

Verso i prossimi dieci anni, guardando ancora al passato e al presente

Maria Pia Iadicicco

Ordinaria di Diritto costituzionale e pubblico presso l'Università della Campania "Luigi Vanvitelli". Mail: mariapia.iadicicco@unicampania.it.

1. Il tema che impegna i partecipanti a questa tavola rotonda è veramente molto accattivante. Guardare al futuro, ai prossimi dieci anni, significa prefigurare nuovi o comunque diversi spazi di riflessione, che nel passato non erano immaginabili o ritenuti visionari; al contempo, esprime la necessità di interrogarsi sulla attualità delle questioni già affrontate e sull'appropriatezza del metodo di indagine fatto proprio da questa Rivista e, ancor prima, dal progetto di ricerca da cui germina.

Sul primo passaggio – è persino superfluo sottolinearlo – nessuno può fornire certezze assolute sull'attendibilità delle proprie previsioni. Consapevole di ciò, mi limiterò ad una sola notazione, già fatta propria dai relatori di questa mattinata e, in effetti, alquanto diffusa: pur nell'inevitabile incertezza di quanto possa attenderci nel futuro, nei prossimi dieci anni sarà necessario varcare nuove frontiere e affrontare nuove sfide nel sempre magmatico campo della riflessione bio-giuridica e bioetica. Del resto, nel corso di questi primi anni di vita della Rivista, i confini del biodiritto si sono decisamente allargati, con un'accelerazione più forte del passato, contribuendo per questo a sollevare ed affrontare problemi inediti e sempre più complessi, anche in ragione di un'accresciuta complessità e in parte

¹ Mutuando il titolo di un celebre romanzo del 1932 di A. HUXLEY, *Brave New World*, Londra, 2009.

² Sulla necessità di tornare a ragionare di potere, oltre che di diritti, M. CARTABIA, M. RUOTOLO, *Presentazione*,

complicazione del suo oggetto precipuo, le scienze della vita.

Al riguardo, si condivide pienamente quanto sostenuto da Antonio D'Aloia, secondo il quale nei prossimi anni si porranno anzitutto sfide di regolazione di un «Mondo Nuovo»¹, che dovranno essere affrontate, pur nella consapevolezza dei numerosi tratti di novità, continuando a muoversi entro i confini tracciati dai principi cardine del costituzionalismo moderno e contemporaneo, a cominciare dalla fondamentale esigenza di porre limiti al potere. Pur senza voler ridurre soltanto a questo aspetto le ragioni di profondo interesse da parte della scienza costituzionalistica per il nuovo tema dell'Intelligenza Artificiale – che evidentemente non riguarda organismi viventi – è difficile negare che, da questa angolatura, il tema del potere torna decisamente al centro², quale parte essenziale del pensiero costituzionalistico, recuperando uno spazio che, nella riflessione giuridica più recente, è stato occupato principalmente dalla tematica, nient'affatto separabile dalla prima, della tutela dei diritti. A ben vedere, la rinnovata e essenziale attenzione che deve essere prestata al potere e in particolare ai «poteri nuovi»³, in ispecie quelli digitali, origina proprio dalla presa d'atto di un «trasloco» e di una «metamorfosi» dei centri di potere e della loro capacità pervasiva, che impongono al giurista, nell'inevitabile e necessario confronto con le altre scienze, di ragionare sulla legittimazione, regolazione e limitazione di ogni potere, in vista della garanzia dei diritti fondamentali della persona umana.

2. Ciò premesso, in questo mio intervento vorrei focalizzare l'attenzione più che su quanto ci

in M. CARTABIA, M. RUOTOLO (diretto da), *Potere e Costituzione*, Enciclopedia del diritto, I Tematici, V, Milano, 2023, XI.

³ M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, Bologna, 2022.



aspetta nel futuro, sul secondo passaggio dapprima prefigurato, ovvero sulla persistente attualità di questioni già ampiamente affrontate, evidenziando come questo perdurante sguardo rivolto al passato si riveli, in larga parte, fisiologico e connaturato ad ogni esperienza giuridica, ma, nondimeno e in parte non minore, patologico.

