la valutazione della ragionevolezza della norma impugnata. Ed infatti, secondo la già richiamata giurisprudenza costituzionale⁴⁴, l'intervento del legislatore in campo terapeutico non può basarsi su valutazioni di pura discrezionalità politica, ma deve fondarsi sulle migliori conoscenze medico-scientifiche disponibili. Di conseguenza, poiché nel caso in esame il sacrificio del diritto alla salute non deriva da limiti intrinseci ai protocolli medici ma direttamente dalla scelta compiuta dal legislatore, la norma impugnata non pare compatibile con una rigorosa valutazione in termini di ragionevolezza. Se, oltretutto, dovesse risultare confermato il dato per cui l'applicazione della disciplina legale comporta una diminuzione dell'efficacia delle metodiche di procreazione medicalmente assistita⁴⁵, a maggior ragione si porrebbe la questione se le scelte

⁴³ L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005/1, pp. 688-689; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, cit, p. 772.

⁴⁴ Corte Cost., n. 282/2002.

⁴⁵ E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 61 ss., che riprende i dati contenuti nella *Relazione del Ministro della salute* presentata al Parlamento nel 2007.

del legislatore del 2004 siano “difendibili in termini di razionalità”⁴⁶. Se infatti “è pacifico che rientri nella discrezionalità del legislatore l’imposizione di limiti al ricorso a tecniche di procreazione assistita”, essi non devono però essere tali da frustrare o compromettere lo scopo fondamentale di queste metodiche, vale a dire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità (art. 1, co. 1, l. 40/2004). “Una normativa siffatta si porrebbe in contraddizione con se stessa: in quanto irragionevole, risulterebbe incompatibile con il principio costituzionale di ragionevolezza/eguaglianza (art. 3 Cost.)”⁴⁷.

8.4. *La legge sulla procreazione medicalmente assistita e lo standard della ragionevolezza sistematica*

Spostandoci dall’esame di singole norme ad una valutazione complessiva della legge 40/2004, il parametro della ragionevolezza rappresenta un utile strumento per vagliarne la coerenza esterna, a livello intrasistemico. Ebbene, rispetto al contesto normativo nel suo complesso, la legge 40/2004 presenta profili di irragionevolezza nel momento in cui fornisce all’embrione una tutela più forte di quella che la legge sull’interruzione volontaria di gravidanza (194/1978) prevede per il feto⁴⁸. A seguito dell’entrata in vigore della legge del 2004, i primissimi stadi di sviluppo embrionale godono, a livello ordinamentale, di una tutela penale più intensa rispetto a quella prevista per il (più avanzato) stadio fetale. L’embrione che si trovi ancora all’esterno del corpo materno risulta oggetto di una protezione assai più incisiva di quella di cui godrà una volta impiantato⁴⁹.

L’imperetto raccordo fra le due leggi genera quindi esiti irragionevoli sul piano intrasistemico per quel che riguarda la tutela penale della vita prenatale: si osserva, in particolare, un ribaltamento della scala di intensità della tutela che, ragionevolmente, dovrebbe prevedere una progressiva intensificazione

⁴⁶ E. DOLCINI, *Embrione, pre-embione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 464.

⁴⁷ E. DOLCINI, *ibid.*

⁴⁸ S. CANESTRARI, *Commento alla l. 19 febbraio 2004, n. 40*, in *Dir. pen. proc.*, 2004/4, p. 417; L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, cit., pp. 679 ss.; M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007/2-3, pp. 512-513.

⁴⁹ C. CASONATO, *Legge 40 e principio di non contraddizione. Una valutazione d’impatto normativo della disciplina sulla PMA*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2005.

all'evolvere degli stadi di sviluppo della vita prenatale, e non viceversa. Lo statuto penale differenziato fra embrione e feto che viene in tal modo a delinearsi non sembra, dunque, del tutto corrispondente al criterio di ragionevolezza. Tale circostanza è fonte di ulteriori effetti sindacabili dal punto di vista della coerenza dell'ordinamento. Fra gli esempi più significativi, si può citare il divieto penale di diagnosi genetica pre-impianto non meramente osservazionale, risultante dal quadro originario della legge 40/2004 e relative linee guida (D.M. 21/07/2004)⁵⁰: gli scopi perseguiti mediante la posizione di tale divieto risultano in gran parte vanificati dalla possibilità per la madre di sottoporsi a diagnosi prenatale (amniocentesi o villocentesi) e procedere, eventualmente, ad un'interruzione della gravidanza. Come è stato notato, infatti, "non pare [...] ragionevole che sia penalmente vietato al primissimo inizio, nella legge sulla procreazione, ciò che diventa consentito, seppure in rapporto alla salute fisica o psichica della donna, in una fase più avanzata di sviluppo della medesima vita, dopo che la donna si sia sottoposta all'impianto e ormai, decidendo di interrompere la gravidanza, debba affrontare i rischi connessi all'intervento. [...] Stride, dunque, il contrasto tra le due normative, cioè la chiusura della legge sulla procreazione rispetto al rilievo di altro bene – la salute fisica o psichica della donna – che invece l'altra legge considera e contrappone per avalare il sacrificio del medesimo bene mediante l'interruzione della gravidanza"⁵¹.