In effetti, va anzitutto sottolineato che sarebbe del tutto anomalo, prima che illusorio, pensare che il diritto possa chiudere con il passato: il fenomeno giuridico ha infatti un'eminente dimensione sociale e un radicamento nella storia, che è particolarmente forte nel diritto costituzionale, ma che conferma la storicità del fenomeno giuridico nel suo complesso e la sua connaturata vocazione dinamica. In tal senso, essendo la scienza giuridica una scienza sociale, non potrà mai darsi un 'buon' diritto in termini assoluti e immutabili nel tempo, né è immaginabile, persino per il diritto costituzionale e la sua congenita aspirazione all'eternità⁴, a vivere oltre il presente, che si possano sciogliere una volta per tutte alcuni nodi problematici. Ciò è tanto più incontestabile proprio nel complesso e, per alcuni versi specifico, campo del biodiritto, dove l'esigenza di mutamento del paradigma giuridico è particolarmente avvertita per plurime ragioni⁵, senza che ciò determini una chiusura con il passato, stante anche la ciclicità di alcune problematiche di fondo.

Già nel primo Editoriale della Rivista⁶, dieci anni fa, Carlo Casonato, nell'esplicitare alcune delle

più rilevanti sfide del futuro, ammoniva in tal senso, ovvero a rivolgere lo sguardo anche al passato. In altra sede, con riferimento all'annoso dibattito sui c.d. nuovi diritti, un altro direttore della Rivista evidenziava come la tendenza a rimarcare gli innegabili profili di novità in ordine alla portata, alle forme di esercizio o alle garanzie di un diritto, scaturenti in particolare dall'innovazione scientifica e tecnologica, non dovrebbero però indurre a sottovalutare «le radici “vecchie” di problemi “nuovi”»⁷.

Al riguardo, molteplici possono essere le esemplificazioni: si pensi alla questione del trattamento dei grandi prematuri, che oggi presenta dei rilevanti profili di novità in ragione degli imponenti sviluppi della neonatologia, ma che affonda le sue radici nello storico problema della vitalità del feto, da sempre punto focale della disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza tardiva. Ancora, può ricordarsi come il recente dibattito sorto, nel corso della pandemia da Covid-19, in ordine all'accesso dei malati alle terapie intensive, pur con i suoi inevitabili tratti di novità anche in ragione della eccezionalità del contesto di riferimento, rimandi alla antica questione della determinazione degli ordini di priorità nell'accesso a terapie costose e scarse (molto se ne discusse nelle prime applicazioni dei trattamenti di dialisi).

Nondimeno, vi sono ulteriori e fondate ragioni che inducono a ritenere del tutto fisiologica la necessità di continuare a guardare al passato e l'impossibilità di chiudere con esso. A tutt'oggi,

⁴ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in G. BRUNELLI, C. CAZZETTA (a cura di), *Dalla Costituzione “inattuata” alla Costituzione “inattuale”?*, Milano, 2013.

⁵ Cfr. C. CASONATO, *Biodiritto. Oggetto, fonti, modelli, metodo*, Torino, 2023, 68 ss.

⁶ C. CASONATO, *Editoriale. Why a new Law Journal?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2014.

⁷ R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 57. Così pure A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in A. D'ALOIA (a cura di) *Diritti e Costituzione. Profili evolutive e dimensioni inedite*, Milano, 2003, 24: «nulla è [...] completamente “nuovo”, ma ogni evoluzione assume le forme della rielaborazione, dell'approfondimento “delle potenzialità espressive del dettato costituzionale”».

infatti, e quindi nel presente, molti dei nodi di fondo da sciogliere e le non poche incertezze che si rinvengono nel sempre più complesso e ampio ambito delle riflessioni biogiuridiche rinviano, in ultima istanza, a questioni emblematiche e altrettanto controverse del costituzionalismo moderno e contemporaneo. Si è già detto della storica vocazione del costituzionalismo a limitare il potere in funzione della garanzia dei diritti; ma parimenti non si può negare come, a monte di ogni questione biogiuridica, si staglino delicati problemi in ordine all'interpretazione, attuazione e applicazione del dettato costituzionale; alla forza espansiva dei principi costituzionali; alla distinzione dei ruoli tra legislatore e giudice; al contributo offerto, nella tutela dei diritti, dalle Corti costituzionali, anche attraverso il confronto con giudici sovranazionali, custodi di altre Carte dei diritti.

3. Eppure, come dapprima accennato, la necessità di tener conto pure del passato e del presente, rivela anche dei tratti patologici nel funzionamento del nostro sistema giuridico, al punto che il passato, lungi dal costituire una risorsa dalla quale attingere per cogliere l'evoluzione storica dei fenomeni e la ciclicità di alcune problematiche, finisce per rivelarsi un pesante fardello.

A me sembra che ciò costituisca la risultante dell'exasperazione di quella che Paolo Zatti⁸ già definiva, 20 anni or sono, la *Italian way*, ovvero veri e propri "vizi" nel modo di affrontare o non affrontare la regolamentazione giuridica di questioni eticamente controverse: «da una parte siamo assuefatti a una prassi legislativa sciatta e casuale, che trascura o travolge qualsiasi lavoro preparatorio, dominata dalla negoziazione

minuta, con tecniche di compromesso meramente verbali [...]. D'altra parte, e paradossalmente, pensiamo al diritto come uno strumento di proclamazione di valori piuttosto che di soluzione pragmatica dei conflitti».

Con ciò non si intende affatto rinnegare o sottovalutare le difficoltà proprie della regolamentazione giuridica delle tematiche connesse alle scienze della vita, a partire dai grandi e storici dilemmi che accompagnano la definizione e disciplina dei suoi confini temporali, l'inizio e la fine della vita umana. Si tratta infatti di questioni che, più di altre, evocano la struttura morale di ognuno, coinvolgono la coscienza individuale e incrociano convinzioni diffuse, ma mai pienamente condivise, nella collettività, sicché evidentemente, un ordinamento ispirato ai valori della democrazia, del pluralismo e del rispetto della persona umana non può che incontrare molte complicazioni.

Avendo però riguardo alla più recente esperienza italiana, è necessario interrogarsi se può ritenersi fisiologico il ritardo nel completare, aggiornare, modificare o ripensare interamente la disciplina legislativa delle tecniche di PMA, dopo che sono trascorsi ben venti anni dalla (in larga parte) fallimentare esperienza di quella che oggi, a buona ragione, si può chiamare la ex legge n. 40 del 2004⁹. Come pure, è giustificabile il ritardo, da parte del legislatore nazionale, nel dare seguito a una storica e sicuramente controversa decisione della Corte costituzionale italiana sul suicidio medicalmente assistito (sent. 242/2019, preceduta da ord. 207/2018), tanto da indurre alcune Regioni ad intraprendere l'impervia strada dell'adozione di leggi regionali?

I tratti patologici dell'esperienza italiana si rivelano più nitidamente laddove questa venga

⁸ P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, 1994, 45.

⁹ A. D'ALOIA, *L'ex 40*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 997 ss.

posta a confronto con quella di altri ordinamenti, di assimilabile tradizione e esperienza giuridica, nei quali, pur a fronte della innegabile difficoltà di formazione del consenso su temi eticamente divisivi e connotati da incertezza scientifica, vi è la responsabile assunzione, da parte degli organi politici, di decisioni (non sempre legittime e anzi talvolta regressive), che quantomeno però hanno il pregio di “uscire allo scoperto”? Sicché, riprendendo la linea di pensiero di Paolo Zatti, non sembra peregrino supporre che in Italia «non si voglia regolare per non legittimare: che sia preferito il vuoto legislativo alla regola che in quanto disciplina e limita, necessariamente legittima».

Per suffragare quanto sinora sostenuto, si potrebbero ripercorrere molte vicende. Ovviamente quelle relative allo spinosissimo tema del fine vita; come pure, stando sul fronte dell’inizio vita e della disciplina recata dalla legge n. 40/2004, la questione della sperimentazione sugli embrioni (art. 13); oppure il divieto assoluto e il regime sanzionatorio della surrogazione di maternità (art. 12, co. 6). Si tratta evidentemente, anche qui, di questioni estremamente controverse sotto vari profili: quanto al divieto di sperimentazione, che coinvolge anche embrioni formati in vitro che non potranno essere mai impiantati, pare difficile che si possa pervenire, come prefigurato dalla Corte costituzionale (sent. n. 84 del 2016), alla formazione di un diffuso consenso sociale anche su alcune limitate forme di sperimentazione, il che tuttavia lascia del tutto irrisolto il problema della destinazione di quegli embrioni che non potranno mai essere portati alla nascita. Quanto al divieto di ricorso alla surrogazione di maternità, di recente il legislatore, lungi dall’impegnarsi ad assicurare il rispetto dei diritti dei minori nati all’estero da pratiche vietate – di cui da tempo si è rilevata la «imprescindibile necessità» (Corte cost., sent. n. 33