⁵⁰ S. CANESTRARI, *Commento alla l. 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 417. Sui profili penali della diagnosi pre-impianto nella dottrina tedesca, cfr. G. DUTTGE, *Die Präimplantationsdiagnostik zwischen Skylla und Charyddis*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2002, pp. 241 ss., pp. 241 ss.; T. HÖRNLE, *Präimplantationsdiagnostik als Eingriff in das Lebensrechts*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2002, pp. 659 ss.; B. BÖCKENFÖRDE-WUNDERLICH, *Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.

⁵¹ M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, cit., pp. 512-513; A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *Leg. pen.*, 2005, pp. 347-350. In senso contrario F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Leg. pen.*, 2005, pp. 335-337, che non ravvisa profili di interferenza fra la legge 40/2004 e la legge 184/1978; sulle stesse posizioni, L. EUSEBI, *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, in *Leg. pen.*, 2005, pp. 364-366.

9. Conclusioni

Le osservazioni fin qui svolte, pur nella loro sinteticità, testimoniano non solo la natura multiforme del principio di ragionevolezza ma, più specificamente, il suo crescente impiego nelle questioni bioetiche di rilievo penale. Sul versante giurisprudenziale, l'attitudine del criterio ragionevolezza ad orientare le decisioni negli *hard cases* della bioetica ha ricevuto una recente conferma ad opera della Corte di Cassazione. In una controversa pronuncia relativa all'interruzione di trattamenti salvavita in un paziente in stato vegetativo permanente, la Corte ha fatto espressamente ricorso alla "logica orizzontale compositiva della ragionevolezza, la quale postula un ineliminabile riferimento alle circostanze del caso concreto"⁵².

Sul versante delle scelte legislative, il ruolo del principio di ragionevolezza deve essere messo a fuoco sottolineando la particolare delicatezza delle questioni legate alla bioetica, strettamente legate alla sfera dei diritti fondamentali e della dignità umana. Rispetto all'intervento penale in materia bioetica, il potenziale operativo del principio di ragionevolezza ci sembra vada valorizzato, al di là delle molteplici sfaccettature, nella sua valenza garantistica. Specialmente in ambiti eticamente sensibili come quelli di rilievo bioetico, in cui l'opzione penale dovrebbe *a fortiori* ispirarsi a logiche di riduzione e contenimento, la ragionevolezza deve rappresentare un argine rispetto a scelte di incriminazione che non soddisfano i requisiti di adeguatezza, proporzione, necessità, o che comportano un'ingiustificata compressione degli interessi in campo.

Come si è visto, la natura intrinsecamente affittiva dello strumento penale impone che il controllo di ragionevolezza in materia penale sia modulato su standard di speciale rigore, attestati sullo "strict scrutiny" della ragionevolezza della scelta incriminatrice e non sulla semplice verifica di un "minimum of rationality"⁵³. Per tali ragioni, e sempre nell'ottica delle specificità della materia penale, mentre appare apprezzabile il ricorso alla ragionevolezza in funzione di limite rispetto ad eventuali eccessi di tutela (*Übermaßverbot*), meno auspicabile risulta il suo impiego per fondare un divieto di misure sottodimensionate (*Untermaßverbot*), come invece si riscontra nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco in tema di aborto⁵⁴.

⁵² Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007 n. 21748.

⁵³ V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, cit., p. 742.

⁵⁴ J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., p. 345; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, cit., p. 762.

In conclusione, in ambito biogiuridico emerge la necessità di accogliere una nozione di ragionevolezza penalistica saldata alle garanzie fondamentali in materia penale, onde evitare possibili declinazioni repressive o *in peius*. In altre parole, poiché i principi costituzionali del reato costituiscono il fondamento stesso della legittimità della scelta legislativa, la loro piena operatività non può essere messa in discussione sulla base del criterio della ragionevolezza. Al contrario, come si è detto, è lo stesso canone della ragionevolezza penalistica a dover essere modellato sui principi costituzionali del reato e letto alla luce di questi ultimi. Ciò vale a maggior ragione in ambiti di intervento eticamente pregnanti come quello della bioetica, in cui la necessità di ribadire l'applicazione delle garanzie fondamentali in materia penale rappresenta un'esigenza irrinunciabile, al di là di ogni ragionevole dubbio.