del 2021), anche a fronte di sempre più intricati sviluppi della giurisprudenza di legittimità e di merito – si è premurato di estendere l’applicabilità della sanzione penale prevista dalla legge italiana anche quando la surrogazione di maternità è praticata all’estero (e lì non è configurata come reato), facendo sorgere molti e condivisibili dubbi sulla utilità, anche solo a fini dissuasivi, del nuovo “reato universale” (l. n. 169/2024), che peraltro incontrerà anche rilevanti ostacoli applicativi. Restando ancora nel campo della legge n. 40/2004, non minori incertezze si rinvencono con riferimento alla praticabilità della procreazione o fecondazione *post-mortem*, sebbene l’art. 5, non inciso da decisioni caducatorie della Consulta, continui a prevedere che possano accedere alla PMA solo coppie formate da persone entrambe viventi; come pure ulteriori dubbi sorgono con riguardo alla revoca del consenso alla PMA nel caso della dissoluzione della coppia (su cui Corte cost., sent. 161/2023); nonché sull’effettivo accesso a pratiche, come la fecondazione con donazioni di gameti e la diagnosi genetica preimpianto, delle quali si è chiarita la funzionalità a salvaguardare il diritto costituzionale alla salute.

4. La questione da ultimo accennata merita di essere approfondita, in quanto pare emblematica di come, in Italia, ad un passato già caratterizzato da protratte inerzie e molte reticenze (evidentemente per non legittimare...) abbia fatto seguito un presente ancora turbolento, preannunciando così un futuro molto incerto.

Con riferimento all’accesso alla PMA con donazione di gameti e alla diagnosi genetica preimpianto, va infatti rammentato che, anche dopo la caducazione dei divieti originariamente previsti nella legge n. 40/2004 (Corte cost., sentt. n. 161/2014 e 96/2015), le coppie infertili e/o affette da malattie a trasmissione genetica hanno



continuato a incontrare rilevanti ostacoli, tra i quali quello dei costi economici di tali prestazioni sanitarie, che sono particolarmente elevati. Per le coppie impossibilitate a sostenere quei costi con risorse proprie rivolgendosi a strutture private, tale ostacolo si è convertito in una vera e propria barriera all'accesso, e ciò in quanto fino al 2017 le tecniche di PMA non erano inserite nei Livelli Essenziali di Assistenza. Come noto, il lungo ritardo nell'aggiornamento degli stessi è stato determinato dalle difficoltà di copertura finanziaria dei LEA, a fronte di risorse sempre più limitate e di stringenti limiti di bilancio, tanto più per le Regioni in piano di rientro.

A ben vedere, però, anche dopo la tardiva approvazione del DPCM 12 gennaio 2017, recante i nuovi LEA e che include, tra le prestazioni di specialistica ambulatoriale, la PMA omologa e quella con donazione di gameti (non invece la diagnosi genetica preimpianto), i rischi di impossibile accesso nel SSN a questi trattamenti e di differenziazione tra Regioni sono rimasti alti. Questo perché, come prevede l'art. 64, co. 2 del citato DPCM, l'entrata in vigore delle disposizioni concernenti le nuove prestazioni in materia di assistenza specialistica ambulatoriale è condizionata dall'approvazione di un successivo decreto ministeriale che stabilisca le tariffe massime di riferimento per la remunerazione delle relative prestazioni. Tale decreto ministeriale aveva visto la luce, dopo un lungo travaglio, solo il 23 giugno 2023 e, a seguito di un primo differimento dell'entrata in vigore delle tariffe dell'assistenza specialistica ambulatoriale al 1° aprile 2024, il 31 marzo 2024 il Ministro della salute aveva firmato un altro provvedimento che disponeva un ulteriore differimento al 1° gennaio 2025. Nel lungo preambolo del medesimo, insieme al richiamo ad una lunghissima serie di atti e al rimpallo di

responsabilità, si evidenziava che all'ulteriore proroga si era pervenuti «a fronte dell'espressa richiesta di un cospicuo numero di Regioni [...] anche al fine di valutare una più ampia revisione delle medesime tariffe, assicurando nel contempo una graduale transizione al nuovo tariffario».

Insomma, nonostante il lungo lasso di tempo intercorso dall'approvazione del DPCM del 2017 sui nuovi LEA, la definizione e l'entrata in vigore del nuovo nomenclatore e tariffario per la specialistica ambulatoriale, che sostituisce il precedente del 1996, ha continuato a destare problemi: le Regioni, a fronte dei vari schemi proposti, hanno sempre contestato l'insufficienza delle risorse statali vincolate al finanziamento dei LEA; molti soggetti erogatori hanno adito il giudice amministrativo per l'annullamento del decreto del 2023, sollecitando anch'essi il Ministero all'adozione di un nuovo tariffario. Di fatti, lo stesso è stato approvato il 25 novembre 2024, ma da qui si è aperta un'altra saga giudiziaria, tutt'ora in corso: un cospicuo numero di strutture sanitarie private accreditate, sostenute dalle principali associazioni di categoria, è ricorso al Tar Lazio per l'annullamento del nuovo decreto tariffe (e dei provvedimenti collegati), previa istanza di sospensione cautelare *inaudita altera parte*; tale istanza è stata accolta¹⁰ rilevandosi l'insussistenza dell'urgenza del nuovo decreto e il pregiudizio derivante dall'impossibilità di adeguare tempestivamente i sistemi informatici e garantire l'erogazione delle prestazioni in regime di accreditamento. A ben vedere, invece, proprio l'accoglimento della sospensiva ha generato ulteriore caos e confusione, in quanto le Regioni avevano già avviato tutte le attività tecniche necessarie per garantire la prescrizione, prenotazione ed erogazione delle prestazioni con i nuovi codici

¹⁰ Tar Lazio, Sez. III-quater, decreto 6017/2024 del 30.12.2024

e tariffe e, stante il regime transitorio tracciato nel decreto, a seguito della sospensiva per sole due giornate (30-31 dicembre 2024) si sarebbe dovuti tornare al decreto del 1996, mentre dal 1° gennaio 2025 avrebbe dovuto applicarsi il tariffario approvato con DM del 23 giugno 2023, che mai era stato attuato. Ed infatti, immediatamente dopo la emissione del provvedimento cautelare di sospensione, l'Avvocatura di Stato ha depositato l'istanza di revoca del provvedimento in quanto, la sospensione avrebbe potuto determinare gravi disservizi e ritardi nell'erogazione delle prestazioni, con ricadute pregiudizievoli sulla salute dei cittadini. Il Tar Lazio, il 31 dicembre 2024, ha così deciso di accogliere l'istanza di revoca, confermando la fissazione della Camera di consiglio del 28 gennaio 2025, all'esito della quale, respinte le istanze cautelari, ha proceduto direttamente alla fissazione dell'udienza pubblica del 27 maggio 2025, ai fini della trattazione nel merito dei ricorsi avverso il nuovo decreto tariffe.

A fronte di questa confusa e turbolenta situazione, il Ministro della Salute¹¹ ha comunque ribadito la necessità di aggiornamento del "nuovo" tariffario, non è chiaro però se così avallando le doglianze dei soggetti della sanità

privata convenzionata, circa la insufficiente remuneratività dei rimborsi, o ammettendo l'insufficienza delle risorse stanziato dallo Stato per garantire i LEA.

Ad ogni modo, merita di essere rimarcato come tale incertezza sul futuro colpisca in particolar modo, o comunque in misura maggiore, i cittadini che hanno già sofferto e continuano a soffrire la cattiva gestione della sanità, nonché quelli residenti in alcune parti del territorio nazionale, e cioè nelle Regioni dove mancano centri di PMA pubblici o privati convenzionati¹², costringendoli ad intraprendere la non meno difficoltosa mobilità sanitaria interregionale o transfrontaliera, oppure a rinunciare al loro desiderio di genitorialità. Come pure, non può non rilevarsi che se è vero che nel nuovo nomenclatore e tariffario della specialistica ambulatoriale e protesica, faticosamente approvato sul finire del 2024 (e la cui sorte resta ad oggi incerta), sono effettivamente previste prestazioni innovative, ad elevatissimo contenuto tecnologico e quindi costose, tali non sono tutte o quantomeno non possono più ritenersi estremamente innovative nel 2024, dopo il lungo tempo intercorso dal loro formale inserimento nei LEA e l'entrata in vigore dei successivi decreti.

¹¹ Camera dei deputati, Interrogazioni 3/01696 e (5/03315).

¹² Si vedano i dati riportati nell'ultima Relazione annuale sullo stato di attuazione della Legge 40/2004

trasmissa dal Ministero della salute al Parlamento il 10 novembre 2023.